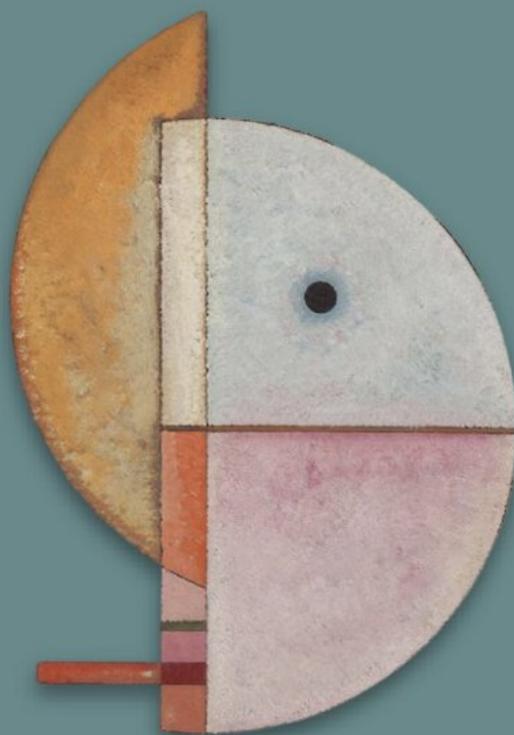


ISSN 2949-5717



ЖУРНАЛ ВШЭ ПО МЕЖДУНАРОДНОМУ ПРАВУ
HSE UNIVERSITY JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW

2024 | 2



Журнал ВШЭ по международному праву HSE University Journal of International Law

Учредитель: Национальный исследовательский университет «Высшая школа экономики».
Электронный научный журнал. Издается с 2023 года. Периодичность: 4 раза в год. ISSN: 2949-5717.

Редакция

РУСИНОВА Вера Николаевна,
НИУ ВШЭ, Россия
ГЛАВНЫЙ РЕДАКТОР

БОКЛАН Дарья Сергеевна,
НИУ ВШЭ, Россия
ЗАМЕСТИТЕЛЬ ГЛАВНОГО РЕДАКТОРА

МАРТЫНОВА Екатерина Александровна, НИУ ВШЭ, Россия
ОТВЕТСТВЕННЫЙ СЕКРЕТАРЬ

ЗАХАРОВА Екатерина Андреевна,
НИУ ВШЭ, Россия
РЕДАКТОР

Редакционная коллегия

АКШАЛОВА Роза Джарасовна,
Евразийский национальный университет им. Л.Н. Гумилёва, Казахстан

ИВАНОВ Эдуард Александрович,
НИУ ВШЭ, Россия

СОЛНЦЕВ Александр Михайлович,
Российский университет дружбы народов, Россия

БЕЛЛИ Лука,
Правовая школа Фонда Жетулиу Варгаса, Бразилия

КРАСИКОВ Дмитрий Владимирович,
Саратовская государственная юридическая академия, Россия

СТАРЖЕНЕЦКИЙ Владислав Валерьевич,
НИУ ВШЭ, Россия

БОКЛАН Дарья Сергеевна,
НИУ ВШЭ, Россия

КРСТИЦ Ивана,
Университет Белграда, Сербия

ТЮРИНА Наталия Евгеньевна,
Казанский (Приволжский) федеральный университет, Россия

ГОРСКИЙ Йенджер,
Городской университет Гонконга

ЛИФШИЦ Илья Михайлович,
Всероссийская академия внешней торговли, Россия

ШЕСТАКОВА Ксения Дмитриевна,
СПбГУ, Россия

ЕВСЕЕВ Александр Петрович,
НИУ ВШЭ, Россия

РОМАШЕВ Юрий Сергеевич,
НИУ ВШЭ, Россия

ЭНТИН Кирилл Владимирович,
Суд Евразийского экономического союза, НИУ ВШЭ, Россия

Редакционный совет

АБАЙДЕЛЬДИНОВ Ербол Мусинович,
Евразийский национальный университет им. Л.Н. Гумилёва, Казахстан

КОВЛЕР Анатолий Иванович,
судья Европейского суда по правам человека (1998–2012), Институт законодательства и сравнительного правоведения при Правительстве РФ, Россия

МЕЗЯЕВ Александр Борисович,
Университет управления «ТИСБИ», Россия

АБДУЛЛИН Адель Ильсиярович,
Казанский (Приволжский) федеральный университет, Россия

КОЛОС Денис Георгиевич,
судья Суда Евразийского экономического союза, Беларусь

МЮЛЛЕРСОН Рейн,
президент Института международного права (2013–2015), почетный профессор Таллиннского университета, Эстония

БОКЛАН Дарья Сергеевна,
НИУ ВШЭ, Россия

КОНГ Киньянг,
Китайский университет политической науки и права, Китайская народная республика

РУСИНОВА Вера Николаевна,
НИУ ВШЭ, Россия

ДЕДОВ Дмитрий Иванович,
судья Европейского суда по правам человека (2013–2022), МГУ им. М.В. Ломоносова, Россия

МАРОЧКИН Сергей Юрьевич,
Тюменский государственный университет, Россия

САФАРОВ Низами Абдулла оглу,
депутат Национального Собрания Азербайджанской Республики, Азербайджан

ЕРПЫЛЁВА Наталия Юрьевна,
НИУ ВШЭ, Россия

МАХАНТА Упасана,
Глобальный университет им. О.П. Жиндала, Индия

СОКОЛОВА Наталья Александровна,
МГЮА им. О.Е. Кутафина, Россия

КАПУСТИН Анатолий Яковлевич,
президент Российской ассоциации международного права, Институт законодательства и сравнительного правоведения при Правительстве РФ, Россия

ТОЛСТЫХ Владислав Леонидович,
МГИМО (У) МИД России, Институт востоковедения РАН, Россия

ЭНТИН Марк Львович,
МГИМО (У) МИД РФ, Россия

Адрес редакции: 109028 Москва, Б. Трехсвятительский пер, 3, кабинет 227.
Тел.: +7 (495) 772-95-90 (23066); e-mail: lawjournal@hse.ru
<https://jil.hse.ru>

Позиция авторов может не совпадать с мнением редакции.

© НИУ ВШЭ, 2024

Журнал ВШЭ по международному праву HSE University Journal of International Law

Founder: National Research University Higher School of Economics.
Electronic scientific journal. Published since 2023. Frequency: 4 times a year. ISSN: 2949-5717.

Editorial Team

Vera RUSINOVA,
HSE University, Russia
EDITOR-IN-CHIEF

Daria BOKLAN,
HSE University, Russia
DEPUTY EDITOR-IN-CHIEF

Ekaterina MARTYNOVA,
HSE University, Russia
EXECUTIVE EDITOR

Ekaterina ZAKHAROVA,
HSE University, Russia
EDITOR

Editorial Board

Roza AKSHALOVA,
L.N. Gumilyov Eurasian National
University, Kazakhstan

Luca BELLI,
Fundação Getulio Vargas (FGV)
Law School, Brazil

Daria BOKLAN,
HSE University, Russia

Kirill ENTIN,
head of the Eurasian sector, Centre for
Comprehensive European and
International Studies (CCEIS), HSE
University, Russia

Alexander EVSEEV,
HSE University, Russia

Jędrzej GÓRSKI,
research fellow at the City University of
Hong Kong

Eduard IVANOV,
HSE University, Russia

Dmitry KRASIKOV,
Chair of International Law Department
at Saratov State Academy of Law, Russia

Ivana KRSTIC,
the University of Belgrade, Serbia

Ilya LIFSHITS,
the Russian Foreign Trade Academy, Russia

Yury ROMASHEV,
HSE University, Russia

Vera RUSINOVA,
HSE University, Russia

Alexandr SOLNTSEV,
RUDN University

Ksenia SHESTAKOVA,
St Petersburg University, Russia

Vladislav STARZHENETSKY,
HSE University, Russia

Nataliya TYURINA,
Kazan Federal University, Russia

Editorial Council

Yerbol ABAIDELDINOV,
Eurasian National University named after L.N.
Gumilyov, Kazakhstan

Adel ABDULLIN,
Kazan Federal University, Russia

Daria BOKLAN,
HSE University, Russia

Dmitry DEDOV,
Judge at the European Court of Human Rights
(2013–2022), Moscow State University named
after Lomonosov, Russia

Mark ENTIN,
Moscow State Institute of International
Relations (University) of the Ministry of
Foreign Affairs of Russia, Russia

Anatoly KAPUSTIN,
Moscow State Institute of International
Relations (University) of the Ministry of
Foreign Affairs of Russia, the Institute of
Legislation and Comparative Law under
the Government of the Russian
Federation, Russia

Denis KOLOS,
Judge at the Court of the Eurasian Economic
Union, Belarus

Denis KOLOS,
Judge at the Court of the Eurasian Economic
Union, Belarus

Qingjiang KONG,
China University of Political Science and Law,
People's Republic of China

Anatoly KOVLER,
Judge at the European Court of Human Rights
(1998–2012), the Institute of Legislation and
Comparative Law under the Government of the
Russian Federation, Russia

Upasana MAHANTA,
O.P. Jindal Global University, India

Sergei MAROCHKIN,
Head of the Laboratory of International and
Comparative Law Studies, State University of
Tyumen, Russia

Alexander MEZYAEV,
University of Management "TISBI",
Russia

Rein MÜLLERSON,
former President of the Institute of
International Law, Professor Emeritus
at Tallinn University, Estonia

Vera RUSINOVA,
HSE University, Russia

Nizami Abdulla oglu SAFAROV,
Member of Milli Majlis of the
Republic of Azerbaijan

Natalia SOKOLOVA,
Moscow State Law University
named after Kutafin, Russia

Vladislav TOSTYKH,
Moscow State Institute of
International Relations (University) of
the Ministry of Foreign Affairs of
Russia; Institute of Oriental Studies,
Russian Academy of Science,
Russia

Natalia YERPYLEVA,
HSE University, Russia

Editorial address: 109028 Moscow, B. 3, Trekhsvyatitelsky Lane, office 227.
Tel.: +7 (495) 772-95-90 (23066); e-mail: lawjournal@hse.ru
<https://jil.hse.ru>

The authors' opinions do not necessarily reflect the opinions of the editors.

© HSE University, 2024

Содержание / Contents

ИСТОРИЯ / HISTORY

**Шестакова К. Д., Ятаева П. С., Авдеева В. С., Супонин В. В. /
Shestakova K., Yataeva P., Avdeeva V., Suponin V.**

Становление международной защиты прав человека в межвоенный период:
фигура и взгляды А. Н. Мандельштама. Часть 2 / The Emerging International
Legal Protection of Human Rights in the Interwar Period: the Life and Ideas of
André Mandelstam. Part 2 **РУС**..... **4**

ТЕОРЕТИЧЕСКИЕ ИЗЫСКАНИЯ / THEORETICAL INQUIRIES

Лунёв А. А. / Lunev A.

От человека к корпорации: на пути к антропоморфизации юридических лиц
в международном праве / From an Individual to a Corporation: towards the
Anthropomorphization of Corporations in International Law **РУС**..... **28**

АКТУАЛЬНЫЕ ПРОБЛЕМЫ / TOPICAL ISSUES

Гальперин М. Л. / Galperin M.

Обязательство не судиться в международном и национальном праве / The
Obligation Not to Litigate in International and National Law **РУС** **43**

Сутормин Н. А. / Sutormin N.

Сутормин Н. А. Коллективные иски в Европейском союзе: история развития
и современное регулирование / Collective Actions in the European Union:
History of Development and Modern Regulation **РУС** **59**

МЕЖДИСЦИПЛИНАРНЫЕ ИССЛЕДОВАНИЯ / INTERDISCIPLINARY RESEARCHES

Schlüter N. / Шлютер Н.

How to Make International Law More Effective: the Effectiveness of the United
Nations Convention against Corruption / Как сделать международное право
более эффективным: эффективность Конвенции Организации
Объединенных Наций против коррупции **ENG**..... **72**

ПРАКТИКА / PRACTIS

Ulanova D. / Уланова Д. Р.

Causes of Action Behind Parent Companies' Accountability for Human Rights
Violations in National Courts / Правовые основания привлечения материнских
компаний к ответственности за нарушения прав человека в национальных
судах **ENG** **95**

СТАНОВЛЕНИЕ МЕЖДУНАРОДНОЙ ЗАЩИТЫ ПРАВ ЧЕЛОВЕКА В МЕЖВОЕННЫЙ ПЕРИОД: ФИГУРА И ВЗГЛЯДЫ А. Н. МАНДЕЛЬШТАМА. ЧАСТЬ 2¹

ШЕСТАКОВА К. Д., ЯТАЕВА П. С., АВДЕЕВА В. С., СУПОНИН В. В.

Шестакова Ксения Дмитриевна — кандидат юридических наук, научная руководительница магистерской программы «Международное публичное право», доцент юридического факультета Санкт-Петербургского государственного университета, Санкт-Петербург, Россия (k.shestakova@spbu.ru).
ORCID: 0000-0001-9459-9330.

Ятаева Полина Сергеевна — директор Программы международных конкурсов в форме игровых судебных процессов юридического факультета Санкт-Петербургского государственного университета, Санкт-Петербург, Россия (p.yataeva@spbu.ru).
ORCID: 0009-0006-1801-1332.

Авдеева Варвара Сергеевна — студентка магистерской программы «Международное публичное право» юридического факультета Санкт-Петербургского государственного университета, Санкт-Петербург, Россия (avdeeva.varia@gmail.com).
ORCID: 0009-0006-4383-6539.

Супонин Вячеслав Вячеславович — студент магистерской программы «Международное публичное право» юридического факультета Санкт-Петербургского государственного университета, Санкт-Петербург, Россия (suponinvv@gmail.com).
ORCID: 0009-0004-3120-023X.

Аннотация

В современной русскоязычной литературе по теории и истории международного права имя А. Н. Мандельштама упоминается редко. Внимание к его международно-правовым идеям в последнее десятилетие понемногу проявляется в источниках, посвященных ранней истории защиты прав человека на английском, французском и других языках. Профессиональный путь А. Н. Мандельштама в эпоху нестабильности, войн и революций интересен фокусом на защиту прав человека, окончательно сформировавшимся в эмигрантский период жизни. Перу Мандельштама принадлежит первый проект универсальной декларации прав человека, принятый Институтом международного права. Продвигая в эмиграции гуманистические идеи, А. Н. Мандельштам читал лекции в Гаагской академии международного права, осмысляя опыт столкновения Османской и Российской империй с проблемами меньшинств, беженцев и апатридов. Он разработал концепции защиты прав меньшинств и прав человека в международном праве, а также активно занимался их универсализацией. Несмотря на передовые для своего времени идеи о примате прав человека над государственным суверенитетом, Мандельштам не был свободен от глубоко укоренившихся в мировоззрении интернационалистов его поколения идей о разном уровне развития и цивилизованности различных народов, требующих, по сложившемуся мнению, опеки просвещенных государств. Авторы статьи исследовали частную историю А. Н. Мандельштама, связанные с ней микроистории, включив их в более широкий исторический, политический и социальный контекст. Они проанализировали становление и развитие идей Мандельштама о защите прав человека в межвоенный период с целью вернуть его фигуру и идеи в современный теоретический и исторический дискурс.

Ключевые слова

А. Н. Мандельштам, международная защита прав человека, гуманитарная интервенция, защита прав меньшинств, межвоенный период, Российская империя, Османская империя, история международного права, теория международного права, Лига Наций

Для цитирования: Шестакова К. Д., Ятаева П. С., Авдеева В. С., Супонин В. В. Становление международной защиты прав человека в межвоенный период: фигура и взгляды А. Н. Мандельштама. Часть 2 // Журнал ВШЭ по международному праву (HSE University Journal of International Law). 2024. Т. 2. № 2. С. 4–27.

<https://doi.org/10.17323/jil.2024.22259>

¹ Первая часть исследования, посвященного жизни и трудам А. Н. Мандельштама, см: Шестакова К. Д., Ятаева П. С., Авдеева В. С., Супонин В. В. *Становление международной защиты прав человека в межвоенный период: фигура и взгляды А. Н. Мандельштама. Часть 1* // Журнал ВШЭ по международному праву (HSE University Journal of International Law). 2024. Т. 2. № 1. С. 4–18. URL: <https://jil.hse.ru/article/view/21706/18655>.

Главным радетелем за международную защиту прав человека в послеверсальский период был А. Н. Мандельштам.

Ян Герман Бургерс²

Введение

В первой части статьи мы рассмотрели состояние международного права как профессиональной практики во второй половине XIX века, а также проследили личную траекторию А. Н. Мандельштама, его становление в качестве юриста-международника с учетом происхождения, полученного университетского образования, дополнительного обучения во Франции и Константинополе, а также начала дипломатической карьеры.

Анализ диспута Л. И. Петражицкого с А. Н. Мандельштамом на защите диссертации последнего продемонстрировал включение юристов его поколения — в отличие от поколения его учителей, включая Ф. Ф. Мартенса, — в дискуссию о методе международного права. Спор о конфликте (или балансе) между позитивным и метафизическим в праве в этот период во многом отражает общие споры и поиски российских либеральных мыслителей в Российской империи. В 1900-1914 годах либеральная мысль в России переживала свой кульминационный период и из философского течения трансформировалась в общественно-политическое движение. Представляется, что нормативная теория А. Н. Мандельштама была среди прочего вдохновлена конкретным историческим и социокультурным пониманием либеральных ценностей и способа разрешения конфликтов между ними. Мандельштам сформулировал минимальные стандарты защиты прав меньшинств — впоследствии всеобщих прав человека — с учетом собственного опыта дипломатической службы в Османской империи, осмысления предпосылок и последствий двух мировых войн, а также революции 1917 года, повлекших за собой в числе прочего массовую эмиграцию.

Для удобства читателя вторая часть статьи поделена на несколько разделов: введение; (I) международное право в контексте идей либерализма начала XX века; (II) Петербург-Константинополь: дипломатическая карьера; (III) права человека: теоретизация и универсализация; (IV) научная и консультативная деятельность в эмиграции; (V) последние годы жизни; и заключение.

I. Международное право в контексте идей либерализма начала XX века

С момента зарождения либеральных идей в Англии и Франции в XVII-XVIII веках множество мыслителей, которые ассоциируются с этой традицией, стремились найти наилучший способ разрешения конфликта между личной свободой и социальной справедливостью, а также установить допустимую степень вмешательства государства для достижения оптимального баланса между ними, оценивая влияние той или иной теоретической модели на формирование общественных институтов и практик. Как показывают современные научные исследования, либеральные идеи, попав на дореволюционную российскую почву, приобретали разнообразные формы и трансформировались под влиянием конкретного политического и социокультурного контекста³.

Европейская либеральная мысль

Прежде чем обрисовать особенности российского контекста, в котором развивались либеральные идеи, вкратце опишем суть либерального течения мысли. Несмотря на современную критику понятия «либерализм», отсутствие единообразия среди представителей данного направления мысли, исследователи говорят о существовании традиции либерализма, которая базируется на пяти фундаментальных идеях: индивидуализм, эгалитаризм, социальный контракт руссоистского типа, мелиоризм и универсализм⁴.

² «The principal champion of international protection for human rights in the period after Versailles was A. N. Mandelstam». Burgers J. H. *The Road to San Francisco: The Revival of the Human Rights Idea in the Twentieth Century* // *Human Rights Quarterly*. 1992. Vol. 14. № 4. P. 451.

³ См. об этом, в частности: Рэмpton В. *Либеральные идеи в царской России. От Екатерины Великой и до Революции* / Ванэсса Рэмpton ; [пер. с англ. И. Нахмансона]. СПб. : Academic Studies Press / Библиороссика, 2014.

⁴ Подробнее об этом: Рэмpton В. *Указ. соч.* С. 8–55.

Другими словами, либеральные мыслители строят социальную модель вокруг идеальной фигуры противопоставленного социальным группам автономного субъекта, который активно участвует в политических процессах и самостоятельно принимает ключевые решения, определяющие его жизнь⁵. Либеральные мыслители утверждают равенство и призывают к эмансипации угнетенных групп в обществах со схожими общественными условиями и запретами. Личная свобода, по их мнению, достигается всеми людьми, являющимися равноправными членами справедливого общества, в котором законы устанавливаются демократическим путем, а «индивидуальная воля становится частью всеисильной общей воли»⁶. Либеральные идеи зачастую презюмировались универсальными; либеральные мыслители, опираясь на исторический метод, разделяли оптимистическую уверенность в возможности прогресса и улучшения общественных институтов и условий жизни посредством реформ и других механизмов, впрочем, соглашаясь с множественностью способов, которыми эти цели могут быть достигнуты.

Исторически либеральные мыслители утверждали, что, раз история доказывает правоту их концепции свободы, то сформировавшиеся в их культурной среде представления, практики и ценности должны лечь в основу общечеловеческой цивилизации. Каждый, кто не разделял их представлений, считался заблуждающимся или лишенным морально-нравственных ориентиров⁷. В более позднем осмыслении такая позиция подверглась критике из-за игнорирования социальных и эмоциональных связей между людьми, чрезмерного индивидуализма и антропоцентризма, а также оторванности от реальной жизни⁸.

Юристы-международники рассматриваемого периода были склонны переносить свои представления об общественном устройстве на межгосударственные отношения. Таким образом, оригинальное прочтение этих идей, сделанное с учетом личного опыта, прослеживается в общетеоретических представлениях А. Н. Мандельштама о международном праве, наиболее полным образом сформулированных в монографии «Судьба Османской империи»⁹. Собственный опыт Мандельштама охватывал его профессиональное развитие в Российской империи, а также участие в русскоязычном и французском либеральном дискурсе.

Русская либеральная мысль на рубеже XIX-XX веков

Осветив дополнительное образование и идеи преподавателей А. Н. Мандельштама во Франции в первой части статьи, вкратце выделим основные особенности формирования либеральной мысли в дореволюционной России, которая в рассматриваемый период развивалась в условиях специфического политического и социокультурного контекста, включавшего империю с абсолютной монархией и длительное существование крепостного права¹⁰.

Любопытно отметить, что хотя термин «либеральный» появился в русском языке довольно рано, по сути, либеральные мыслители длительное время использовали его только в диалоге с международной аудиторией, избегая прямо называться «либералами» в русскоязычном дискурсе. Современные исследователи объясняют этот факт тремя основными причинами.

Во-первых, в российском дискурсе термин обладал ярко выраженной негативной коннотацией¹¹. Во-вторых, либеральное течение в рассматриваемый период было крайне разрозненным, поскольку разделявшие либеральные идеи мыслители не могли прийти к единому пониманию того, как толковать ключевые либеральные концепции в конкретных исторических и социокультурных реалиях дореволюционной России и какими средствами добиваться их воплощения в жизнь. Экономическая составляющая социально-экономической модели общественного устройства, включавшая либеральную экономику и ограничение роли государства, уважение частной собственности, интересовала их в меньшей степени, чем социальная: обретение гражданских и политических прав, способных, по их мнению, защитить общество от государственного произвола. В-третьих, фрагментированная сущность западных либеральных идей не давала российским мыслителям четких

⁵ Там же. С. 16.

⁶ Там же. С. 17.

⁷ Там же. С. 17–18.

⁸ Там же. С. 18.

⁹ Mandelstam A. *Le Sort de l'Empire Ottoman*. Lausanne, Paris : Payot et Co.

¹⁰ Рэмптон В. *Указ. соч.* С. 10–13.

¹¹ См. например, Тургенев И. С. *Отцы и дети*. М. : Издательство «Художественная литература», 1976. С. 192: «Аристократизм, либерализм, прогресс, принципы, — говорил между тем Базаров, — подумаешь, сколько иностранных... и бесполезных слов! Русскому человеку они даром не нужны».

ответов на вопрос о том, в чем заключается первоочередная задача государства: в обеспечении и стимулировании социально-экономического благополучия подданных, в защите демократических принципов, гарантировании гражданам свободы, природу которой — позитивную или негативную — еще требовалось установить. Таким образом, российские мыслители расходились в том, какими должны быть условия для самореализации человека, споря об иерархии и должном балансе между негативной и позитивной свободой, зачастую отдавая предпочтение последней. Отношение российских либералов к насильственным методам, государственному невмешательству и прогрессивным реформам (как способам достижения этой свободы) также не было единообразным и эволюционировало сообразно конкретным историческим событиям, пронесившимся перед ними с калейдоскопической скоростью¹². По этим причинам российские либеральные деятели считали себя вправе выбирать из либеральных идей «собственный репертуар», а реализация их идей в ряде случаев пересекалась со стремлениями правых консервативных (обеспечение порядка в государстве в период революционных брожений) и левых (установление социальной справедливости) партий.

Как следствие, в момент трансформации либерального философского течения в общественно-политическое движение российские либеральные мыслители (значимая их часть — кадетская партия, возглавляемая П. Милюковым) обнаружили себя левыми центристами в российском политическом ландшафте. Это положение ставило перед ними ряд практических дилемм в процессе претворения их теоретических моделей в жизнь. С одной стороны, они находились в оппозиции к правительству. С другой стороны, до революции 1905 года считали лучшей стратегией компромисс и сотрудничество с властью, не приемля насильственные методы, предлагаемые социалистами-революционерами. Сами участники событий, описывая их *post factum*, характеризовали попытки достижения разумного компромисса между признанием личных свобод и общественным благополучием, установления общественного строя, основанного на верховенстве права и соблюдении гражданских свобод, выбранными средствами как «бессмысленные мечтания» и «неправдоподобные утопии»¹³.

В этом контексте высвечивается двойственность положения А. Н. Мандельштама. С одной стороны, он дипломат, сотрудник Министерства иностранных дел, очевидно транслирующий интересы Российской империи, с другой, — носитель либеральных ценностей. В силу выбранной профессии либеральная идея верховенства права играла для него существенную роль.

II. Петербург-Константинополь: дипломатическая карьера

С начала 1900-х годов доктор права А. Н. Мандельштам начинает активно включаться в решение вопросов международной политики в качестве дипломатического представителя Российской империи. В этот период он отдает свое время решению практических задач и не занимается научными исследованиями или теоретизацией полученного опыта. В 1904 году А. Н. Мандельштам становится ассоциированным членом Института международного права¹⁴. Имея постоянное назначение в миссии на территории Османской империи, Мандельштам принимает участие и в других значимых событиях международно-правовой жизни.

Гулльский инцидент и Вторая Гаагская конференция

В 1905 году Андрей Николаевич включается в работу по расследованию Гулльского инцидента — его назначают одним из советников российского правительства при Парижской комиссии¹⁵. Речь идет о происшествии в Северном море, имевшем место в начале русско-японской войны. Вторая Тихоокеанская эскадра под командованием вице-адмирала З. П. Рожественского обстреляла британские рыбацкие суда, приняв их за корабли неприятеля. Желая мирно урегулировать конфликт, Российская империя взяла на себя ответственность за действия командования эскадры и понесла таким образом репутационный ущерб¹⁶. Мандельштам отмечал важность самого факта создания Комиссии, поскольку ее деятельность позволила применить модель международного арбитража к

¹² Рэмптон В. Указ. соч. С. 37, 49, 113–144.

¹³ Бердяев Н. А. *Новое Средневековье. Размышление о судьбе России и Европы*. Берлин : Обелиск, 1924. С. 62-63. Цит. по: Рэмптон В. Указ. соч. С. 11.

¹⁴ *Annuaire Institut de Droit International*. 1950. №43 (II). Germany: Schmidt Periodicals GMBH, 2000. P. 482 URL: https://www.idi-iil.org/app/uploads/2017/05/4025-43B_OCR-min.pdf (дата обращения: 18.03.2024).

¹⁵ Подробнее об этом: Mandelstam A. *La Commission Internationale D'Enquete Sur L'Incident De La Mer Du Nord*. *Revue générale du droit international public*, 1905.

¹⁶ Dogger Bank Incident, *The Argus* (Melbourne, Vic.: 1848–1957). 15 February 1905. P. 5.

вопросам уголовного права и привлечь к ответственности лиц, нарушивших нормы международного права¹⁷.

В 1905 году в России происходит революция. Закончившись поражением, она тем не менее изменила облик империи и жизнь ее подданных. За революцией последовала некоторая демократизация политической системы¹⁸. Этот период, частично совпавший с Серебряным веком русской культуры, называют кульминацией либерального общественно-политического движения в Российской империи.

Даже в условиях внутривнутриполитической нестабильности во внешней политике Российская империя оставалась великой державой, играющей ключевую роль в международных отношениях. Так, Российская империя стояла у истоков Гаагских мирных конференций и принимала особо деятельное участие во Второй мирной конференции, проходившей в 1907 году и посвященной разработке законов и обычаев войны. Манделъштам участвовал в ней в статусе секретаря российской делегации¹⁹. Итоги Конференции ощутимо повлияли на правовые воззрения Манделъштама. Андрей Николаевич горячо приветствовал идею создания постоянного международного суда, но Вторая конференция отложила реализацию этого проекта²⁰. Позднее он опишет ее как мирное состязание умов, в котором государства, чтущие закон и ставящие его выше грубой силы (в том числе страны Антанты), проиграли Германии, сопротивляющейся любому международному порядку. Германия не позволила создать международный суд, решения которого являлись бы обязательными для государств. Мирная борьба, как пишет Манделъштам, за новое право человечества закончилась, и скоро начнется другая — железом и огнем²¹.

Кроме того, в 1912 году А. Н. Манделъштам был назначен одним из полномочных представителей Российской империи на конференции в Христиании, посвященной работе по вопросу международного статуса Шпицбергена²².

Постоянная служба в Османской империи и армянские реформы

В 1903 году Манделъштам назначается управляющим русскими консульствами в Ускубе и Монастыре, территориях Македонии, входивших в состав Османской империи²³. В этот период ситуация в регионе была не самой простой: противостояние христианского и мусульманского (преимущественно албанского) населения в Македонии и Старой Сербии достигло своего пика. Так, например, в год назначения Манделъштама на должность управляющего в Битоли (Македония) был убит албанцем консул Российской империи А. А. Ростовский. Будучи консулом, Андрей Манделъштам так описывал царившую в турецком вилайете обстановку:

Положение дел в восточной части Ускубского вилайета может быть охарактеризовано одним словом — «анархия». Мусульманское население продолжает по-прежнему смотреть на христиан, как на незащитных рабов, жизни и имущество которых находятся в их полном распоряжении²⁴.

Османская империя в рассматриваемый период объединяла немалое количество территорий и этнических общностей: турки, арабы, армяне, греки, курды, черкесы и др. По этой причине одной из острых внутривнутриполитических проблем для Османской империи на протяжении столетий оставались межнациональные и межрелигиозные конфликты. Проиграв Русско-турецкую войну 1877–1878 годов, империя переживала экономический кризис. Внешнеполитические проблемы усугублялись комплексом внутренних проблем, вызывавших большое социальное недовольство, и общим ужесточением политической линии.

Для понимания исторического контекста важно отметить, что на протяжении второй половины XIX века европейские державы активно продвигали идею дипломатического урегулирования межнациональных противоречий, существовавших в Османской империи. Так, секретное

¹⁷ Lemnitzer J.M. *International Commissions of Inquiry and the North Sea Incident: A Model for a MH17 Tribunal?* // *European Journal of International Law*. 2016. Vol. 27. № 4. P. 940.

¹⁸ Ясько Т. Н. *Первая русская революция 1905–1907 гг.* // Россия и АТР. 2005. № 4. С. 153–156.

¹⁹ Mandelstam A. *Le Sort de l'Empire Ottoman...* P. 461.

²⁰ Ibid.

²¹ Ibid.

²² BnF Gallica // *Revue Générale de Droit International Public*. 1913. P. 20. URL: <https://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k734874/f23.item> (дата обращения: 02.03.2024).

²³ Лопухин В. Б. *Записки бывшего директора департамента Министерства*. СПб. : Нестор-История, 2008. С. 482.

²⁴ АВПРИ. Ф. 151. Политархив. Оп. 482. 1903. Д. 1475. Л. 241—241 об.; Македония. Сборник от документи и материали. София, 1978. С. 456. в работе http://www.promacedonia.org/as4/as_1_2.htm (дата обращения: 02.03.2024).

Рейхштадтское соглашение между Россией и Австро-Венгрией было призвано защитить христианское население Турции и включало проект административной реформы в Боснии и Герцеговине²⁵. Сан-Стефанский прелиминарный мирный договор 1878 года, замененный впоследствии Берлинским трактатом 1878 года, помимо положений о признании Турцией независимости Болгарии, Сербии и Черногории, обязывал Турцию провести реформы в других регионах. Статья XVI касалась территорий, на которых проживали армяне²⁶. Положения об административных реформах в Османской империи содержал и Берлинский трактат²⁷. В частности, статья 61 интернационализировала вопрос об обращении с армянами в Османской империи, и он начал регулярно фигурировать в восточной политике великих держав. В этот период армяне, как и другие меньшинства, выступали скорее объектом участия, чем активными участниками усилий по улучшению своего положения. Так, на Берлинском конгрессе армянская делегация тщетно пыталась получить гарантии проведения реформ²⁸.

Султан Абдул-Хамид пришел к власти в 1876 году. В первый же год правления он распустил парламент и свернул реформы Танзимата (1839–1876 годов), которые были построены на провозглашении гарантий неприкосновенности жизни, достоинства и имущества каждого человека вне зависимости от его вероисповедания. В этот период были проведены заметные военная, административная и судебная реформы. В основу реформ Танзимата лег хатт-и-хумаюн (высочайший указ) 1856 года: мусульмане и не-мусульмане уравнивались в вопросах военной службы, отправления правосудия, налогообложения, поступления в гражданские и военные учебные заведения, в социальной сфере, а также при приеме на государственную службу²⁹. Последний период реформ пришелся на правление султана Абдул-Азиза.

Мандельштам резко критиковал Абдул-Хамида³⁰. При нем, пишет Мандельштам, все реформы были сведены на нет: провинциальное самоуправление существовало лишь номинально, население было обложено незаконными налогами, пресса подвергалась жесткой цензуре. О результатах правления Абдул-Хамида Мандельштам высказывается однозначно:

Сотни тысяч несчастных армян, зарезанных в конце 90-х годов по личному приказанию Абдул-Хамида, десятки тысяч македонцев, погибших от рук мучителей, действовавших по его же указке и наущению, свидетельствуют перед историей об истинном отношении Абдул-Хамида к своим турецким подданным³¹.

Мандельштам, как и многие в этот период, возлагал определенные надежды на приход к власти представителей младотурецкого движения. С некоторыми из них он был знаком лично со времен учебы в Париже. Младотурецкое правление обещало поворот империи к демократическим преобразованиям и давно назревшим реформам. Однако этнические общности, поначалу поддерживавшие младотурок, довольно быстро превратились в их политических оппонентов³², что

²⁵ Pribram A. F. *The secret treaties of Austria-Hungary*. Vol. II. Harvard, 1921. P. 188–191.

²⁶ Сборник договоров России с другими государствами (1856–1917) / Государственное издательство политической литературы, 1952. С. 159–175. Статья XVI: «Ввиду того, что очищение русскими войсками занимаемых ими в Армении местностей, которые должны быть возвращены Турции, могло бы подать там повод к столкновениям и осложнениям, могущим вредно отразиться на добрых отношениях обоих государств, — Блистательная Порты обязуется осуществить, без замедления, улучшения и реформы, вызываемые местными потребностями в областях, населенных армянами, и оградить безопасность последних от курдов и черкесов.» Эта статья вызвала опасения британского правительства под руководством консервативного премьер-министра Дизраэли об увеличении влияния России на востоке Турции, что привело к подписанию 4 июня 1878 года «Кипрской конвенции» («Конвенции об оборонительном союзе») между Великобританией и Турцией, в которой Великобритания гарантировала целостность османских восточных территорий в обмен на управление Кипром и обещание султана «провести необходимые реформы, которые будут согласованы позже между двумя державами... для защиты христианских и других подданных Порты на этих территориях». Dussen W. J. van der. *The Question of Armenian Reforms in 1913–1914* // *Armenian Review*. 1986. Vol. 1. № 39. P. 12.

²⁷ Сборник договоров России с другими государствами (1856–1917) / Государственное издательство политической литературы, 1952. С. 181–206, статья LXI: «Блистательная Порты обязуется осуществить, без дальнейшего замедления, улучшения и реформы, вызываемые местными потребностями в областях, населенных армянами, и обеспечить их безопасность от черкесов и курдов. Она будет периодически сообщать о мерах, принятых ею для этой цели, державам, которые будут наблюдать за их применением».

²⁸ Dussen W. J. van der *Op.cit.* P. 11–28. Westenenk L. C. *Diary Concerning the Armenian Mission 1914* // *Armenian Review*. 1986. Vol. 1. № 39. P. 29–79.

²⁹ Davison R. *Reform in the Ottoman Empire, 1856–1876*. Princeton : Princeton University Press, 1963. P. 55.

³⁰ Мандельштам А. Н. *Младотурецкая держава: Историко-политический очерк* / А. Н. Мандельштам. Москва : типо-литография товарищества И. Н. Кушнерев и К, 1915. С. 6.

³¹ Там же. С. 4–5.

³² Mandelstam A. *Le Sort de l'Empire Ottoman...* P. 8.

усугубило межэтнические и межрелигиозные противоречия³³. К тому же после младотурецкой революции в Османской империи оставалось немало сторонников свергнутого султана. Антиреволюционный мятеж стамбульского гарнизона в 1909 году послужил катализатором Киликийской резни — трагедии в вилайете Адана, унесшей жизни тысяч армян. Несмотря на подавление мятежа в короткий срок, новости о нем дошли до Аданы (одноименного города), обострив межэтнические столкновения, быстро переросшие в масштабные погромы, поджоги и убийства³⁴.

В период с 1909 по 1912 год А. Н. Мандельштам был арбитром в споре между Россией и Турцией, рассматриваемом в рамках Постоянной палаты Третейского правосудия. Помимо турецких коллег, арбитром в этом деле также выступал барон фон Таубе³⁵. Дело касалось обязательства Турции компенсировать Российской империи убытки российских подданных, понесенные в ходе войны 1877–1878 годов. Турецкая сторона не оспаривала сумму убытков, но отложила их выплату более чем на двадцать лет. В связи со столь длительной отсрочкой платежа Россия требовала выплаты процентов. Стороны согласились передать спор на рассмотрение в арбитраж. Трибунал постановил, что проценты могли бы быть присуждены в теории, однако, так как Россия и Турция все это время вели дипломатическую переписку и Россия не заявляла требование о выплате процентов, то поведение российской стороны должно быть истолковано как отказ от права требования. В итоге трибунал отказал России в требовании о взыскании процентов³⁶.

Как знаток региона, в 1913 году Мандельштам становится делегатом в Международной комиссии о реформах в турецкой Армении³⁷. Сблизившись с К. Н. Гулькевичем, временным поверенным в делах России в Константинополе, Мандельштам сыграл ведущую роль в переговорах по проекту реформ в Османской Армении в 1912–1914 годах, в частности в качестве советника посла де Гирса³⁸ и составителя проекта, предложенного Османской империи. Хотя проект, состоящий из 22 статей, и не был реализован, он представляет интерес своей масштабностью и детальной проработанностью. К лету 1913 года шесть вилайетов — Эрзерум, Ван, Битлис, Диарбекир, Харпут и Сивас — должны были быть организованы в одну провинцию, управляемую османским христианином или, лучше всего, европейцем, назначенным султаном на пять лет с одобрения великих держав. Его власть была бы значительной: он становился во главе всех административных чиновников и полиции, и по требованию в его распоряжение предоставлялись военные силы для поддержания порядка в провинции. Генерал-губернатору помогал бы консультативный совет из мусульман, христиан и европейцев, а провинциальное собрание состояло бы из равного числа мусульман и христиан³⁹. Вопрос о дальнейшем административном делении предполагалось основывать на существующих международных договорах⁴⁰, не нарушая хрупкой стабильности:

...Почти все нынешние требования армян в области правосудия — об организации... гражданской, а не духовной, юстиции, о введении в состав судов членов — от христианского и мусульманского населения — были уже признаны справедливыми европейской комиссией в 1880⁴¹ году и тремя Послами в 1895 году⁴². Сверх того, начало участия в судах мусульман и христианских заседателей содержится в самом турецком законодательстве (Указы 1875 и 1902 годов)⁴³.

³³ Введ. А. Н. Мандельштама // *Турция и пантурсанизм* / под ред. Зареванда. Париж, 1930. С. 6–9.

³⁴ Шакарянц С. Э. *Геноцид армян 1915–23 гг. и геополитика* // *Регион и мир*. 2015. Т. IV. № 1–2. С. 3–20.

³⁵ Russian Claim for Interest on Indemnities (Russia / Turkey), PCA Case No. 1910–02, Award, 11 November 1912.

³⁶ Там же. С. 16.

³⁷ Грабарь В. Э. *Материалы к истории литературы международного права в России (1647–1917)*. М.: Зерцало, 2003. С. 398.

³⁸ Ежегодник Министерства иностранных дел 1914 // Министерство иностранных дел, 1914. С. 55. URL: <http://elibrary.shpl.ru/ru/nodes/74115-1914-51-y-god-ispravleno-i-dopolneno-po-8-dekabrya-1913-g-1914#mode/inspect/page/99/zoom/6> (дата обращения: 02.03.2024).

³⁹ Mandelstam A. *Le sort de l'Empire Ottoman...* P. 218–222. С учетом нежелания Турции проводить точечные реформы в отдельных вилайетах был принят компромиссный сокращенный план реформ. Подробнее об этом: Dussen W. J. van der. *Op.cit.* P. 11–28.

⁴⁰ Амбарцумян К. Р. *Проблема реформирования армянских вилайетов Турции в политике великих держав в 1908–1914 гг.* // *История: факты и символы*. 2021. Т. 29. № 4. С. 51–60.

⁴¹ Скорее всего, речь идет о работе Европейской комиссии в рамках Берлинской конференции, где обсуждались вопросы установления греко-турецкой границы и, в очередной раз, административного реформирования Турции.

⁴² В свете массовых убийств армян — Хамидийской резни 1894–1896 годов — послы Британии, Франции и России предложили создать комиссию по расследованию произошедшего на турецкой территории. Предложение было отклонено Османской империей, однако европейским представителям разрешили принять участие в слушаниях в качестве наблюдателей. После этого в мае 1895 года послы направили султану меморандум и проект административных реформ, в числе которых было объединение армянских областей.

⁴³ Архив внешней политики Российской империи. Посольство в Константинополе. Оп. 517/2. Д. 3733.

Уже на этом этапе А. Н. Мандельштам выступает если не за предоставление равных прав меньшинствам, то за определение минимального стандарта, который с учетом исторических особенностей устанавливался бы для каждой этнической общности. В статье на французском языке «Российская политика в Турецкой Армении накануне Великой войны» 1935 года (фр.: *La politique russe en Arménie turque à la veille de la Grande Guerre*) он пишет о проекте реформы управления вилайетов в Турции, а также подвергает критике понятие «суверенитет», настаивая на ошибочности его абсолютизации, приводящей к попранию прав человека и человека как такового⁴⁴.

Принимая во внимание обширный опыт, полученный на международно-правовом и дипломатическом поприщах, по воспоминаниям знавшего его лично современника Михайловского, А. Н. Мандельштам надеялся на получение должности «начальника Юрисконсультской части МИД»⁴⁵. Однако, несмотря на двадцатипятилетний опыт, предпочтение было отдано Нольде из-за «суеверного взгляда начальства в отношении несчастливой руки Андрея Николаевича»⁴⁶.

Осенью 1914 года А. Н. Мандельштам вернулся в Россию: дипломатический диалог с Османской империей, вступившей в войну на стороне Тройственного союза, был разорван. Никакого международного механизма воздействия на урегулирование межэтнических проблем в Османской империи не осталось, а ранее достигнутые договоренности о реформировании турецких вилайетов, где проживало армянское население, были аннулированы. В частности, такая судьба постигла Соглашение о проведении реформ в Армении, заключенное К. Н. Гулькевичем и Саид-Халимом⁴⁷ 26 января 1914 года⁴⁸.

Параллельно с этим Османская империя под руководством младотурок сменила идеологический курс с османизма на пантуранизм (позднее пантюркизм), предполагающий ориентацию на тюркское население империи. Не готовые пойти на децентрализацию власти младотурки прибегли к репрессивным методам, жертвами которых становились не только иноверцы, но и желающие автономии мусульмане (албанцы и арабы). Пришедшие к власти в партии «Единения и прогресса» (партия младотурок) пантуранисты выступали за ассимиляцию или, в случае сопротивления, очищение империи от нетурецкого населения. Именно такую стратегию предложил один из ведущих идеологов «Единения и прогресса» Зия Гёкалп в работе «Основы тюркизма»⁴⁹.

Начало Первой мировой войны сопровождалось репрессиями против армянского населения: массовые аресты, убийства армянских политических и общественных деятелей, представителей интеллигенции и промышленников в Константинополе. С 1915 года карательные акции против армянского населения охватили всю территорию Турции. Цифры жертв массовых убийств в современной историографии сильно разнятся: от сотни тысяч до полутора миллионов убитых⁵⁰. После окончания Первой мировой войны Зия Гёкалп был задержан союзными войсками, вошедшими в Константинополь. Ему выдвинули обвинения как политическому деятелю, причастному к антиармянской агитации, повлекшей массовую резню в вилайетах⁵¹.

В этот период Мандельштам совмещал научную деятельность и дипломатическую работу, в большей степени концентрируясь на последней. О нехватке времени на науку он пишет в одном из писем к дорогому другу Борису Нольде, сетуя на большую загруженность по службе⁵². Фундаментальные тексты, благодаря которым он стал известен как теоретик международного права, А. Н. Мандельштам напишет позже. Самыми заметными работами петербургского и константинопольского периодов можно считать две статьи о младотурецком движении, вышедшие в нескольких выпусках журнала «Русский мир» в 1915 году. Впоследствии эти статьи станут первыми главами большого труда «Судьба Османской империи».

⁴⁴ Mandelstam A. *La politique russe en Arménie turque à la veille de la Grande Guerre* // Le Monde Slave. 1935. № II. P. 339.

⁴⁵ Михайловский Г. Н. *Записки. Из истории российского внешнеполитического ведомства, 1914–1920 гг.* Книга 1. М. : Международные отношения, 1993. С. 84.

⁴⁶ Там же. С. 89, 91–92.

⁴⁷ Великий визирь Османской империи, а также исполняющий обязанности генерального секретаря партии «Единение и прогресс». Считается одним из государственных деятелей, ответственных за начавшиеся в 1915 году массовые убийства армянского населения.

⁴⁸ Сборник дипломатических документов. Реформы в Армении. П., 1915; Сб. договоров России с др. гос-вами (1856–1917). М., 1952.

⁴⁹ Введ. А. Н. Мандельштама // *Турция и пантуранизм* / Зареванд. С. 4.

⁵⁰ Шакарянц С. Э. *Указ. соч.* С. 12–13.

⁵¹ Heyd U. *Foundations of Turkish Nationalism. The Life and Teachings of Ziya Gökalp*. London : The Harvill Press, 1950. P. 37.

⁵² РГИА Ф. 727 Оп. 2 Д. 346 «Письма Мандельштама Г. Н., драгомана посольства в Константинополе, о своей научной работе в области международного права, публикации статей; II мирной конференции, политике России на Балканах, о сессиях института международного права (в Генте и Мадриде), о Шпицбергенской комиссии. 23 п».

III. Права человека: от теоретизации к универсализации

В 1916 году Андрей Мандельштам находился в Швейцарии, будучи прикрепленным к российской миссии по делам военнопленных⁵³: по официальным данным — для научной работы за границей, по другим — задачей поездки было ведение переговоров⁵⁴ с турецкой оппозицией⁵⁵.

В апреле 1917 года Временное правительство назначило Мандельштама, несмотря на его пребывание за границей, директором правового департамента МИД⁵⁶. Приняв назначение, Мандельштам не спешил вернуться в Россию. А. И. Шеремет со ссылкой на личные бумаги военно-морского атташе России в Константинополе А. И. Щеглова пишет, что А. Н. Мандельштам, с которым Щеглов находился в дружеских отношениях, «летом 1917 года порвал предписание из Петрограда и отправился приватным образом в Париж, куда, как оказалось, еще в 1913 году перевел деньги из банка в Петербурге, а потом и те, что получал в [Константинополе]... из кассы российского посольства»⁵⁷. Большевицкая революция и вовсе сделала возвращение Мандельштама невозможным⁵⁸.

Известный нам адрес Мандельштама в Париже находится в нескольких кварталах от Триумфальной арки: авеню Поля Деруледа, 5, Нейи-сюр-Сен⁵⁹. Сегодня в этом здании расположен четырехзвездочный отель.

Права меньшинств и права человека: теоретизация

В эмиграции А. Н. Мандельштам продолжил научную, политическую и просветительскую деятельность. Сам он отзывался о себе как о «русском либерале»⁶⁰. Именно его авторству принадлежит один из первых формальных проектов претендующей на универсальность декларации прав человека, разработанный и представленный в Институте международного права.

На этот период приходятся его основные теоретические разработки в области прав человека. Речь идет о работе «Судьба Османской империи», в которой рассматривается заключительный период ее существования со всеми присущими ему внутривнутриполитическими противоречиями и проблемами. В ней Мандельштам также формулирует собственную нормативную теорию международного права. Во введении Мандельштам пишет, что хотя книга и изобилует историографическими фактами, она преследует конкретную юридическую цель установления режима защиты прав человека. На первых же страницах Мандельштам раскрывает свой основной посыл⁶¹: «...Мы верим только в один абсолютный суверенитет, провозглашенный Мирабо⁶², — суверенитет права. Мы считаем, что международное право стоит выше права государства, а право человека — выше обоих».

Разрабатывая теорию международного права в рамках либеральной традиции, Мандельштам прямо пишет о себе как о либерале и «сыне великой свободной России» (фр.: *fils enfin de la grande*

⁵³ Kévonian D. *Exilés politiques et avènement du «droit humain»: la pensée juridique d'André Mandelstam (1869–1949)* // Revue d'Histoire de la Shoah. 2002. Vol. 177–178. P. 258.

⁵⁴ Лопухин В. Б. Указ. соч. С. 482.

⁵⁵ Можно предположить, что под турецкой оппозицией подразумеваются представители арабского освободительного движения, на момент Первой мировой войны фактически открыто выступившего против правительства Порты. С другой стороны, речь может идти о партии «Свобода и согласие», выступавшей против младотурецкого правительства.

⁵⁶ Решение о назначении А. Н. Мандельштама директором Правового департамента было принято Временным правительством 8 апреля 1917 года (Журналы заседаний Временного правительства. Март – октябрь 1917 года В 4 т. Март–октябрь 1917 года Т. 1 Отв. ред. тома Б. Ф. Додонов, 2001. С. 260). В этот период его предшественник Б. Нольде занимает пост товарища министра иностранных дел, которым на тот момент являлся П. Н. Милюков, входит в Юридическое совещание Временного правительства и Особого совещания по выработке закона о выборах в Учредительное собрание, в октябре 1917 года — в состав Временного совета Российской республики (Предпарламента).

⁵⁷ Российский государственный архив Военно-Морского Флота, Генеральный Морской штаб, ф. 418: Турецкий стол, д. 418; Иностранная статистика, д. 4260; Общее состояние турецкой армии. 1914, д. 4225; ф. 898, Иностранная статистика. Записка 8-го отдела морского штаба Турции «На случай войны с Россией». 1914; Личные бумаги капитана 2 ранга А. Н. Щеглова, оп. 1, д. 22; ф. 432, Прохождение службы А. Н. Щегловым, оп. 5, д. 9217. Цит. по Шеремет В. И. *Селим-Ага «Дикарь», Толмач или военно-морской атташе России* // Военно-исторический журнал. 1994. № 7. С. 65.

⁵⁸ Шеремет В. И. Указ. соч. С. 65; Комнатная Ю. А. *Судьба и правовое наследие ученого и дипломата Андрея Николаевича Мандельштама (1869–1949). К 140-летию со дня рождения* // Ленинградский юридический журнал. 2009. № 4. С. 193–202; Иваненко В. С. *Санкт-Петербургская школа международного права: Место и роль Санкт-Петербургского университета, его ученых и выпускников в становлении и развитии науки и практики международного права*. 2-е изд. Санкт-Петербург: Юридический центр, 2020 // Лань: электронно-библиотечная система. URL: <https://e.lanbook.com/book/354854> (дата обращения: 18.03.2024). С. 269.

⁵⁹ 5 Avenue Paul Déroulède à Neuilly-sur-Seine, Hôtel le 5 Particulier URL: <https://www.le5particulier.com/> (дата обращения: 15.03.2024).

⁶⁰ Mandelstam A. *Le Sort de l'Empire Ottoman*. P. v.

⁶¹ Ibid. P. 8.

⁶² Оноре Габриель Рикети Мирабо — один из главных деятелей Великой французской революции, предлагавший реформирование французского политического строя в соответствии с либеральными началами.

Russie libre)⁶³. Его теория международного права может быть в общих чертах сведена к следующему: государства в оптимистичном будущем станут равноправными членами справедливого сообщества, основанного на общих ценностях и верховенстве права. Конфликты между ними будет разрешать постоянно действующий международный суд, применение силы и насильственное вмешательство в дела других государств будет возможно для понуждения к обеспечению минимального уровня прав, требуемого для саморазвития общества внутри государства. Минимальный набор прав человека в его представлении должен быть установлен международным правом. Мандельштам в традиции своего времени принимал за аксиому идею о том, что одни государства в большей степени продвинулись на пути саморазвития, чем другие, и именно первые должны были гарантировать защиту прав человека. Одновременно с этим, опыт Российской и Османской империй в послереволюционный период, а также Германии в преддверии Первой мировой войны показывал, что «просвещенные» государства могут радикализироваться. По этой причине право на вмешательство должно было распространяться и на них в случае, если они серьезным образом нарушали права человека, — это право играло существенную роль в теории А. Н. Мандельштама.

Взгляд Мандельштама на турецкий вопрос и положение национальных меньшинств в Османской империи при этом сочетает в себе не только либеральный подход, сформулированный в диалоге между российским опытом и западными идеями, но и точку зрения дипломатического представителя Российской империи, для которой, как известно, «восточный вопрос» долгое время был, выражаясь обыденным языком, болевой точкой.

В «Судьбе Османской империи», увидевшей свет в 1917 году, Мандельштам ставит конкретный правовой вопрос: какова должна быть политика держав после победы над Османской империей? Рассуждая о возможности существования Османской империи и перспективе ее распада, автор не использует нейтральные обороты:

Позволяет ли торжествующее сегодня право сохранить тот позор человечества, которым ныне является Османская империя? Следует ли цивилизованным державам ограничиться постоянным коллективным вмешательством, более интенсивным, чем до сих пор, в турецкие дела и доходящим до постоянного контроля над империей, или же все должно прийти к полному распаду составного государства на его турецкие, армянские, арабские, сирийские и другие элементы?⁶⁴

Мандельштам стремится, абстрагировавшись от вопросов исторического и политического характера, разобраться в том, какие санкции могут быть наложены на государство за преступления против человечности в рамках формирующегося международного права, и на чем может основываться право вмешательства в дела Турции. Для ответа на этот вопрос Мандельштам выделяет три ключевые проблемы: (1) теоретическое обоснование права на гуманное вмешательство (в современных терминах — гуманитарная интервенция); (2) условия применения этого права; и (3) применение этого права к обстоятельствам в Османской империи⁶⁵.

Отвечая на первый вопрос, Мандельштам прослеживает историю формирования права на вмешательство на примере «восточного вопроса» и используемых в договорах с Турцией формулировок. Он отмечает, что в отношениях европейских держав и Османской империи практика вмешательства не нова. Так, в 1827 году Россия, Франция и Англия вмешивались во внутреннюю турецкую политику в связи с обострившейся ситуацией в Греции и убийствами эллинского населения⁶⁶. Отказ Турции от исполнения Лондонской конвенции⁶⁷ привел к Наваринскому сражению⁶⁸, где турецкий флот был разгромлен союзными силами. Коллективное вмешательство в этом случае основывалось общей заботой о мире в Европе и принципом гуманности в самом широком смысле этого слова. В Лондонской конвенции положения о гуманности робко упоминаются в конце, после перечисления политических причин. Однако уже в протоколах Парижских конференций 1860

⁶³ Mandelstam A. *Le Sort de l'Empire Ottoman*. P. IV.

⁶⁴ Mandelstam A. *Le Sort de l'Empire Ottoman*. P. 414.

⁶⁵ Ibid.

⁶⁶ Ibid.

⁶⁷ Лондонская конвенция, подписанная Россией, Англией и Францией в 1827 году, в которой предусматривалось коллективное посредничество в области урегулирования конфликта между Османской империей и восставшими против турецкого господства греками.

⁶⁸ Морское сражение, произошедшее 20 октября 1827 года во время Греческой войны за независимость в Наваринской бухте Ионического моря. В битве столкнулись объединенная эскадра России, Англии и Франции, с одной стороны, и турецко-египетский флот — с другой. Победа, одержанная объединенной эскадрой, обеспечила поддержку греческого национально-освободительного движения.

года и условиях французской экспедиции в Сирию того же года соображения гуманности формулируются более четко. В Протоколе от 3 августа 1860 года прямо указывается, что Россия, Великобритания, Франция и Пруссия «не намерены добиваться при выполнении своих обязательств (в отношении защиты интересов христианского сирийского населения — *авт.*) каких-либо территориальных преимуществ, какого-либо исключительного влияния или каких-либо уступок»⁶⁹: идея вмешательства из соображений гуманности превалирует над политическим интересом. По мнению Мандельштама, со второй половины XIX века принцип гуманности, легитимирующей вмешательство, закрепляется в международных договорах и общей риторике ключевых акторов. Так, статьи 61 и 62 Берлинского трактата⁷⁰ закрепляют «право официального покровительства», то есть право на вмешательство со стороны дипломатических и консульских агентов европейских держав на гораздо более прочной основе, чем в более раннем Парижском договоре⁷¹. Хотя после младотурецкой революции Османская империя денонсировала Парижский договор и Берлинский трактат, закреплявшие право Европы на вмешательство, Мандельштам уверен, что акт денонсации для права вмешательства несущественен, поскольку право наций черпает свои основания не только из формальных договоров, но и из этических принципов:

Для нас право на участие в жизни человечества имеет основу, независимую от международных договоров, которые никогда не смогут его создать, а только констатируют, придавая ему внешнее закрепление⁷².

В качестве момента, когда в международных отношениях доктрина невмешательства во внутренние дела государств, подразумевающая абсолютизацию понятия суверенитета в ущерб принципам гуманности и права, получила особенную популярность, он называет создание и действия Священного союза. Мандельштам уверен, что абсолютным суверенитетом должно обладать не государство, а право⁷³. Мандельштам далее рассуждает о сформировавшейся в немецкой мысли того периода концепции абсолютного суверенитета, которую он называет не оборонительной, а наступательной. Предметом его критики становятся взгляды Пауля Лабанда⁷⁴, считавшего, что в понятии государства сливаются властные действия и их правовая легитимация. По Лабанду, политический процесс определяется как проявление государственной воли, облеченной в правовую форму и, следовательно, вписанной в институциональную систему. Само государство из правовых отношений исключено, оно выступает как некая «надструктура». Опровергая его аргументы, Мандельштам отмечает, что политические процессы в таком ключе рассмотрения не учитывают социальный и культурный контексты. Со ссылкой на голландского юриста Гуго Краббе⁷⁵, он утверждает абсолютный суверенитет права. И для Краббе, и для Мандельштама право глубоко морально. Легитимация права коренится не в воле или обычае, а в его моральной значимости. Общей целью права является достижение максимальной духовной жизни сообщества⁷⁶.

Важным для понимания международно-правовых идей Мандельштама является термин «сообщество» (с фр. «*société*»). Теория естественного права не предполагает прогресса, поскольку законы природы являются неизменными и универсальными принципами. В рамках теории естественного права государства рассматриваются как индивиды в естественном состоянии, каждый из которых обладает естественными и абсолютными правами, в том числе, независимостью⁷⁷. Основная цель сообщества, в свою очередь, заключается в развитии жизни людей, в том числе, духовном. Государство рассматривается как воплощенная цель сообщества. Ни одному государству не удастся достичь этой общей цели международного сообщества, поскольку каждое государство —

⁶⁹ Mandelstam A. *Le Sort de l'Empire Ottoman...* P. 415.

⁷⁰ Сборник договоров России с другими государствами (1856–1917) / Государственное издательство политической литературы, 1952. С. 181–206.

⁷¹ Mandelstam A. *Le Sort de l'Empire Ottoman...* P. 415.

⁷² Ibid. P. 422.

⁷³ Ibid. P. 422–423.

⁷⁴ Ibid. P. 424.

⁷⁵ Профессор университета Гронингена, а с 1908 и до выхода на пенсию в 1927 — профессор университета Лейдена. В своей теории Краббе обосновывал силу закона наличием у человека такого нормативного чувства как «правосознание».

⁷⁶ Mandelstam A. *Le Sort de l'Empire Ottoman...* P. 425.

⁷⁷ Reeves J. S. *International Society and International Law // The American Journal of International Law*. 1921. Vol. 15. № 3. P. 363–364.

лишь часть человечества⁷⁸. Таким образом, каждое государство обладает лишь относительной ценностью по отношению ко всему человечеству:

Абсолютная ценность может быть приписана только цели сообщества, охватывающей всех людей. И именно эта абсолютная цель решает, должна ли общая цель для части человечества достигаться отдельным государством и в какой степени. Вся правосубъектность государства уходит корнями в международное право, на котором, в конечном итоге, основана юрисдикция государства⁷⁹.

Международное право делает возможной реализацию цели сообщества *цивилизированных* — объединенных общими ценностями — народов, достижению этой же общей цели подчинены и цели более мелких сообществ, то есть государств. Сам Мандельштам соглашается с тем, что концепция суверенитета содержит в своем ядре неоспоримую идею негативной свободы народа, движущегося в пределах своего абсолютного суверенитета. Его границы, тем не менее, должны определяться кодифицированным международным правом.

Разрабатывая собственную теорию, Мандельштам не только вступает в диалог с европейскими мыслителями, но и активно ссылается на коллег по Петербургскому университету. По мнению Мандельштама, Ф. Ф. Мартенс пытался примирить принципы суверенитета и международного общения, но с заметной тенденцией подчинить вторые первым. В «Международном праве цивилизованных народов» Ф. Ф. Мартенс пишет, что идея суверенитета не может лежать в основе международного права, поскольку эту неминуемо приведет к произволу:

Такой порядок, очевидно, не может иметь своим верховным принципом суверенную независимость каждого отдельного государства, ибо это начало неминуемо приводит к господству и оправданию противных праву исключительных интересов в области международных отношений. В основу научной системы современного международного права должна быть положена идея международного общения, согласно которой каждое самостоятельное государство есть органическая часть единого целого, связанная с другими государствами общностью интересов и прав⁸⁰.

Вместе с тем, Мартенс, по мнению Мандельштама, не до конца отказывается «от преданного поклонения идолу суверенитета государств»⁸¹. Мартенс отстаивает тезис, что мирная международная жизнь и международное право основываются на международном общении, которое он определяет как «свободный союз государств для достижения общими действиями полного развития своих сил и удовлетворения своих разумных потребностей»⁸². Не согласен Мандельштам и с тем, какое место Ф. Ф. Мартенс отводит правам человека. Верный своей теории, Мартенс выводит права человека из соглашений цивилизованных государств, определяя уважение личности и соблюдение прав человека как необходимые черты современных государств. Этот тезис Мандельштам критикует с опорой на историю: если бы ситуация действительно обстояла так, то не было бы ни депортированных немцами французов и бельгийцев⁸³, ни убитых турками армян⁸⁴. Не согласен Мандельштам с Мартенсом и в вопросе принципиальной недопустимости вмешательства во внутренние дела. Мартенс, говоря о запрете на вмешательство во внутренние дела «цивилизированных» государств, говорит об исключительных чрезвычайных обстоятельствах, допускающих коллективное вмешательство⁸⁵.

Критикуя концепцию государственного суверенитета, Мандельштам обращается к психологической доктрине права Л. И. Петражицкого. Согласно теории Петражицкого, право наравне с нравственностью является частью психических переживаний человека и осмысливается человеком в

⁷⁸ Mandelstam A. *Le Sort de l'Empire Ottoman...* P. 425.

⁷⁹ Ibid.

⁸⁰ Мартенс Ф. Ф. *Современное международное право цивилизованных народов. Том I / 2-е изд., доп. и испр.* Санкт-Петербург: Типография Министерства путей сообщения, 1887. С. 177.

⁸¹ Mandelstam A. *Le Sort de l'Empire Ottoman.* P. 443.

⁸² Ibid. 202.

⁸³ Мандельштам не уточняет периодизацию событий, но с высокой долей вероятности речь идет о Первой мировой войне, а именно об оккупации Германией Бельгии и Северной Франции в период с 1914 по 1918 год. Из-за высокой потребности военной экономики в рабочей силе Германия депортировала часть населения Бельгии и Франции для работы на своих заводах. В частности, известно, что за период с 1916 по 1917 год в Германию были депортированы порядка 60 тысяч безработных бельгийцев. См.: Thiel J. *Menschenbassin Belgien. Anwerbung, Deportation und Zwangsarbeit im Ersten Weltkrieg.* Essen: Klartext, 2007. P. 136.

⁸⁴ Mandelstam A. *Le Sort de l'Empire Ottoman...* P. 444.

⁸⁵ Ibid.

качестве должного по отношению к другому⁸⁶. Разграничивая нравственность и право, Петражицкий относит к области нравственности этические эмоции, которые носят императивный характер, а к области права — те, которые носят и императивный, и атрибутивный характер⁸⁷. Исходя из этого, Петражицкий выделяет интуитивное и положительное право. Основанием деления выступает наличие в характерных для них императивно-атрибутивных переживаниях ссылки на нормативные факты. Петражицкий подчеркивает, что ошибочно принимать интуитивное право за естественное, «идеальным» такое право назвать нельзя — его содержание может быть вполне неразумным. Петражицкий поясняет, что вырабатываемые наукой идеи рационального права и соответствующие законодательно-политические предложения представляют собой не право, а проекты правовых постановлений⁸⁸. Для интуитивного права важна индивидуальная природа, возникающее чувство долга в отсутствие нормативных фактов. Его содержание определяется конкретными условиями воспитания, социального положения и так далее⁸⁹. Сходство условий может привести развитие интуитивного права к общности. В таком случае допустимо говорить об интуитивном праве семьи, того или иного класса общества.

Строя аргументацию на психологической теории Петражицкого, Мандельштам разрешает конфликт между суверенитетом государства и суверенитетом права в пользу последнего:

Общее безличное право сначала навязывается нашему сознанию как позитивное международное право, черпающее свою силу из авторитета договоров и обычаев. Но помимо него существует интуитивное международное право, которое не обязано своим происхождением никаким правилам, никакому внешнему использованию и черпает свою силу исключительно из индивидуального сознания⁹⁰.

В нормативной теории Мандельштама особое место отводится всеобщим правам человека. Он пишет о существовании такого права прав человека, которое не только определяет права, но и защищает их от произвола отдельных государств. Мандельштам делает вывод о том, что государства не являются абсолютно суверенными. В том случае, если мы намерены оставить за государствами статус суверенных, мы должны исключить из него идею абсолютной независимости. Абсолютную ценность для Мандельштама имеет только цель сообщества, охватывающая всех людей. В связи с этим, для каждой эпохи должен существовать правовой минимум, ниже которого международное сообщество не может позволить опуститься ни одному государству. Единственной и эффективной санкцией международного права в конкретный исторический момент в случае, если оно опускается ниже установленного минимума, Мандельштам называет вмешательство⁹¹.

Таким образом, Мандельштам одним из первых дал правовое обоснование законности гуманитарных интервенций, осуществляемых с целью прекращения нарушений прав человека: в международном праве сформировалась интуитивная часть, которая дополняет позитивное право. Интуитивная часть вбирает в себя стремления к защите прав человека и ограничению государственного суверенитета⁹². Вмешательство в дела государства, достигшего крайности в нарушениях прав человека, является законным актом со стороны других государств, поскольку такого действия от них требует интуитивное право⁹³.

Расширив сферу применения гуманитарной интервенции и отрицая абсолютный суверенитет государств, Мандельштам тем не менее разделяет глубоко укоренившиеся среди дипломатов своего времени представления о том, что не все народы имеют равные права на самоопределение, и выводит различные уровни развития и цивилизованности народов⁹⁴, разделяя оптимистичную уверенность сторонников либеральной мысли того периода о неминуемом общественном историческом прогрессе. В конкретных исторических и социокультурных условиях он приходит к выводу о том, что мандат Лиги Наций представляет собой лучшую надежду армянского народа на

⁸⁶ Петражицкий Л. И. *Теория права и государства в связи с теорией нравственности. Том I.* Санкт-Петербург : типография т-ва «Екатерингофское Печатное дело», 1909. С.144.

⁸⁷ Там же. С. 137.

⁸⁸ Петражицкий Л. И. *Теория права и государства в связи с теорией нравственности. Том II.* Санкт-Петербург : типография Спб. акц. общ. «Слово», 1907. С. 472.

⁸⁹ Там же. С. 475.

⁹⁰ Mandelstam A. *Le Sort de l'Empire Ottoman...* P. 458.

⁹¹ Ibid. P. 459.

⁹² Ibid. P. 458–459.

⁹³ Ibid. P. 459.

⁹⁴ Ibid. P. 570–571.

автономию как от большевистской России, так и от Турции⁹⁵. Современный читатель, скорее всего, увидит в такой совокупности идей опасность злоупотреблений и переформулирование поздней колониальной и империалистической риторики в новых терминах⁹⁶. При этом идея примата прав человека над суверенитетом государства была, как покажет работа Мандельштама в Институте международного права, нова и отчасти даже радикальна для его поколения. Любопытно, что аналогичная совокупность аргументов, изложенная двадцать лет спустя в книге «Итало-эфиопский конфликт перед Лигой Наций» будет воспринята весьма критично следующим поколением юристов-международников, которые иначе видели баланс между либеральными ценностями, негативной и позитивной свободой, несколько иначе оценивали допустимость насильственных методов и функцию международного права.

Всеобщие права человека: универсализация

В 1921 году А. Н. Мандельштам становится постоянным членом Института международного права. В Институте он координирует деятельность Комиссии по защите прав человека⁹⁷. Идею международной защиты прав человека Мандельштам параллельно продвигает в Международной дипломатической академии, открытой в 1926 году в Париже (фр.: *Académie diplomatique internationale*)⁹⁸.

В 1929 году на сессии в Нью-Йорке Институт международного права принял первый в истории проект декларации «Всеобщих прав человека»⁹⁹. В основе доклада А. Н. Мандельштама на сессии Института международного права и принятой на его основе декларации лежали его теоретико-практические разработки в области защиты прав меньшинств, а также анализ существующей практики, в том числе практики Постоянной палаты международного правосудия по защите прав меньшинств на основании международных договоров¹⁰⁰. Проект декларации состоял из преамбулы и шести основных статей. Центральным положением стало право на гражданство. В духе господствующей картины мира большинства интернационалистов того времени, особый акцент в преамбуле был сделан на «правосознании цивилизованного мира», требующем признания за человеком ряда неотчуждаемых государствами прав. Какие же права А. Н. Мандельштам предлагал считать таковыми? В ст. 1 речь идет о гарантиях права на жизнь, свободу и собственность, а также на равную защиту закона без дискриминации по признаку национальности, пола, расы, языка или вероисповедания, в ст. 2 — о праве на свободу вероисповедания, в ст. 3 — о свободе выбора языка, в ст. 4 — о запрете дискриминации со стороны государства по отношению к своим гражданам на основании пола, расы, религии и языка. В заключительных статьях отмечается, что равенство должно быть «не номинальным, а действительным» (ст. 5), а также то, что ни одно государство не вправе лишать человека гражданства для того, чтобы не обеспечивать исполнение прав, перечисленных в предыдущих статьях¹⁰¹. Примечательно, что коллеги по Институту международного права критиковали декларацию как одновременно чрезмерно и недостаточно далеко идущую: одни считали, что А. Н. Мандельштам выдает желаемое за действительное в надежде получить всеобщее принятие

⁹⁵ Mandelstam A. *La Société des nations et les puissances devant le problème arménien Édition spéciale de la Revue générale de droit international public*. Paris : A. Pedone, 1926. P. 72–73.

⁹⁶ Toufayan M. *Empathy, Humanity and the “Armenian Question”* // *Revue québécoise de droit international*. 2011. Vol. 24. № 1. P. 188.

⁹⁷ Kévonian D. *Les juristes juifs russes en France et l'action internationale dans les années vingt* // *Archives Juives*. 2001. Vol. 34. № 2. P. 89.

⁹⁸ Среди основателей Международной дипломатической академии был Франклин Рузвельт. Имя его жены Элеоноры Рузвельт позже будет прочно связано со Всеобщей декларацией прав человека. В число основателей Академии также входил Иван Николаевич Ефремов, прочитавший два курса лекций в Гаагской академии международного права: Efremoff J. *La conciliation internationale* // *Recueil des cours de l'Académie de La Haye en ligne* (Volume 18). Brill | Nijhoff, 1927; Efremoff J. *Organisation de la conciliation comme moyen de prévenir les guerres* (Volume 59) // *The Hague Academy Collected Courses Online*. Brill | Nijhoff, 1937.

⁹⁹ Institut de Droit International. *Annuaire 1950*. 43-II. Germany : Schmidt Periodicals GMBH, 2000. S. 482 URL: https://www.idi-iil.org/app/uploads/2017/05/4025-43B_OCR-min.pdf (дата обращения: 18.03.2024). Aust H. *Op. cit.* P. 1111. Нью-Йорк Мандельштам посещает вместе с бароном Нольде: в иммиграционных документах США оба фигурируют как лица без гражданства. Нью-Йорк. Записи об иммиграции 8 окт. 1929 г. — 9 окт. 1929 г. // *Family Search* URL: <https://www.familysearch.org/ark:/61903/3:1:33S7-954M-84R?view=index&personArk=%2Fark%3A%2F61903%2F1%3A1%3A24F3-T7Q&action=view> (дата обращения: 15.03.2024).

¹⁰⁰ См. PCIJ. *Advisory Opinion № 7 dated 15 September 1923* // *International Court of Justice* URL: https://www.icj-cij.org/sites/default/files/permanent-court-of-international-justice/serie_B/B_07/01_Acquisition_de_la_nationalite_polo_naise_Avis_consultatif.pdf (дата обращения: 20.04.2024).

¹⁰¹ *Déclaration des droits internationaux de l'Homme*, *Annuaire de l'Institut de Droit International*, Session de New York, ii (1929), at 298–300.

государствами универсальных прав человека¹⁰²; другие полагали, что неясный правовой статус и отсутствие исполнительного механизма снизят ее практическую значимость¹⁰³. Осознавая недостатки декларации, Мандельштам указывал, что с учетом высокой репутации Института международного права она может стать косвенным источником позитивного права в смысле статьи 38(1)(d) Статута Постоянной палаты международного правосудия¹⁰⁴.

Проект «Всеобщей декларации прав человека», как и наработки в области защиты прав меньшинств, были для А. Н. Мандельштама не просто теоретическими размышлениями, но и осмыслением собственного практического опыта. После длительной работы ему удалось убедить членов Института в необходимости принятия декларации, а членов Академии международных отношений — в необходимости принятия резолюции в пользу разработки Всемирной конвенции о правах человека¹⁰⁵.

Над проектом резолюции в Академии Мандельштам работал совместно с юристом греческого происхождения Антониосом Франгулисом, также эмигрировавшим во Францию. Мандельштам и Франгулис входили в созданную при Академии Комиссию, занимавшуюся вопросами защиты прав человека. Финальная резолюция, одобренная Академией 28 ноября 1928 года, была составлена на основании меморандума, подготовленного именно Мандельштамом. В заключение резолюции выражалось пожелание о принятии под эгидой Лиги Наций всеобщей конвенции, обеспечивающей защиту и уважение прав человека¹⁰⁶.

Продвигая идеи защиты прав человека, Мандельштам активно публикуется, а в 1923 году становится одним из первых и впоследствии — регулярным лектором в Гаагской академии международного права¹⁰⁷. В этот же период в деловых письмах он подписывается как профессор Высшего института международных исследований (Париж, Франция)¹⁰⁸.

В Гаагской академии международного права Мандельштам прочитал четыре курса лекций. Первый курс — в 1923 году, посвященный защите прав меньшинств¹⁰⁹. Второй курс, пришедшийся на 1926 год, касался институтов недавно созданной Лиги Наций¹¹⁰. В 1931 году Мандельштам вернулся к главной теме своей научной работы и прочел в Академии курс лекций «Международная защита прав человека»¹¹¹. В этом же году на немецком языке издается его монография «Армянский вопрос в свете международного права и права прав человека»¹¹². Последний курс в Академии Мандельштам прочел в 1934 году — в нем анализировались подходы России к получению выхода к Средиземному морю¹¹³.

IV. Практическая защита прав человека и консультативная деятельность в эмиграции

Одновременно с теоретизированием о защите прав человека Мандельштам занимается практической юридической деятельностью. После всех потрясений первой четверти XX века — Первой мировой войны, Октябрьской революции, распада трех империй — едва ли не повсеместно в мире обострилась проблема беженцев. Многие оказались юридически или фактически лишены гражданства или подданства, включая, например, армянское население Турции. Постановлением Всероссийского Центрального Исполнительного комитета от 15 декабря 1921 года с дополнениями от 29 и 31 октября 1924 года были лишены гражданства и русские эмигранты.

¹⁰² Burgers J. H. *André Mandelstam, Forgotten Pioneer of International Human Rights // Rendering Justice to the Vulnerable: Liber Amicorum in Honour of Theo van Boven* / ed. by F. Coomans, F. Grunfeld, I. Westendorp, J. Willems. The Hague : Kluwer, 2000. P. 76.

¹⁰³ Observations de Hans Wehberg // *Annuaire de l'Institut de droit international*, 1928. P. 312–314.

¹⁰⁴ Mandelstam A. *La déclaration des droits internationaux de l'homme adoptée par Institut de Droit International' // Revue de Droit International*. 1930. T. V. P. 59.

¹⁰⁵ Dalle Mulle E., Bieling M. *The ambivalent legacy of minority protection for human rights // Revue suisse d'histoire*. 2021. Vol. 71. № 2. P. 274.

¹⁰⁶ Burgers J. H. *Op. cit.* P. 448.

¹⁰⁷ Kévonian D. *Exilés politiques et avènement du «droit humain»...* P. 265.

¹⁰⁸ Supply of Publications to and by Mr. A. Mandelstam. League of Nations. Classement № 18. Document № 10126. 1920–1921. URL: <https://archives.unige.ch/Supply-of-publications-to-and-by-mr-a-mandelstam-2> (дата обращения: 02.03.2024).

¹⁰⁹ Mandelstam A. *La protection des minorités (Volume 1). Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, 1923. URL: http://dx.doi.org/10.1163/1875-8096_pplrdc_A9789028603820_08 (дата обращения: 02.03.2024).

¹¹⁰ Mandelstam A. *La conciliation internationale d'après le Pacte et la jurisprudence du Conseil de la Société des Nations (Volume 14). Collected Courses of the Hague Academy of International Law*.

¹¹¹ Mandelstam A. *La protection internationale des droits de l'Homme (Volume 38). Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, 1931. URL: http://dx.doi.org/10.1163/1875-8096_pplrdc_A9789028607521_02 (дата обращения: 02.03.2024).

¹¹² Das armenische Problem im Lichte des Völker- und Menschenrechts // *Deutsche Digitale Bibliothek* URL: <https://www.deutsche-digitale-bibliothek.de/item/SB42NNVECN3ST16LCPJMKPOTFKQWVYEV> (дата обращения: 02.03.2024).

¹¹³ Mandelstam A. *La politique russe d'accès à la Méditerranée au XXe siècle (Volume 47). Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, 1934. URL: http://dx.doi.org/10.1163/1875-8096_pplrdc_A9789028608429_04 (дата обращения: 02.03.2024).

В конце 1918 — начале 1919 года с целью восстановления суверенитета России и спасения русской демократии в Париже формируется Русское политическое совещание, председателем которого становится князь Г. Е. Львов, объединивший вокруг себя российских дипломатов. Совещание позиционировало себя как правительство в изгнании, представляющее белое движение. Помимо политических целей совещание приняло на себя функции решения практических проблем русских беженцев¹¹⁴.

В 1920 году Мандельштам вместе с бывшими коллегами по МИД, Петербургскому университету и другими единомышленниками, в частности с бароном Нольде, создает Российскую ассоциацию Лиги Наций. Задачи организации в целом сводились к оказанию помощи русским беженцам¹¹⁵. В этот период А. Н. Мандельштам преподает в Русском институте исторических и юридических наук в Париже¹¹⁶.

В январе 1921 года А. Н. Мандельштам вместе с Б. Э. Нольде входит в состав технического аппарата, согласовавшего работу Правительства Крыма и заграничных представительств¹¹⁷.

В ноябре 1921 года Мандельштам предложил общему собранию Российского земско-городского комитета урегулировать вопрос правового статуса русских беженцев в Турции, а также решить проблему выдачи им паспортов посредством консульских учреждений. В рекомендации Мандельштама содержалось прошение обратиться с этим проектом к Лиге Наций. В начинании его поддержала графиня С. В. Панина, представительница Российского земско-городского комитета при Лиге Наций. Поскольку Комитет отверг эту инициативу¹¹⁸, вопросами бедственного положения русских беженцев в Турции стал заниматься вновь созданный Комитет Съезда русских юристов за границей, куда, помимо А. Н. Мандельштама, вошли барон Нольде, профессор А. А. Пиленко, Я. Л. Рубинштейн и другие юристы, почитавшие своей обязанностью помочь соотечественникам. Комитет предлагал признать за русскими беженцами, проживающими в Турции, возможность пользоваться правами иностранцев. Дело в том, что к началу XX века подданные великих держав, находясь на территории Османской империи, оставались под юрисдикцией своих государств. То есть даже на территории Турции они следовали законам государства своего гражданства, а не турецким законам¹¹⁹. Русские эмигранты, оставшиеся без покровительства своего государства вследствие принятого большевиками решения о лишении их гражданства, лишались права находиться под юрисдикцией России в Османской империи.

Для решения этого вопроса Комитет разработал меморандум, принятый на собраниях 8 и 17 ноября 1922 года в Париже, основывающийся на идеях международного частного права и принципах консульской деятельности. На совещании с начальником юридического отдела Генерального Секретариата Лиги Наций, а также с представителем Верховного Комиссариата по делам беженцев, прошедшем 22 ноября 1922 года в Женеве, Мандельштам и другие представители Комитета Съездов Русских юристов пытались урегулировать вопрос о сохранении за лишенными гражданства русскими в Турции статуса неземельности (то есть, статуса, при котором на них бы не распространялась турецкая юрисдикция), а также о предоставлении им покровительства какой-либо европейской державы, настаивая на уравнивании правового положения русских с положением других

¹¹⁴ Комнатная Ю. А. *Указ. соч.* С. 193–202.

¹¹⁵ Kévonian D. *Les juristes juifs russes en France...* P. 88.

¹¹⁶ Помимо Мандельштама в нем также преподавали также видные юристы, политические и общественные деятели императорской России как Б. Э. Нольде, П. Я. Ростовцев, К. Д. Набоков, М. М. Винавер. Подробнее об этом: *Русский институт исторических и юридических наук в Париже // Еврейская трибуна. Ежедневник, посвященный интересам русских евреев.* 20 февраля 1920. № 8.

¹¹⁷ В период гражданской войны на Крымском полуострове не было единого управления. К 1919 году здесь действовали войска Антанты, Второе Крымское краевое правительство и белая Крымско-Азовская армия. Среди прочих в состав правительства входили В. Д. Набоков (министр юстиции) и М. М. Винавер (министр иностранных дел). После того, как большевистские силы вошли в Симферополь в апреле 1919 года, правительство отправилось в эмиграцию. См. Кононова М. М. *Деятельность дипломатов царского и Временного правительства в эмиграции в 1917–1938 гг. // Международная жизнь.* 2001. № 9–10. С. 71–83.

¹¹⁸ Комнатная Ю. А. *Указ. соч.* С. 193–202.

¹¹⁹ С довольно раннего времени в Османской империи коммерческие представительства, известные как капитуляции, регулировали юрисдикционный статус иностранных торговцев. Как правило «капитуляции» включали положения, предоставляющие юрисдикционные привилегии и иммунитеты иностранным гражданам, участвующим в судебных разбирательствах. Так, например, одним из первых примеров «капитуляций» являются привилегии, выданные Сулейманом Великолепным Франциску I Французскому в 1535 году. По мере развития концепции территориального суверенитета выдача таких капитуляций переходила из сферы частного права в сферу публичного межгосударственного и регулировалась уже двусторонними договорами. Tait Slys M. *Exporting Legality: The Rise and Fall of Extraterritorial Jurisdiction in the Ottoman Empire and China.* Genève: Graduate Institute Publications, 2014. URL: <https://books.openedition.org/iheid/788> (дата обращения 19.04.2024).

иностранцев. Результатом этой встречи стал проект протокола, который был направлен Верховному Комиссару в Лозанну¹²⁰.

В 1921–1927 годах Мандельштам выступил советником и позже представителем русских владельцев майоратных имений в Польше, конфискованных без выплаты компенсаций, в Совете Лиги Наций¹²¹. Отсутствие польского гражданства закрыло для представителей русского меньшинства в Польше возможность содержательного рассмотрения их обращения.

А. Н. Мандельштам не ограничивался помощью эмигрантам из Российской империи и принимал активное участие в судьбах различных людей, оставшихся без покровительства государства. В частности, он состоял в Консультативном комитете частных организаций (фр.: *le Comité consultatif des organisations privées*), работавшем вместе с Управлением верховного комиссариата Лиги Наций по делам беженцев, возглавляемым Фритьофом Нансеном, в рамках которого в 1920-е годы были созданы удостоверения личности для русских и армянских беженцев, закрепившие международный статус беженца¹²². А. Н. Мандельштам также участвовал в обсуждении вопроса о необходимости разработки особого статуса еврейских беженцев, который отличался бы от статуса русских беженцев¹²³.

Начиная со второй половины 1920-х годов, параллельно с разработкой проекта декларации в Институте международного права, продвижением резолюции в Международной академии дипломатии и чтением лекций, Мандельштам занимается юридической практикой. В 1927 году он выступал советником и представителем правительства Литвы в спорах, рассматриваемых Постоянной палатой международного правосудия в Гааге. В 1931 году он стал представителем Литвы сначала по *Делу о железнодорожном сообщении между Литвой и Польшей*¹²⁴, а в 1938 году — по *Делу железной дороги Паневежис-Салдутискис между Литвой и Эстонией*¹²⁵. Интересы Эстонии в этом деле представлял барон Нольде. В 1937 году Мандельштам выступал представителем Литвы в споре с Германией «О гражданстве некоторых лиц»¹²⁶, рассмотренном арбитражем *ad hoc* с местом нахождения в Берне. Это дело было частью более широкого спора о Мемеле (современной Клайпеде). Консультирование Литвы по вопросу прав меньшинств настроило немецкое правительство против Мандельштама¹²⁷.

В те годы коллеги А. Н. Мандельштама из Института международного права включались в списки арбитров Постоянной палаты третейского суда или становились судьями Постоянной палаты международного правосудия. Отсутствие гражданства, в том числе гражданства государства — члена Лиги Наций, закрывало для А. Н. Мандельштама эту карьерную перспективу, несмотря на высокую квалификацию и обширный профессиональный опыт.

V. Последние годы жизни

На протяжении длительного времени А. Н. Мандельштам возлагал большие надежды на работу Лиги Наций в области защиты прав меньшинств и осуществления гуманного вмешательства. В текстах Мандельштама Лига Наций представляется фактически тем самым проводником суверенитета права,

¹²⁰ Бочарова З. С. *Русские беженцы: проблемы расселения, возвращения на родину, урегулирования правового положения*. (1920–1930-е годы): Сборник документов и материалов. М.: РОССПЭН, 2004. С. 79–82.

¹²¹ Russian majorats in Poland - Mr. André Mandelstram, Paris - Communicates a letter and two memoranda to the Council of the League of Nations. Informs that he represents a delegation of forty-eight owners of Russian majorats. // United Nations Library & Archives Geneva URL: <https://archives.ungeneva.org/majorats-russes-en-pologne-m-andre-mandelstram-paris-communique-une-lettre-et-deux-memoires-adresses-au-conseil-de-la-societe-des-nations-fait-savoir-quil-represente-un-delegation-de-quarante-huit-proprietaires-de-majorats-russes> (дата обращения: 20.04.2024). Russian majorats in Poland - Mr. Mandelstam, Neuilly-Sur-Seine - In the name of 65 owners of Russian majorats addressed to the Council of the League of Nations a new memorandum on the question. // United Nations Library & Archives Geneva URL: <https://archives.ungeneva.org/majorats-russes-en-pologne-m-mandelstam-neuilly-sur-seine-au-nom-de-65-proprietaires-de-majorats-russes-adresse-au-conseil-de-la-societe-des-nations-un-nouveau-memoire-sur-la-question> (дата обращения: 20.04.2024).

¹²² Бочарова З. С. *Социальная помощь российским беженцам в 1920–1930-е годы* // Cyberleninka. URL: <https://cyberleninka.ru/article/n/sotsialnaya-pomosch-rossiyskim-bezhentsam-v-1920-1930-e-gody/viewer> (дата обращения: 06.02.2024).

¹²³ Kévonian D. *Exilés politiques et avènement du « droit humain »...* С. 250.

¹²⁴ *Trafic ferroviaire entre la Lituanie et la Pologne*, PCIJ Series A/B. No 42, Avis consultatif, 15 octobre 1931. https://www.icj-cij.org/public/files/permanent-court-of-international-justice/serie_C/C_54/C_54_06_Trafic_ferroviaire_Seances_publicues.pdf (дата обращения: 02.03.2024).

¹²⁵ *The Panevezys-Saldutiskis Railway Case* // WorldCourts: International Case Law Database URL: https://www.worldcourts.com/pcij/eng/decisions/1939.02.28_panevezys-saldutiskis.htm (дата обращения: 02.03.2024).

¹²⁶ *Case between Germany and Lithuania concerning the nationality of various persons (Germany v. Lithuania)* // Jus Mundi. URL: <https://jusmundi.com/en/document/decision/fr-affaire-entre-lallemagne-et-la-lituanie-concernant-la-nationalite-de-diverses-personnes-allemandes-contre-lituanie-sentence-tuesday-10th-august-1937> (дата обращения: 02.03.2024).

¹²⁷ Bruns V. *Die Memelfrage* // *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*. 1936. № 6. S. 645. URL: https://www.zaoerv.de/06_1936/6_1936_1_a_645_666.pdf (дата обращения: 02.03.2024).

лишенным политического интереса и какого-либо эгоистического измерения. С уверенностью можно сказать, что Мандельштам был приверженцем либеральных идей — не случайно именно он занимался разработкой первого проекта всеобщей декларации прав человека. Вместе с тем, А. Н. Мандельштам был носителем конкретной культуры и эпохи, представителем привилегированного сословия. Эти факторы во многом определили то, что при всем своем прогрессивном настрое, в отдельных вопросах он оказывался представителем старого миропорядка. В преамбуле прогрессивного для своего времени проекта Всеобщей декларации прав человека он делает акцент на «правосознании цивилизованного мира». От деления государств на «цивилизованные» и «нецивилизованные» Мандельштам не отказался и в последней своей большой работе — монографии «Итало-эфиопский конфликт перед Лигой Наций» (фр.: *Le conflit italo-éthiopien devant la Société des Nations*), вышедшей в 1937 году и получившей критические отзывы¹²⁸. Весьма остро его позицию критиковали представители следующего поколения юристов-международников с несколько другой картиной мира, включая Джона Спенсера¹²⁹, выступавшего в конфликте советником Эфиопии¹³⁰, и Шарля Руссо, который указывал, что сфокусировавшись на конкретном конфликте, в котором Италия обосновывала военное вмешательство необходимостью борьбы с рабством в Абиссинии, Мандельштам упустил более широкую картину, в которой Италия была тесно связана с Германией накануне Второй мировой войны¹³¹.

На наш взгляд, важным представляется в этой работе обратить внимание не только на несколько спорную позицию, занимаемую Мандельштамом в отношении оценки конфликта, но также на содержательную критику работы Лиги Наций. Мандельштам стал одним из немногих юристов, поставивших под сомнение эффективность действий Лиги Наций в долгосрочной перспективе. Он полагал, что спор должен был быть передан не показавшей себя поспешной и необъективной Согласительной и арбитражной комиссии¹³², а Постоянной палате международного правосудия.

Вкратце напомним обстоятельства Уал-уальского инцидента: Италия накануне Первой мировой войны вторглась в Эфиопию, обосновывая свое право существовавшим в Эфиопии рабством. Эфиопия еще в декабре 1934 года довела до сведения Лиги Наций существующий между Эфиопией и Италией спор, при этом просьба о включении рассмотрения спора в повестку Совета в телеграмме отсутствовала. Однако 17 марта 1934 года, после того как двусторонние переговоры не принесли позитивных результатов, Эфиопия потребовала, чтобы спор был включен в повестку Совета Лиги Наций. 3 апреля Эфиопия обратилась к Совету с просьбой о внесении спора в программу следующей внеочередной сессии. Совет ответил отказом, мотивировав это заявлениями Италии и Эфиопии об их мирных намерениях — вопрос был перенесен для рассмотрения в мае¹³³.

Несмотря на необходимость действовать оперативно, сначала арбитры Согласительной и арбитражной комиссии не могли прийти к консенсусу по вопросу о собственной компетенции относительно определения суверенитета над оазисом Уал-Уал¹³⁴. Наконец, 3 сентября 1935 года, после назначения пятого арбитра, Арбитражная комиссия вынесла свое окончательное решение, в соответствии с которым ни итальянское, ни эфиопское правительства не могли быть привлечены к ответственности за инцидент в Уал-Уал¹³⁵.

Мандельштам, весьма тщательно реконструировавший «полемику» в Лиге Наций, указывал, что позиция Италии основывалась на специальных докладах британских дипломатов Лиге Наций, документах дипломатических представительств разных государств и наблюдениях путешественников.

¹²⁸ Mandelstam A. *Le conflit italo-éthiopien devant la Société des Nations*. Paris: Libr. du Rec. Sirey, 1937.

¹²⁹ Spencer J. H. *Le Conflit Italo-Éthiopien devant la Société des Nations*. By André N. Mandelstam. Paris: Recueil Sirey, 1937. // Cambridge Core URL: <https://www.cambridge.org/core/journals/american-journal-of-international-law/article/abs/le-conflit-italoethiopien-devant-la-societe-des-nations-by-andre-n-mandelstam-paris-recueil-sirey-1937-pp-xx-577-fr-90/29A28CBA67172531ACC24382FC9368A1> (дата обращения: 03.02.2024). См. также Gros A., Rousseau C. *Le conflit italo-éthiopien devant le droit international // Politique étrangère*. 1938. № 2. P. 197–199. Ср. с положительным отзывом итальянского юриста Diena G. *Conflitto italo-etiopeo dinanzi alla Società delle Nazioni in un'opera di André N. Mandelstam*. Reale Istituto Lombardo di scienze e lettere. 1938. № 71. P. 120.

¹³⁰ American Is Named Ethiopian Adviser; Dr. John H. Spencer, Only 28, Will Assist Colson -- Son of a Grinnell Professor // *The New York Times* URL: <https://www.nytimes.com/1936/01/08/archives/american-is-named-ethiopian-adviser-dr-john-h-spencer-only-28-will.html> (дата обращения: 03.02.2024).

¹³¹ Цит. по Aust H. P. *Op. cit.* P. 1108.

¹³² Документы Согласительной и арбитражной комиссии, включая арбитражное решение по Вальвальскому инциденту см: Potter P. B. *Wal Wal Arbitration*. Washington Carnegie Endowment for International Peace, 1938.

¹³³ League of Nations Official Journal, 1935, pp. 546-550.

¹³⁴ Ibid. P. 966.

¹³⁵ Spencer, J. H. *The Italian-Ethiopian Dispute and the League of Nations // The American Journal of International Law*. 1937. Vol. 31. №. 4. P. 614–641.

По мнению Мандельштама, они доказывают сохранение в Эфиопии рабства и работорговли, которые поддерживаются государством, а также невыполнение правительством рекомендаций Комиссии экспертов в отношении отмены рабства¹³⁶. Эфиопия к тому же не ратифицировала Конвенцию о рабстве 1926 года. По этой причине Мандельштам приходит к выводу о том, что Лиге Наций прежде всего не следовало принимать Эфиопию в члены до решения вопроса об отмене рабства.

На страницах работы, наполненной философскими рассуждениями, Мандельштам одновременно критикует санкционный режим и решимость Италии ввести войска, при этом соглашаясь с жесткостью причин гуманитарной интервенции с целью защиты населения Эфиопии. В своих рассуждениях Мандельштам остается в дуалистической рамке «цивилизованных» и «нецивилизованных» государств, в которой Италия, стоявшая у истоков создания Лиги Наций и разработки системы защиты меньшинств в новых и побежденных странах, автоматически оказывается в более выигрышном положении. Несмотря на то, что Мандельштам критикует намерение Италии по введению войск, он в то же время соглашается с основательностью причин для гуманного вмешательства, цель которого состояла в защите населения Эфиопии.

Общая для нового поколения юристов-международников критика текста Мандельштама была вызвана, как нам представляется, тем, что в реалиях нового времени такой подход к делению государств выглядел реакционным. На наш взгляд, такой ход рассуждений А. Н. Мандельштама обусловлен отнюдь не симпатией по отношению к Италии, использовавшей факты сохранения рабства и работорговли как основание для вторжения, или подверженностью ее пропаганде, а скорее методологической последовательностью: он оставался верен своим либеральным убеждениям и в конфликте между суверенитетом государства и правами человека таким образом стремился выбрать человека. Как известно современному читателю, процесс отмены рабства, в том числе усилиями Международной организации труда, в рассматриваемый период действительно продвигался весьма непросто¹³⁷.

Начиная с 1938 года академическая и профессиональная активность А. Н. Мандельштама заметно снизилась. Где находился во время Второй мировой войны Мандельштам, доподлинно неизвестно. Поскольку Франция под контролем лояльного Германии режима Виши была далеко не самой подходящей страной для работы в сфере защиты прав человека, некоторые исследователи полагают, что в этот период Мандельштам, следуя общей тенденции, характерной для европейской интеллектуальной элиты¹³⁸, находился в США, указывая в подтверждение этого предположения на факт появления публикаций за его авторством в американских изданиях¹³⁹. Нам кажется более вероятной версия, согласно которой Андрей Николаевич пережил немецкую оккупацию в Париже¹⁴⁰. В архивах Французского Управления по делам беженцев и лиц без гражданства (Ofpra) имеется свидетельство о неарийстве, выданное Управлением по делам лиц без гражданства (BCIA), созданным в 1942 году в рамках службы по делам иностранцев Государственного секретаря Франции. В справке, датированной 15 апреля 1942 года, указано, что отец Андрея Николаевича, Николай Мандельштам, был протестантом, действительным статским советником, что давало ему дворянский титул, что его мать (Генриетта Видау) также была протестанткой из семей балтийцев (Видау и Рихтер), которые были дворянами и протестантами. Свидетельство заканчивается словами: «Господин Мандельштам, имеющий права на дворянство по наследственности, обладает им и как действительный статский советник и как награжденный орденом Святого Владимира». Этот документ был предназначен для французских и немецких властей в период сильного давления со стороны Германии на отделение русских беженцев. Свидетельство уточняет, что Мандельштам является офицером Почетного легиона, что также подтверждается архивами Большой канцелярии Почетного легиона. Он был назначен офицером указом от 16 июля 1908 года за работу в русской делегации на Второй мирной конференции 1907 года в Гааге¹⁴¹.

¹³⁶ Mandelstam A. N. *Le Conflit Italo-Éthiopien devant la Société des Nations*. Paris : Recueil Sirey, 1937. P. 54–55.

¹³⁷ Daughton J. P. *ILO Expertise and Colonial Violence in the Interwar Years // Universalizing Social Rights: A History of the International Labour Organization and Beyond* / ed. by S. Kott, J. Droux. London : Palgrave, 2013. P. 85–97.

¹³⁸ *Интеллектуальная миграция в современном мире: учеб. пособие* / под ред. М.М. Лебедевой ; Моск. гос. ин-т междунар. отношений (ун-т) МИД России, каф. мировых политических процессов. М. : МГИМО-Университет, 2014.

¹³⁹ Россия XX века перед турецкими проливами. «Новоселье», Нью-Йорк, 1946, № 29/30, Русская политика в Турции накануне и во время Первой мировой войны. «Новоселье», 1947, № 31/32 и др. Статьи выходят после окончания Второй мировой войны и не служат, как нам кажется, доказательством факта временной релокации в США.

¹⁴⁰ Aust H. P. *Op. cit.* P. 1108.

¹⁴¹ Kévonian D. *Mémoire inédit: The Swing of the Pendulum...* P. 127.

Андрей Мандельштам ушел из жизни в своей парижской квартире 27 января 1949 года. Он похоронен на кладбище Сен-Женевьев-де-Буа в пригороде Парижа. На могиле установлен простой деревянный крест, на котором нет таблички с его именем и родом деятельности. В некрологе, написанном А. Н. Макаровым для ежегодника Института международного права, отмечается огромный вклад Мандельштама в работу Института и его удивительная работоспособность. Став членом Института международного права в 1921 году, Мандельштам пропустил его рабочие сессии всего дважды в 1937 и в 1948 году по причине сильной болезни¹⁴².

Заключение

Биография как жанр вынуждает исследователей выстраивать события исследуемой частной и общественной жизни хронологически и связывать их между собой логически. Авторы признают, что допустимы разные подходы в логике построения подобного исследования. Неоспорим и тот факт, что многие события, происходившие на сломе двух эпох и нескольких империй, были неподвластны А. Н. Мандельштаму. Тем не менее авторы предприняли попытку оценить нормативную теорию Мандельштама в разрезе конкретных исторических событий и вписать его частную историю в более широкий социокультурный, исторический и политический контекст, и пришли к следующим основным выводам.

Теоретические идеи Мандельштама неотделимы от его частной истории, включая связанные с ней микро-истории сообществ, в культуре которых он воспитывался, получал образование и формировался как признанный специалист. Так, А. Н. Мандельштам воспитывался в семье остзейских немцев, осознавая иерархичность сословной системы и привилегированность своего положения. С учетом происхождения, он имел перед глазами понятные карьерные перспективы и пример прогрессивного и крайне работоспособного отца, который смог своими действиями значительно улучшить организацию системы медицинского образования, просвещения и оказания медицинской помощи. Мультиязыковая и мультиэтничная среда прекрасно подходила для развития качеств, важных для будущей профессии. Формирование в Российской империи и последующая работа в МИД государства, находящегося (не без усилий Ф. Ф. Мартенса) в тот период на пике международно-правовой активности, еще более укоренили в Мандельштаме либеральные идеи того времени, частью которых было видение международных отношений через призму степеней цивилизованности отдельных народов и государств. Либеральные идеи А. Н. Мандельштама эволюционировали и подкреплялись рефлексией его практического опыта: массовые убийства нетурецкого населения Османской империи, которые он наблюдал в качестве драгомана российского посольства в Константинополе, младотурецкая и русские революции, Первая мировая война, а также последовавшие за ними миграционные кризисы.

Теоретические идеи Мандельштама также неотделимы от исторического, социокультурного и политического контекста его жизни. В работах Мандельштама прослеживается значительное влияние идей Ф. Ф. Мартенса и «французского периода» дополнительного образования (идеи сообщества государств в противовес идее международного общения), а также европейские либеральные идеи, адаптированные к российскому и турецкому контексту: оптимистическая вера в общественный прогресс — государства, функционирование которых основано на верховенстве права, будут создавать условия для самореализации конкретного общества и личности в нем. Реализацию подобного социального проекта он видел сперва в активной роли просвещенного государства, которое вмешивается в процесс для создания условий развития общества и личности внутри него. Для Мандельштама, таким образом, конфликт между негативной и позитивной свободой иерархическим образом решался в пользу позитивной свободы, а не был гибким механизмом установления баланса в каждом конкретном случае с учетом исторического, социального и культурного контекста. В эмиграции проактивная роль государства, с учетом личного опыта, эволюционирует в проактивную роль международной организации – Лиги Наций.

На момент разработки идеи Мандельштама прогрессивны. Во-первых, в отличие от предшественников, он включается в дискуссию о методе международного права. Во-вторых, он ставит суверенитет прав человека выше национального суверенитета государств. С учетом хронологии переживаемых событий, в результате рефлексии массовых убийств армянского населения в Турции,

¹⁴² Makarov A. *Andre Mandelstam (1869–1949)*. *Annuaire de l'Institut de Droit International*, 1950. URL: https://www.idi-iiil.org/app/uploads/2017/05/4025-43B_OCR-min.pdf (дата обращения: 18.03.2024).

первым проектом для Мандельштама становится проект защиты прав меньшинств, что в целом соответствует традиции российских либеральных мыслителей. Он представляет его как сложившийся *status quo*, то есть результат последовательной практики европейских государств. Этот проект можно кратко изложить следующим образом: если государство нарушает минимальный стандарт всеобщих прав человека, существующий в конкретный исторический период, другие просвещенные государства вправе осуществить вмешательство с целью защиты прав человека (фр.: *le droit à l'intervention d'humanité*). Новизна его идей заключалась в том, что целью вмешательства является не распространение христианской веры, а просвещенная защита и обеспечение соблюдения минимальных прав в любом государстве.

Мандельштам приветствовал Лигу Наций, в создании которой принимал опосредованное участие, состоя в общественных организациях, участвующих в выработке политики и нормативных документов первой современной международной организации. В его понимании ей должны были быть имманентны ключевые для него особенности международного права: сообщество государств (фр.: *societe unis*), объединенных общей целью и ценностями, которые могли осуществлять гуманное вмешательство от имени наднационального образования, лишённого национальных интересов. Немаловажным элементом системы становился постоянно действующий международный суд. Последующие события заставили Мандельштама обратиться к проекту защиты прав человека. Этому способствовали, в частности, неопределенность в отношении объема прав и статуса конкретных людей после распада нескольких империй, а также лишение гражданства некоторыми государствами неугодных категорий лиц, нетитульного или политически активного населения. В 1921 году гражданства лишился и сам Мандельштам, что неизбежно повлияло на его теоретическую работу. Кроме того, возможность защиты прав меньшинств в Лиге Наций была поставлена в зависимость от наличия гражданства.

Последовательно развивая собственные идеи, А. Н. Мандельштам одним из первых сформулировал и обосновал на формальном языке современного ему международного права теорию защиты прав человека. Таким проектом стала сформулированная им и утвержденная Институтом международного права Декларация о всеобщих правах человека 1921 года. Автор оценивал ее правовое значение с учетом репутации Института как «доктрину наиболее квалифицированных специалистов по публичному праву различных наций» (статья 38 (4) Статута Постоянной палаты международного правосудия). Ключевым положением в Резолюции Института международного права становится запрет на лишение гражданства с тем, чтобы отказывать физическим лицам в уважении и защите их прав. Минимальный набор прав включал следующие: гарантии права на жизнь, свободу и собственность, а также на равную защиту закона без дискриминации, право на свободу вероисповедания и выбора языка. В заключительной статье проекта отмечается, что ни одно государство не вправе лишать человека гражданства для того, чтобы не обеспечивать исполнение прав, перечисленных в предыдущих статьях.

Несмотря на то, что язык этого документа не нашел непосредственного отражения в последующих универсальных нормативных документах по защите прав человека, включая Всеобщую декларацию прав человека, проект Мандельштама по формулированию проблем в юридических терминах заложил основу становления в межвоенный период права защиты прав человека, а его многочисленные усилия по ее продвижению способствовали универсализации идеи. На протяжении многих лет А. Н. Мандельштам читал профильные курсы в Гаагской академии международного права, выступал с гостевыми лекциями во многих европейских университетах, опубликовал несколько монографий и огромное количество статей, благосклонно принятых профессиональным сообществом. Он был активным членом ключевых профессиональных объединений: Института международного права, Русского общества содействию Лиги Наций, Международной академии дипломатии и других. Наконец, его практическая деятельность в качестве консультанта и представителя спорящих сторон в Постоянной палате международного правосудия и комитетах Лиги Наций способствовала все большему проникновению его идей в юридическую практику.

Поначалу относившийся к Лиге Наций как к воплощению торжества суверенитета права, в своей последней большой монографии, посвященной итало-эфиопскому конфликту, Мандельштам демонстрирует явное разочарование ее деятельностью. Лига Наций действует не как сообщество, а как объединение (*the League*) и на практике мало чем отличается от критикуемого им международного общения, основанного на абсолютном суверенитете. Вмешательство, включая санкции, Лига осуществляет произвольным образом, исходя из интересов международной политики, а не

соображений гуманности. Урегулирование многих споров происходит не в Постоянной палате международного правосудия, способной объективно установить факты и провозгласить право, а в комиссиях, которые, по мнению Мандельштама, работают поспешно, нетранспарентно и зачастую являются предвзятыми.

Последняя работа Мандельштама получила крайне критические отзывы, в том числе от его сторонников и представителей следующего поколения специалистов в области международного права. Теория Мандельштама предполагала оптимистичную веру в цивилизованное развитие государств до того уровня, что суверенитет государства потеряет свою необходимую функцию и будет заменен суверенитетом права. Все споры, в том числе о нарушениях прав человека, будут рутинно рассматриваться международными судами. На этом фоне возвращение в дискурс иерархии государств читалось как отход от собственных идей и оправдание агрессии, запрет которой после Первой мировой войны стал важным проектом следующего поколения юристов-международников.

Начиная с 1960-х годов, имя и труды¹⁴³ Мандельштама все реже упоминаются в работах профессионального сообщества как важная часть рефлексии и теоретизации идеи защиты прав человека и ее последующей универсализации, приведших к разработке Всеобщей декларации прав человека 1948 года¹⁴⁴ и проложивших путь другим инициативам по защите прав человека, включая права беженцев, апатридов и меньшинств. Прделанной работой мы надеемся пробудить в коллегам исследовательский интерес к отчасти забытому международно-правовому наследию А. Н. Мандельштама и его фигуре. Наш век, так же как и век предыдущий, соткан из противоречий — хорошего и плохого, неумолимых законов жизни и неугасимого человеческого стремления к справедливости. К сожалению, и теперь не потеряли своей актуальности ни вопросы защиты прав человека и прав меньшинств, ни проблемы института гражданства, поэтому работы Мандельштама могут и должны оставаться в активе исследователей международного права как научные труды, источник рефлексии и вдохновения.

THE EMERGING INTERNATIONAL LEGAL PROTECTION OF HUMAN RIGHTS IN THE INTERWAR PERIOD: THE LIFE AND IDEAS OF ANDRÉ MANDELSTAM. PART 2

SHESTAKOVA K., YATAEVA P., AVDEEVA V., SUPONIN V.

Ksenia Shestakova — Candidate of Sciences in Law, Associate Professor of International Law, Academic Director of the Master's Program "Public International Law", Faculty of Law, Saint-Petersburg State University, Saint-Petersburg, Russia (k.shestakova@spbu.ru). ORCID: 0000-0001-9459-9330.

Polina Yataeva — Director of International Moot Court Program, Faculty of Law, Saint-Petersburg State University, Saint-Petersburg, Russia (p.yataeva@spbu.ru). ORCID: 0009-0006-1801-1332.

Varvara Avdeeva — Student of the Master's Program "Public International Law", Faculty of Law, Saint-Petersburg State University, Saint-Petersburg, Russia (avdeeva.varia@gmail.com). ORCID: 0009-0006-4383-6539.

Vyacheslav Suponin — Student of the Master's Program "Public International Law", Faculty of Law, Saint-Petersburg State University, Saint-Petersburg, Russia (suponinvv@gmail.com). ORCID: 0009-0004-3120-023X.

Abstract

The contemporary academic literature on theory and history of international law in the Russian language hardly ever mentions the name of André Mandelstam. As for the doctrinal sources in English, French and other languages, the attention to the ideas of A. Mandelstam gradually returns to the sources focused on the early history of human rights protection. In the turbulent time of wars and revolutions, Mandelstam's diplomatic and academic career stands out because of his consistent focus on the protection of human rights, and during his years in emigration — his attempts to universalise these ideas. It was André Mandelstam who prepared the first draft of the universal declaration of human rights, adopted by the International Law Institute. During his emigration years, A. Mandelstam gave lectures in the Hague Academy of International law, promoting humanitarian ideas and reflecting on the minority rights, refugees and statelessness issues as faced by and resulting from the transformation of Turkish and Russian Empires. He conceptually developed the ideas of international protection of minorities and human rights in international law, all the while continuing to actively work towards their

¹⁴³ Huhle R. von. *Armenien zu einer internationalen Menschenrechtserklärung. Andre Mandelstam und die Entwicklung menschenrechtlichen Völkerrechts*. Nürnberger Menschenrechtszentrum, 2012. S. 26.

¹⁴⁴ Sohn L. B. *How American International Lawyers Prepared for the San Francisco Bill of Rights II* American Journal of International Law. 1995. Vol. 89. № 3. P. 540–553.

universalisation. Despite the advanced ideas for his time about the primacy of human rights over state sovereignty, Mandelstam was not free from the perception deeply rooted in the worldview of internationalists of his generation about the different levels of development and civilization of various peoples, who, in their opinion, needed protection from enlightened states. The authors of this article have explored the private background of André Mandelstam and microhistories connected to it, striving at the same time to draw the wider historic, political and social context. They examined André Mandelstam's ideas on the protection of minority and human rights as they developed in the interwar period in order to bring them back into contemporary theoretical and historical discourse.

Keywords

André Mandelstam, international protection of human rights, humanitarian intervention, protection of minority rights, interwar period, Russian Empire, Ottoman Empire, history of international law, theory of international law, League of Nations

Citation: Shestakova K., Yataeva P., Avdeeva V., Suponin V. Stanovlenie mezhdunarodnoy zashchity prav cheloveka v mezhoennyy period: figura i vzglyady A. N. Mandel'shtama. Chast' 2 [The Emerging International Legal Protection of Human Rights in the Interwar Period: the Life and Ideas of André Mandelstam. Part 2] // Zhurnal VSHÉ po mezhdunarodnomu pravu (HSE University Journal of International Law). Vol. 2. No. 2. P. 4–27 (in Russian).

<https://doi.org/10.17323/jil.2024.22259>

References / Список источников

- Aust H. P. (2014) From Diplomat to Academic Activist: André Mandelstam and the History of Human Rights // *European Journal of International Law*, vol. 25, no 4, pp. 1105–1121.
- Burgers J. H. (1992) The Road to San Francisco: The Revival of the Human Rights Idea in the Twentieth Century // *Human Rights Quarterly*, vol. 14, no. 4, pp. 447–477.
- Dalle Mülle E. Bieling M. (2021) The ambivalent legacy of minority protection for human rights. *Revue suisse d'histoire*, vol. 71, fascicule 2.
- Daughton J. P. (2013) ILO Expertise and Colonial Violence in the Interwar Years // *Universalizing Social Rights: A History of the International Labour Organization and Beyond*. Sandrine Kott and Joëlle Droux (eds.). London: Palgrave, 2013.
- Dussen van der W. J. (1986) The Question of Armenian Reforms in 1913–1914. *Armenian Review*, vol. 1, no. 39, pp. 11–28.
- Grabar V. E. (2003) *Materialy k istorii literatury mezhdunarodnogo prava v Rossii (1647–1917)* [Records on History of Literature on International Law] M.: Zertsalo. (In Russian).
- Huhle R. (2012) Von Armenien zu einer internationalen Menschenrechtserklärung. Andre Mandelstam und die Entwicklung menschenrechtlichen Volkerrechts. Nurnberger Menschenrechtszentrum.
- Ivanenko V. S. (2020) Sankt-Peterburgskaya shkola mezhdunarodnogo prava: Mesto i rol' Sankt-Peterburgskogo universiteta, ego uchyonykh i vypusnikov v stanovlenii i razvitii nauki i praktiki mezhdunarodnogo prava [St. Petersburg School of International Law: The Place and Role of St. Petersburg University, its Scientists and Graduates in the Formation and Development of the Science and Practice of International Law]. Sankt-Peterburg: Yuridicheskiy Tsentr. (In Russian).
- Kévonian D. (2003) Exilés politiques et avènement du « droit humain »: la pensée juridique d'André Mandelstam (1869–1949). *Revue d'Histoire de la Shoah*, vol. 177–178, pp. 245–273.
- Kévonian D. (2001) Les juristes juifs russes en France et l'action internationale dans les années vingt. *Archives Juives*, vol. 34, no. 2, pp. 72–94.
- Kévonian D. (2018) Mémoire inédit: The Swing of the Pendulum: Les juristes et l'internationalisation des droits de l'homme, 1920–1939. Histoire. École normale supérieure de Lyon.
- Komnatnaya Yu. A. (2009) Sud'ba i pravovoe nasledie uchyonogo i diplomata Andrey Nikolaeovich Mandel'shtama (1869–1949). K 140-letiyu so dnya rozhdeniya [The Fate and Legal Legacy of the Scientist and Diplomat Andrey Nikolaevich Mandelstam (1869–1949). To the 140th Anniversary of his Birth]. *Leningradskiy yuridicheskiy zhurnal*, no. 4, pp. 193–202.
- Lemnitzer J. M. (2016) International Commissions of Inquiry and the North Sea Incident: A Model for a MH17 Tribunal? *European Journal of International Law*, vol. 27, no. 4, pp. 923–944.
- Mandelstam A. (1923) *La protection des minorités (Volume 1)*. Collected Courses of the Hague Academy of International Law.

- Mandelstam A. (1926) *La conciliation internationale d'après le Pacte et la jurisprudence du Conseil de la Société des Nations* (Volume 14). *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*.
- Mandelstam A. (1926) *La Société des nations et les puissances devant le problème arménien / par André-N. Mandelstam...* Éd. spéciale de la *Revue générale de droit international public*. Paris: A. Pedone.
- Mandelstam A. (1931) *La protection internationale des droits de l'Homme* (Volume 38). *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*.
- Mandelstam A. (1934) *La politique russe d'accès à la Méditerranée au XXe siècle* (Volume 47). *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*.
- Mandelstam A. N. (1917) *Le Sort de l'Empire Ottoman*. Lausanne, Paris: Payot et Co.
- Mandelstam A. N. (1937) *Le Conflit Italo-Éthiopien devant la Société des Nations*. Paris: Recueil Sirey.
- Schabas W. A. *Genocide in International Law: The Crime of Crimes*. 2nd ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2009.
- Sohn L. B. (1995) How American International Lawyers Prepared for the San Francisco Bill of Rights. *American Journal of International Law*, vol. 89, no. 3, pp. 540–553.
- Toufayan M. (2011) Empathy, Humanity and the “Armenian Question” // *Revue québécoise de droit international*, vol. 24, no. 1, pp. 171–191.

ОТ ЧЕЛОВЕКА К КОРПОРАЦИИ: НА ПУТИ К АНТРОПОМОРФИЗАЦИИ ЮРИДИЧЕСКИХ ЛИЦ В МЕЖДУНАРОДНОМ ПРАВЕ

ЛУНЁВ А. А.

Лунёв Андрей Алексеевич — кандидат юридических наук, преподаватель кафедры международного права Уральского государственного юридического университета имени В.Ф. Яковлева, Екатеринбург, Россия (a.a.lunyov@usla.ru).
ORCID: 0000-0001-8714-5146.

Аннотация

Идея о том, что все люди обладают универсальными, равными и неотъемлемыми правами, воспринимается уже не столько как учение о способах защиты прав человека от государственного посягательства, сколько своего рода стандарт развития новых правосубъектных концепций, среди которых концепция основных прав юридических лиц. В ее основе лежит тезис, в соответствии с которым национальные юридические лица обладают правами, подобными правам человека (например, свобода выражения мнения, запрет дискриминации, право на жилище), и могут самостоятельно и от собственного имени требовать защиты таких прав на международном уровне. Следуя антропоморфной логике и проводя аналогию с правами иных акторов (государств, животных и природы), автор утверждает, что статус юридических лиц в международном праве все чаще уподобляется статусу физического лица. В работе раскрыта суть концепции основных прав юридических лиц и ее практическое применение в некоторых судебных и квазисудебных механизмах защиты прав человека. Внимание преимущественно уделяется европейским системам, в частности Европейского союза и Совета Европы, в которых гарантии прав юридических лиц наиболее широки. В статье также установлена производность основных прав юридических лиц от прав человека и обосновано ценностное значение организационно-управленческой формы юридического лица для более эффективной защиты индивида. В результате проведенного исследования автор приходит к выводу, что концепция прав человека продолжает свое развитие, расширяя субъектный состав и усиливая значение неправительственных организаций в правозащитной сфере.

Ключевые слова

антропоморфизм, основные права, юридические лица, ЕСПЧ, права человека, коллективная концепция прав человека, корпоративная концепция прав человека

Для цитирования: Лунёв А. А. От человека к корпорации: на пути к антропоморфизации юридических лиц в международном праве // Журнал ВШЭ по международному праву (HSE University Journal of International Law). 2024. Т. 2. № 2. С. 28–42.

<https://doi.org/10.17323/jil.2024.22260>

Введение

В современном международном праве наблюдается тенденция присвоения юридическим лицам человеческих качеств (антропоморфизация). В попытках обойти установленный Нюрнбергским трибуналом принцип индивидуальной ответственности¹ Организация Объединенных Наций², а

¹ Нюрнбергский трибунал указывал: «Преступления против международного права совершаются людьми, а не абстрактными образованиями». Trial of the Major War Criminals before the International Military Tribunal. Nuremberg. 14 November 1945 – 1 October 1946 in 42 volumes. Vol. 1. P. 223.

² С начала XXI века ООН реализует различные инициативы по защите прав человека в сфере бизнеса. Так, в 2005 году была учреждена должность Специального представителя по вопросу о правах человека и транснациональных корпорациях и других предприятиях; в 2011 году спецпредставитель Д. Рагги озвучил доклад «Руководящие принципы предпринимательской деятельности в аспекте прав человека» («принципы Рагги»), в котором были установлены минимальные стандарты предупреждения и устранения рисков негативного воздействия на права человека в контексте деятельности корпораций. Этот документ заложил основу для дальнейшего развития вопроса, и в 2014 году Совет ООН по правам человека учредил Межправительственную рабочую группу открытого состава по транснациональным корпорациям и другим предприятиям в аспекте прав человека, целью которой является разработка обязательного документа в этой области.

также представители научного сообщества³ и правозащитного движения⁴ уделяют немало внимания проблеме соблюдения корпорациями прав человека и обсуждают возможные способы наделения юридических лиц соответствующими международными обязательствами. Некоторые и вовсе подчеркивают необходимость введения корпоративной уголовной ответственности на международном уровне⁵.

Между тем национальные юридические лица уже на протяжении нескольких десятилетий отстаивают права, вытекающие из правозащитных договоров⁶. Такие права подобны правам человека, однако здесь речь не идет исключительно о характерных для организаций гарантиях защиты собственности или справедливого судебного разбирательства. Фирмы, компании и ассоциации способны защищать свою свободу выражения мнения, мысли и религии, свое право на жилище и корреспонденцию, заявлять о недопустимости дискриминации и в случае нарушения конвенционных гарантий добиваться моральной компенсации. Это утверждение требует переосмысления и оценки роли юридических лиц в международном праве в области защиты прав человека.

В первой части статьи показано, как антропоморфное мышление начиная с XVII столетия благодаря трудам Т. Гоббса, С. Пуфендорфа, К. Вольфа и Э. де Ваттеля сформировало учение об основных правах государств и как сегодня антропоморфизация продолжает формировать новые концепции прав животных и природы. Во второй части статьи раскрыты основания, содержание и следствия концепции *corporate human rights*, предлагается более уместный с точки зрения существа идеи русскоязычный аналог этого термина — «основные права юридических лиц» (в противовес калькированному переводу «корпоративные права человека»). Третья часть посвящена оценке прав и процессуальному статусу юридических лиц в некоторых международных универсальных и региональных органах по защите прав человека. Особое внимание уделяется европейским системам, поскольку наибольшего прогресса в утверждении и защите таких основных прав юридических лиц достигли механизмы Совета Европы и Европейского союза, в которых организации, подобно физическому лицу и наряду с ним, могут восприниматься в качестве потенциальных жертв нарушения своих прав со стороны государства. В четвертой части описана природа основных прав юридических лиц и их ценностное значение в деле защиты прав человека. В итоге формулируется вывод, что концепция прав человека более не ограничивается исключительно человеком как основным бенефициаром международных правозащитных гарантий.

1. Права по образу и подобию человека

Вопрос о том, кто может быть носителем международных прав (и обязанностей), — открытый вопрос юридической науки, который, как справедливо отмечает Международный Суд, иногда становится предметом спора⁷. Отсутствие единства в научном сообществе обуславливается различными взглядами на природу международного права: можно ли понимать его исключительно как межгосударственное право, поскольку именно государства выступают ведущими участниками международных правоотношений? Иными словами, является ли международное право «правом сильного», то есть правом тех, кто определяет повестку международного сотрудничества, непосредственно участвует в создании международных норм, обладает монополией на

³ См., например, Абашидзе А. Х. *Современное международное право об ответственности юридических лиц за правонарушения* // Современное право. 2013. № 8. С. 110–115; Русинова В., Ганина О. *Постановление Верховного суда Канады от 28 февраля 2020 года по делу «Невсун» против Арайи: «тихая революция» в оценке статуса корпораций по международному публичному праву?* // Международное правосудие. 2021. № 2. С. 25–39; Сиявский А. А. *Международная защита прав человека и деятельность транснациональных корпораций* // Московский журнал международного права. 2020. № 1. С. 54–65; Bonnitcha J., McCorquodale R. *The Concept of 'Due Diligence' in the UN Guiding Principles on Business and Human Rights* // The European Journal of International Law. 2017. Vol. 28. № 3. P. 899–919; Ruggie J., Sherman III J. F. *The Concept of 'Due Diligence' in the UN Guiding Principles on Business and Human Rights: A Reply to Jonathan Bonnitcha and Robert McCorquodale* // The European Journal of International Law. 2017. Vol. 28. № 3. P. 921–928.

⁴ См., например, деятельность некоммерческой организации *Business & Human Rights Resource Centre*. URL: <https://www.business-humanrights.org/en/about-us/> (дата обращения: 29.04.2024).

⁵ См., например, Kelly M. *Prosecuting Corporations for Genocide*. New York : Oxford University Press, 2016.

⁶ Термин «правозащитный» в настоящей работе используется с некоторой долей условности и подразумевает защиту человека, а потому правозащитные договоры — это договоры по правам человека, правозащитные механизмы — органы по правам человека.

⁷ ICJ. *Reparation for Injuries Suffered in the Service of the United Nations*. Advisory Opinion of 11 April 1949. P. 8.

применение силы и в конечном счете стоит над человеком⁸. Или же, наоборот, международное право — это право «слабого», призванное защищать подневольного человека и создаваемые им коллективные образования от государственного посягательства и произвола?⁹

Начиная с XIX века в зарубежной и отечественной доктрине превалировали этатистские взгляды: международное право определяло главным образом права государств, а не индивида, который не рассматривался в качестве возможного актора международной системы вплоть до революции в области прав человека второй половины XX столетия, положившей начало «индивидуализации» международного права¹⁰. Государства воспринимались не просто как центр международно-правового учения, а как самостоятельные и независимые личности, своего рода «искусственные люди», обладающие собственным характером и волей, поведение которых уподоблялось поведению живых людей. Подробнее этот тезис раскрывает французский международник Ж. д'Аспремон. В своей работе «Учение об основных правах государств и антропоморфное мышление в международном праве» он отмечает, что концепция основных прав государств представляет собой «вершину антропоморфного мышления в международном праве», поскольку мыслители прошлых столетий разрабатывали это учение по аналогии с естественными правами человека. Автор пишет:

Идея о том, что государство обладает качествами человека и способно к человеческому поведению, прочно закрепилась в сознании юристов-международников. Действительно, мир идей, который был создан этими юристами и который они стремятся проецировать на внешний мир, всегда основывался на неких антропоморфных конструкциях, с помощью которых человеческие качества проецируются на основные институты международного права, то есть на государство¹¹.

Так, благодаря трудам С. фон Пуфендорфа гоббсовский Левиафан, первоначально «искусственный человек», возымел разум, отличный от разума суверена, и, соответственно, способность к социальному общению (англ.: *an intellect and sociability*)¹². К. фон Вольф, продолжая наметившуюся традицию, первым выдвинул идею прав и обязанностей государств, но наибольший вклад в антропоморфизацию государств внес его последователь Э. де Ваттель, утвердивший понимание государства как личности и в числе первых обосновавший наличие у него международно-правового намерения и собственной воли¹³. Критикуя такую имманентность международно-правового этатизма, М. А. Лихачев отмечает:

...государство не просто явило себя в качестве субстанции высшего порядка: оно вытеснило человека из области международно-правового, заменило его собой, присвоив себе антропоморфную плоть и душу: социальное (позитивно-правовое) объявлено природным (а потому естественным, разумным и безальтернативным), а природное хищнически поглощено

⁸ Так, представители государство-ориентированного подхода (англ.: *the states-only conception*), например, Г. Трипель, Л. Оппенгейм, Д. Анцилотти, считали, что лишь государства являются субъектами международного права, а человек и иные образования не имеют к нему прямого отношения (Portmann R. *Legal Personality in International Law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2010. P. 42); сторонники концепции признания (А. Кавальери, Г. Шварценбергер) допускали, что человек и другие образования могут быть субъектами международного права при условии, если таковыми их признает государство. Ibid. P. 80.

⁹ Одним из наиболее известных сторонников индивидуалистического подхода являлся Х. Лаутерпахт, по утверждению которого одной из причин признания человека в качестве субъекта международного права стало признание ценности его личности как конечной цели всего права (англ.: *ultimate unit of all law*) (Lauterpacht H. *International Law and Human Rights*. New York : F. A. Praeger, Inc. 1950. P. 62); С. Мойн пишет: «Сегодня нам кажется очевидным, что одной из основных целей — и, возможно, главным предназначением — международного права выступает защита индивидуальных прав человека». Мойн С. *Последняя утопия: Права человека в истории*. М. : НЛО, 2024. С. 299.

¹⁰ Moyn S. *Rights // Concepts for International Law* / ed. by J. d'Aspremont, S. Singh. Cheltenham; Northampton, MA : Edward Elgar Publishing, 2019. P. 796.

¹¹ d'Aspremont J. *The Doctrine of Fundamental Rights of States and Anthropomorphic Thinking in International Law* // Cambridge Journal of International and Comparative Law. 2015. Vol. 4. № 3. P. 504.

¹² Ж. д'Аспремон отмечает, что С. фон Пуфендорфа следует признать основоположником антропоморфного мышления о государстве, но этот подход предположительно был заимствован у испанского мыслителя Ф. Суареса. Ibid. P. 506.

¹³ Лихачев М. А. *Политики международной правосубъектности и их историческая изменчивость* // Журнал ВШЭ по международному праву (HSE University Journal of International Law), 2023. Vol. 1. № 1. С. 12. См. также: Holland B. *The Moral Person of the State: Emer de Vattel and the Foundations of International Legal Order* // History of European Ideas. 2011. Vol. 37. P. 438–445.

социальным. Изгнанный таким образом на международно-правовые задворки человек полностью подчинен государству, уподобленному человеку¹⁴.

Итак, к середине XIX столетия в науке международного права были заложены основы этатистской традиции, суть которой заключается в восприятии государства, обладающего подобными человеку качествами рационализировать и как личность действовать самостоятельно и от собственного имени в отношениях с другими государствами-«личностями»¹⁵. Последовавший за этим период (вторая половина XIX — середина XX веков) Ж. д'Аспремон резонно нарекает «золотым веком учения об основных правах государств»¹⁶: правоведы того времени (например, Ф. Ф. Мартенс, Р. Филлимор, А. Фердросс¹⁷) сакрализуют государство, стремятся уточнить перечень его основных прав в качестве неотъемлемых и неотчуждаемых (англ.: *inherent and inalienable rights*)¹⁸. В ту же пору любое посягательство на основные права государств твердо связывается с угрозой истокам международного права. Академические настроения эпохи верно выражает оценка немецкого ученого Г. Еллинека: «Международное право существует для государств, а не наоборот»¹⁹.

В XX веке были предприняты попытки позитивной кодификации основных прав государств, которые, однако, не увенчались успехом²⁰. В 1949 году Комиссия международного права разработала проект Декларации прав и обязанностей государств, состоящей из четырнадцати статей, четыре из которых посвящены правам (независимость, осуществление юрисдикции, равенство и право на самооборону), а десять — обязанностям²¹. Документ, однако, не вызвал у мирового сообщества интереса, необходимого для дальнейшего обсуждения: отсутствие внимания к подобным инициативам связано с постепенным усилением международной защиты прав индивида и увеличением числа международных документов в этой сфере после Второй мировой войны²².

В то же время антропоморфная конструкция основных прав государств не перестала существовать. Наоборот, она продолжила свое развитие, однако ее формулировка изменилась. Так, многие положения проекта Комиссии были впоследствии отражены в Декларации о принципах международного права, касающихся дружественных отношений и сотрудничества между государствами в соответствии с Уставом ООН 1970 года, которая была составлена в терминах «принципов», а не «прав и обязанностей государств». Впоследствии некоторые ее важные аспекты были учтены в Заключительном акте СБСЕ 1975 года²³. Гарантирующие *inter alia* суверенное равенство, территориальную целостность и политическую независимость принципы международного права стали по своей сути аналогом фундаментальных прав человека, но для государств²⁴. Кроме того, многие другие современные концепции международного права, например, *jus cogens*, *opinio juris*, доктрина «постоянно возражающего государства» (англ.: *the persistent objector*), а также право на мирное использование ядерной энергии или на постоянный суверенитет над природными ресурсами, право на самооборону и невмешательство во внутренние

¹⁴ Лихачев М. А. Указ. соч. С. 13.

¹⁵ Тезис о государстве-«личности» отстаивает, к примеру, Ф. Ф. Мартенс: «Каждое государство, участвующее в международном общении, обладает такой же право- и дееспособностью, как и отдельное физическое лицо в сфере частных отношений» и далее «...государству может быть приписываема личность еще в том смысле, что оно умирает, сходит с поприща всемирной истории и выходит из международного общения» (Глава II. Государство как международная личность). Мартенс Ф. *Современное международное право цивилизованных народов*. Том I. СПб : Типография А. Бенке, 1904. С. 239–241.

¹⁶ d'Aspremont J. *Op. cit.* P. 507.

¹⁷ Мартенс Ф. Указ. соч. С. 302–317; Phillimore R. *Commentaries upon International Law*. London: Butterworths, 1879. P. 216–217; von Verdross A. *Völkerrecht*. Berlin : Springer, 1937. P. 249–250.

¹⁸ В целом ядром любых основных прав государств следует считать право на независимость, суверенитет, равенство, самосохранение. Carbone S., di Pepe L. S. *States, Fundamental Rights and Duties // Max Planck Encyclopedia of Public International Law [MPEPIL]*, 2009. § 18.

¹⁹ Jellinek G. *Allgemeine Staatslehre: Manuldruck*. Heidelberg: Springer Berlin, 1914. P. 377.

²⁰ Тем не менее на межамериканском уровне этого удалось достичь. В 1933 году была принята Конвенция о правах и обязанностях государств (Конвенция Монтевидео), в которой отмечены признаки государства как субъекта международного права (ст. 1) и закреплены права, например, на политическое существование независимо от признания (ст. 3), равенство (ст. 4), невмешательство (ст. 8).

²¹ См. подробнее: *Draft Declaration on Rights and Duties of States with commentaries // Yearbook of the International Law Commission*. 1949. P. 287–290.

²² d'Aspremont J. *Op. cit.* P. 514.

²³ Carbone S., di Pepe L. S. *Op. cit.* § 15–17.

²⁴ Толстых В. Л. *Курс международного права: учебник*. М. : Международные отношения, 2022. С. 201.

дела, представляют собой нормы, выработанные благодаря антропоморфному учению об основных правах государств, либо же производные от него²⁵.

В своей работе Ж. д'Аспремонт приходит к выводу, что

...в настоящее время незаметно разбросанные по всему международному правопорядку, антропоморфные конструкции... стали довольно распространенными и, следовательно, еще более прочными, чем когда-либо. В этом смысле антропоморфное мышление... по всей видимости будет откликаться в сознании юристов-международников на десятилетия вперед²⁶.

Современная литература по международному праву подтверждает это умозаключение: образ человека и его прав, особенно с развитием международной защиты прав индивида, продолжает служить ориентиром для формирования новых постгуманистических учений в отношении других акторов современной международно-правовой системы (животных, природы, роботов, искусственного интеллекта)²⁷.

Так, по мнению немецкой ученой А. Петерс, основными правами должны обладать животные. Она утверждает, что животные находятся в уязвимом положении, поскольку воспринимаются в качестве вещей (объектов права) и, соответственно, могут быть лишь бенефициарами защитных норм, в которых предусмотрены обязанности людей²⁸. Но у животных существуют собственные интересы, главным образом необходимость избегать опасных и некомфортных состояний, и поэтому они нуждаются в более эффективной защите своих основных потребностей, например, не испытывать боль, утолять голод и жажду. Следовательно, животные вправе жить в соответствии со своим физическими и психологическими нуждами, не подвергаться жестокому обращению и быть физически свободными. По этой причине признание прав животных на международном уровне было бы концептуально обоснованным и желательным²⁹.

А. Петерс отмечает, что аргументы в пользу прав животных лучше всего строить, прибегая к аналогии с основными правами человека³⁰. Поскольку некоторые животные, как и человек, обладают способностью ощущать (англ.: *sentience*), то защита прав животных заключается в защите животных от страдания — чувства, присущего в том числе человеку. Кроме того, определенные права животных находят параллель с правами человека (например, право человека на жилище и право животного на защиту естественной среды обитания) или правами несовершеннолетних в отношениях с опекуном³¹.

Такой же антропоморфной логике следуют сторонники идеи прав природы, которые считают, что не только животные, но и реки, озера, океаны, горы, леса должны обладать собственными основными правами. Любая экосистема имеет право на существование, процветание, восстановление жизненных циклов и естественное развитие без вреда, вызванного деятельностью человека³². Человек же как часть этой системы должен представлять интересы природы в качестве

²⁵ См. подробнее: d'Aspremont J. *Op. cit.* P. 514–519.

²⁶ Ibid. P. 520.

²⁷ Лихачев М. А. *Универсальность международных стандартов прав человека: необходимая утопия* // Право. Журнал Высшей школы экономики. Том 17. № 1. С. 40, 60–61. См. подробнее о постгуманистической теории в международном праве: *International Law and Posthuman Theory* / ed. by M. Arvidsson, E. Jones. London: Routledge, 2024; *Non-Human Rights. Critical Perspectives* / ed. by A. Alvarez-Nakagawa, C. Douzinas. Cheltenham; Northampton, MA : Edward Elgar Publishing, 2024.

²⁸ Беззащитное положение животных продемонстрировала печальная история кота Твикса, погибшего на железнодорожной станции в Кирове в начале 2024 года из-за невнимательного и халатного отношения человека. См. подробнее о уязвимости животных и критике видовой дискриминации: Сингер П. *Освобождение животных*. М. : Синдбад, 2021.

²⁹ Peters A. *Animal Rights* // *Elgar Encyclopedia of Human Rights* / ed. by C. Binder, M. Nowak, J. A. Hofbauer, P. Janig. Cheltenham; Northampton, MA : Edward Elgar Publishing, 2022. P. 129–135.

³⁰ Ibid. P. 130; при этом далеко не все ученые разделяют такую точку зрения. Например, М. Лихи выступал против очеловечивания животных и наделяния их правами, подобными человеку. См.: Leahy M. *Against Liberation. Putting Animals in Perspective*. New York : Routledge, 1991.

³¹ Peters A. *Op. cit.* P. 131–132.

³² Challe T. *The Rights of Nature — Can an Ecosystem Bear Legal Rights? Columbia University's Sabin Center for Climate Change Law*. URL: <https://news.climate.columbia.edu/2021/04/22/rights-of-nature-lawsuits/> (дата обращения: 07.03.2024); В недавнем решении по делу *La Oroya v. Peru (2024)* Межамериканский суд по правам человека признал нарушение права на благоприятную окружающую среду и ряда других положений Американской конвенции по правам человека 1969 года в связи с деятельностью металлургического предприятия, нанесшего значительный ущерб окружающей среде и здоровью населения. Примечательно, что в этом деле Суд опирался на эгоцентричный подход, то есть рассматривал право на благоприятную окружающую среду с точки зрения прав природы. Кроме того, Суд предположил, что право на благоприятную окружающую среду должно рассматриваться как императивная норма международного права (*ius*

опекуна и оберегать ее от различных угроз, таких как загрязнение воздуха, вырубка лесов, утрата биоразнообразия³³. В связи с этим следует отказаться от доминирующего положения человека, воспринимающего окружающий мир как объект собственности, и поставить в центр дискурса интересы природного мира, ценного самого по себе. Только в таком случае будет обеспечен наивысший уровень охраны природы и в том числе права человека³⁴.

Наконец, международно-правовой антропоморфизации подвергаются и различные национальные юридические лица (компании, правозащитные и природоохранные организации, политические партии, профсоюзы, церкви), которые также обладают правами, традиционно рассматриваемыми в качестве прав человека. Однако если в случае с животными, природой и другими «не-людьми» (англ.: *non-human beings*) международная и национальная практика весьма далека от формирования единообразного подхода, то в отношении юридических лиц существует обширная и устойчивая тенденция, позволяющая сформулировать некоторые концептуальные выводы.

2. Концепция «corporate human rights», или основные права юридических лиц

Реализация прав человека на международном уровне возможна двумя способами: индивидуальным и групповым. В первом случае человек самостоятельно отстаивает защиту прав. Для международной практики такой способ является довольно распространенной формой обращений. Во втором случае реализация прав возможна либо коллективом людей (коллективная концепция), либо же юридическим лицом (корпоративная концепция). Последнее, собственно говоря, и обозначается термином *corporate human rights*.

Разницу коллективных и корпоративных групповых прав объясняет П. Джонс. По его мнению, коллективную концепцию можно противопоставить корпоративной концепции групповых прав: принципиальное различие между ними заключается в том, что коллективная концепция приписывает признание субъектности по моральным основаниям (англ.: *moral standing*) только физическим лицам, которые совместно владеют групповым правом³⁵, в то время как корпоративная концепция приписывает эту субъектность группе как таковой. Поэтому в соответствии с корпоративной концепцией носителем прав являются не несколько физических лиц, составляющих группу, а группа, рассматриваемая как единое целостное образование³⁶. По этой причине, отмечает автор, права корпораций не могут быть правами человека, поскольку принадлежат корпорациям, а не людям³⁷.

Действительно, юридические лица не могут быть носителями прав человека в строгом смысле этого слова. Все же идея прав человека неразрывно связана с ценностью человеческого достоинства — свойством, нехарактерным для искусственных образований. В связи с этим термин «*corporate human rights*», который можно было бы перевести калькированием «корпоративные права человека», на первый взгляд, вводит в заблуждение, поскольку речь идет о правах организаций, а не физических лиц. В то же время применимое в таких случаях к юридическим лицам англоязычное *human rights* обозначает не только права, принадлежащие человеку, а представляет собой устойчивую конструкцию, описывающую группу неотъемлемых и неотчуждаемых прав. Следовательно, более точным (хотя и не очень аккуратным) переводом *human rights* будет «человеческие права», а *corporate human rights* — «права корпораций,

cogens). См.: Corte IDH. *Habitantes de La Oroya Vs. Perú*. Sentencia de 27 de Noviembre de 2023 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas).

³³ См. подробнее: Jones E. *Posthuman International Law and the Rights of Nature* // *Journal of Human Rights and the Environment*. 2021. Vol. 12. Special Issue. P. 76–102.

³⁴ Ibid. P. 94; Ст. 1 Декларации прав Матери Земли 2009 года гласит: «В XXI веке невозможно добиться полной защиты прав человека, если в то же время мы не признаем и не защищаем права планеты Земля и природы. Только гарантируя права Матери Земли, мы сможем обеспечить защиту прав человека. Планета Земля может существовать и без человеческой жизни, но человеческие существа не могут существовать без планеты Земля» (документ Боливарианского альянса для Америк).

³⁵ Коллективное групповое право реализуется несколькими людьми, которые, с одной стороны, обладают собственными интересами (то есть интересами каждого члена группы), а с другой — такая группа образует единый интерес всех членов. К таким обращениям можно отнести, например, коллективную жалобу в связи с деятельностью предприятия, загрязняющего воздух и оказывающего негативное воздействие на здоровье живущих поблизости людей (см. вышеупомянутое дело *La Oroya v. Peru*).

³⁶ Jones P. *Human Rights, Group Rights, and Peoples' Rights* // *Human Rights Quarterly*. 1999. Vol. 21. № 1. P. 86.

³⁷ Ibid. P. 88.

подобные права человека» или «человеческие права корпораций»³⁸. Иными словами, следуя вышеописанной антропоморфной логике, мы можем, например, поставить вопрос: обладает ли компания свободой выражения мнения как у человека или способна ли церковь отстаивать человеческое право свободно исповедовать религию? Такая же логика выстраивается и в отношении других акторов: к примеру, обладают ли животные подобно человеку правом на жилище, защищая естественную среду обитания?

Кроме того, в данном случае такие *human rights* нужно отличать от иных прав, принадлежащих человеку по международному праву, в частности от так называемых индивидуальных прав (англ.: *individual rights*). Уже упомянутая А. Петерс определяет последние как обычные, или простые, права физических лиц по международному праву (англ.: *ordinary* или *simple international rights*), не являющиеся правами человека *stricto sensu* (например, права беженцев или международные трудовые права)³⁹.

Тем не менее, несмотря на распространенную в зарубежной науке формулировку *corporate human rights*, подчеркивающую тесную связь идеи прав человека и связанных с ними прав юридических лиц⁴⁰, во избежание путаницы и для более точного описания последних на русском языке все же предпочтительно использовать другой термин — «*основные права юридических лиц (корпораций)*»⁴¹.

Акцент на *основных правах* подчеркивает, что, во-первых, такие права обеспечивают организациям достойное и легитимное существование и в связи с этим требуют высокой степени защиты от неправомерных действий других субъектов, главным образом от государства. Во-вторых, в силу своей исключительной важности такие права закреплены в некоторых международных договорах о правах человека (или в национальных конституциях⁴²) наряду с основными правами физических лиц. В таком случае юридические лица, как и человек, могут стать жертвами неправомерного обращения, например, могут быть подвергнуты неоправданно высоким штрафам, излишнему контролю, отказу в регистрации или принудительной ликвидации. В-третьих, как и в случае с человеком, основные права юридических лиц необходимо отличать от других, обычных или простых прав по международному праву (скажем, от прав по международному морскому праву⁴³). Последние, безусловно, способствуют осуществлению определенных целей, но не обеспечивают своему носителю особую ценность, а их нарушение не влечет для организаций столь серьезных последствий, как нарушение основных прав.

В случае «юридических лиц» и «корпораций», конечно же, необходимо учитывать разницу между этими понятиями: если первое характерно преимущественно для романо-германской правовой семьи, то второе в основном используется в англо-саксонской системе⁴⁴. Тем не менее

³⁸ Автор первой крупной работы по этой проблеме норвежский юрист М. Эмберланд именуется такие права «правами человека, принадлежащими компаниям» (англ.: *human rights of companies*). См. подробнее: Emberland M. *The Human Rights of Companies*. Oxford : Oxford University Press, 2006.

³⁹ Peters A. *Beyond Human Rights: The Legal Status of the Individual in International Law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2016. P. 436, 452–457, 462–469.

⁴⁰ См. например, Grear A. *Corporate Human Rights? // Redirecting Human Rights. Facing the Challenge of Corporate Legal Humanity*. Hampshire: Palgrave Macmillan, 2010; Isiksel T. *Corporate Human Rights Claims Under the ECHR // The Georgetown Journal of Law & Public Policy*. 2019. Vol. 17. P. 979–1005; Kulick A. *Corporate Human Rights? // The European Journal of International Law*. Vol. 32. 2021. № 2. P. 537–569.

⁴¹ Подобным образом их именуется брюссельский профессор П. Оливер. См., например, Oliver P. *Companies and their Fundamental Rights: A Comparative Perspective // International and Comparative Law Quarterly*. 2015. Vol. 64. № 3. P. 661–669; Oliver P. *What Fundamental Rights, if Any, Should Companies Enjoy? A Comparative Perspective // Revue européenne du droit*. Vol. 2022. № 3. P. 48–58.

⁴² Концепция основных прав юридических лиц не является исключительным достоянием международного правопорядка. Во многих национально-правовых системах основные права юридических лиц признаются на конституционном уровне и поэтому чаще такие права именуются конституционными. Наиболее продвинутыми в этом отношении являются подходы Федерального конституционного суда Германии и Верховного суда США. Так, с конца 1960-х годов ФКС Германии последовательно расширял объем конституционных прав юридических лиц, признав за ними, к примеру, право на свободу выражения мнения, неприкосновенность тайны переписки и телекоммуникаций, право на свободу профессиональной деятельности и право на собственность. В США в отношении корпораций действуют защита от необоснованных обысков, право частной собственности и защита от повторного привлечения к ответственности, право на суд присяжных расширил объем и гражданским делам, положения о равной защите закона, а также гарантии, закрепленные в Первой поправке к Конституции США, в частности свобода слова. См. подробнее: Kulick A. *Op. cit.* P. 552–556; Oliver P. *What Fundamental Rights, if Any, Should Companies Enjoy...* P. 49–52.

⁴³ Конвенция ООН по морскому праву 1982 года закрепляет право юридических лиц осуществлять в пределах Района (морского дна) деятельность по эксплуатации имеющихся там природных ресурсов (пп. b п. 2 ст. 153), а Камера по спорам, касающимся морского дна, открыта для обращений организаций в связи с нарушением их прав.

⁴⁴ Например, в Германии и Швейцарии корпорации являются типами юридических лиц, а в США понятие корпорации, наоборот, охватывает практически все виды юридических лиц. Английские правоведы называют корпорацией само

для международного права это различие не имеет принципиального значения: как уже отмечалось, заявителем могут выступить любые типы национальных организаций, будь то коммерческие предприятия, медиакомпании, некоммерческие организации, религиозные объединения, политические партии, профсоюзы. Но в то же время важно подчеркнуть, что носителями основных прав по большей части являются неправительственные организации. Логика такого подхода заключается в том, чтобы не допустить обращения в международные органы юридических лиц, находящихся под строгим контролем государства. В частности, Европейский Суд по правам человека (далее — Европейский Суд, ЕСПЧ) отмечал, что

...идея, лежащая в основе этого принципа (то есть *отказ в доступе правительственным организациям* — А. Л.), заключается в том, чтобы не позволить Договаривающейся стороне выступать одновременно в качестве заявителя и ответчика в Суде⁴⁵.

Впрочем, это не значит, что в международном праве доступ правительственным организациям к основным правам невозможен вообще. Так, в системе Евросоюза юридическим лицам нет необходимости проходить через фильтр «неправительственной организации», и так называемые эманации государств (например, государственные компании) обладают доступом к судебным механизмам ЕС и могут претендовать на защиту прав в соответствии с Хартией основных прав Европейского союза 2000 года⁴⁶.

3. География основных прав юридических лиц⁴⁷

Далеко не все международные органы признают за юридическими лицами основные права и возможность процессуальной защиты таких прав⁴⁸. Вкратце и схематично разные подходы к этому вопросу можно представить следующим образом:

	Статус заявителя	Статус жертвы	<i>actio popularis</i>
Межамериканский суд по правам человека, Африканская комиссия по правам человека и народов	да	нет	да
Комитет по правам человека ООН	нет	нет	нет
Комитет по ликвидации расовой дискриминации	да	да	нет
ЕСПЧ, Европейская комиссия по правам человека	да	да	нет

Таблица 1. Подходы международных органов к признанию основных прав юридических лиц

Так, неправительственные организации способны обращаться в межамериканскую систему защиты прав человека, однако не в собственных интересах. По этому вопросу Межамериканский суд по правам человека вынес Консультативное заключение от 26 февраля 2016 года, в котором подтвердил, что юридические лица не могут быть жертвами нарушенных прав в соответствии с

юридическое лицо, в то время как во Франции термин «корпорация» вовсе не используется. Козлова Н. В. *Понятие и сущность юридического лица. Очерк истории и теории: учеб. пособие*. М.: Статут, 2003. С. 209–210.

⁴⁵ ECtHR. *Islamic Republic of Iran Shipping Lines v. Turkey*. Application no. 40998/98. Judgment of 13 December 2007. § 81.

⁴⁶ Позиция Суда ЕС относительно допуска эманаций государств к судебным механизмам была сформулирована в деле *Bank Mellat v. Council of the European Union (2013)*. См. подробнее: European General Court. *Bank Mellat v. Council of the European Union*. Case T-496/10. Judgment of 29 January 2013. § 36.

⁴⁷ В настоящей работе география рассматриваемой проблемы ограничена подходами трех региональных правозащитных систем и двух универсальных конвенционных органов.

⁴⁸ См. подробнее: Лунёв А. А. *Основные права юридических лиц в международной системе защиты прав человека: дисс. ... канд. юрид. наук*. Екатеринбург, 2023. С. 71–106.

Американской конвенцией о правах человека 1969 года⁴⁹. Тем не менее относительно коренных и племенных народов и общин, а также профсоюзных организаций Межамериканский Суд предусмотрел исключение, указав, что такие образования необходимо рассматривать в качестве коллективных субъектов, то есть как группы лиц, объединенных общими интересами, и, соответственно, реализующих коллективные права человека⁵⁰. Таким образом, Межамериканский Суд подтвердил приверженность коллективной, а не корпоративной концепции групповых прав.

В остальных случаях юридические лица могут обращаться исключительно для защиты прав человека в порядке *actio popularis*⁵¹, либо для защиты физическими лицами — участниками юридического лица личных прав от имени своей корпорации⁵². Схожий подход сложился и в африканской системе защиты прав человека: в деле *Article 19 v. Eritrea (2007)* Африканская комиссия по правам человека и народов указала, что частные лица могут обращаться в порядке *actio popularis*, «в соответствии с которым автор сообщения не обязательно должен знать о жертве предполагаемого нарушения или иметь какую-либо связь с ней»⁵³.

На универсальном уровне юридические лица редко обращаются за правовой защитой, и потому практика ООН в этом вопросе остается фрагментарной (в сравнении с региональной практикой). Тем не менее можно выделить противоположные друг другу подходы Комитета по правам человека ООН (далее — КПЧ) и Комитета по ликвидации расовой дискриминации (далее — КЛРД), в которые иногда обращаются организации. Так, КПЧ не признает приемлемость сообщений от любых юридических лиц, поскольку бенефициарами прав, закрепленных в Международном пакте о гражданских и политических правах 1966 года, являются исключительно физические лица⁵⁴. Тем не менее заявитель может обжаловать действия властей, направленные против юридического лица или сходного с ним образования, если такие действия нарушают права этого физического лица⁵⁵. Более того, КПЧ не блокирует попытки организаций участвовать в правозащитной деятельности и в некоторых случаях разрешает им оказывать помощь авторам в подготовке и сопровождении их сообщений⁵⁶.

Менее категоричную позицию занимает КЛРД, который на практике, широко толкуя понятие «группа физических лиц», признает приемлемость сообщений юридических лиц *ratione personae* и подчеркивает, что организации подпадают под понятие «жертвы» в соответствии со ст. 14 Международной конвенции о ликвидации всех форм расовой дискриминации 1965 года с учетом представительской функции юридических лиц — заявителей⁵⁷.

Наиболее продвинутым образом защита прав юридических лиц обеспечена в системе Совета Европы. Европейский Суд (ранее также Европейская комиссия по правам человека) признает за неправительственными организациями не только статус заявителя, но и статус жертвы нарушенных прав⁵⁸. Поскольку Европейская конвенция о защите прав человека и основных свобод 1950 года (далее — Европейская конвенция 1950 года) напрямую закрепляет за юридическими лицами только две гарантии — право на обращение в ЕСПЧ (ст. 34) и защиту собственности (ст. 1 Протокола № 1), то в остальных случаях Европейский Суд самостоятельно определяет

⁴⁹ Corte IDH. *Opinión consultiva OC-22/16 de 26 de febrero de 2016 solicitada por la República de Panamá*. § 38.

⁵⁰ Ibid. § 71–105.

⁵¹ См., например, дело *Gomes Lund and Others («Guerrilha do Araguaia») v. Brazil (2010)*, в котором Межамериканская комиссия по правам человека признала, что организация-заявитель «Центр справедливости и международного права», действующая от имени исчезнувших лиц и их близких родственников, может подавать петиции в интересах прямых жертв по делу в соответствии со статьей 44 Американской конвенции по правам человека. IACtHR. *Gomes Lund and Others («Guerrilha do Araguaia») v. Brazil*. Judgment of 24 November 2010 (Preliminary Objections, Merits, Reparations, and Costs).

⁵² См. подробнее: Emberland M. *The Corporate Veil in the Jurisprudence of the Human Rights Committee and the Inter-American Court and Commission of Human Rights* // Human Rights Law Review. Vol. 2004. № 2. P. 257–275.

⁵³ African Commission on Human and People's Rights. *Article 19 v. Eritrea*. Communication № 275/2003. Decision of 30 May 2007. § 65.

⁵⁴ HRC. General comment no. 31 [80]. The nature of the general legal obligation imposed on States Parties to the Covenant. 26 May 2004. UN Doc. CCPR/C/21/Rev.1/Add.13. § 9.

⁵⁵ Ibid.

⁵⁶ HRC. The relationship of the Human Rights Committee with nongovernmental organizations. UN Doc. CCPR/C/104/3, 2012.

⁵⁷ CERD. *The Jewish Community of Oslo and others v. Norway*. Communication no. 30/2003. Decision of 15 August 2005. § 7.4.

⁵⁸ Так, в деле *State Holding Company Luganksvugillya v. Ukraine (2009)* ЕСПЧ отмечал: «согласно статье 34 Конвенции юридическое лицо (англ.: *legal entity*), «которое утверждает, что явилось жертвой нарушения одной из Высоких Договаривающихся Сторон [сво]их прав, признанных в... Конвенции или в Протоколах к ней», может обратиться в Суд с индивидуальной жалобой, если оно является «неправительственной организацией» по смыслу положений этой статьи Конвенции». ECtHR. *State Holding Company Luganksvugillya v. Ukraine*. Application no. 23938/05. Decision of 27 January 2009.

применимость того или иного конвенционного положения к организациям. В частности, ЕСПЧ расширил понятие «жилище» и, соответственно, конвенционные гарантии *на защиту помещения юридического лица* (ст. 8)⁵⁹; подтвердил, что *свобода выражения мнения* «применяется к «каждому», будь то физическое или юридическое лицо» (ст. 10)⁶⁰; установил, что организации наряду с человеком могут требовать *компенсации морального вреда* (ст. 41)⁶¹; признавал *право политических партий на свободные выборы* (ст. 3 Протокола № 1)⁶². А Европейская Комиссия ранее признавала *свободу мысли и религии церквей* (ст. 9)⁶³, а также *свободу мирных собраний и объединений юридических лиц* (ст. 11)⁶⁴.

В то же время нельзя утверждать, что юридические лица обладают всем перечнем прав согласно Европейской конвенции 1950 года. Во-первых, некоторые из положений документа либо напрямую указывают носителем прав исключительно человека (например, право мужчин и женщин на брак по ст. 12), либо имеют человеко-ориентированное толкование (например, запрет пыток в соответствии со ст. 3⁶⁵). Во-вторых, все же любая международная правозащитная система создается главным образом с целью защиты человека как главного бенефициара конвенционных гарантий.

Подход Европейского Суда получил развитие и в правозащитной системе Европейского союза⁶⁶, ядром которой является Хартия об основных правах ЕС 2000 года. Документ значительно больше, чем Европейская конвенция 1950 года, ориентирован на физических лиц, поскольку многие положения Хартии ЕС указывают носителем основных прав исключительно человека⁶⁷. Но для юридических лиц также предусмотрены некоторые гарантии в случаях, когда организации напрямую указаны в качестве носителей основных прав⁶⁸, либо если Судом Евросоюза такие гарантии истолкованы как применимые к юридическим лицам⁶⁹.

Разницу подходов международных судебных и квазисудебных органов можно объяснить разными взглядами на природу юридического лица, то есть связать с вечным вопросом о его сущности. Если в практике африканских, межамериканских органов и КПЧ превалирует «инструментальное» понимание юридического лица, то есть восприятие его как искусственного, несамостоятельного субъекта (теория фикции), а значит и не обладающего своими правами, то на европейском уровне преобладает иной взгляд, согласно которому организация рассматривается как самостоятельный актер, реальный субъект права, способный претендовать на статус потенциальной жертвы нарушения собственных прав, аналогичных правам человека.

4. Природа и ценность основных прав юридических лиц

Особенностью основных прав юридических лиц является то, что такие права в большинстве своем как бы «невидимы», то есть буквально не закреплены за организациями, и, как было показано на практических примерах ЕСПЧ и Суда ЕС, выводятся путем судебного толкования из положений документов о правах человека. С одной стороны, можно утверждать, что по своей природе права

⁵⁹ ECtHR. *Société Colas Est and Others v. France*. Application no. 37971/97. Judgment of 16 April 2002. § 40.

⁶⁰ ECtHR. *Autronic AG v. Switzerland*. Application no. 12726/87. Judgment of 22 May 1990. § 47.

⁶¹ ECtHR. *Comingersoll S. A. v. Portugal*. Application no. 35382/97. Judgment of 6 April 2000. § 36.

⁶² См., например, ECtHR. *Russian Conservative Party of Entrepreneurs and Others v. Russia*. Applications nos. 55066/00 and 55638/00. Judgment of 11 January 2007.

⁶³ ECommHR. *X. and Church of Scientology v. Sweden*. Application no. 7805/77. Decision of 5 May 1979. P. 68.

⁶⁴ См., например, ECommHR. *Association and H. v. Austria*. Application no. 9905/82. Decision of 15 March 1984. P. 191; ECommHR. *Young, James and Webster v. the United Kingdom*. Applications nos. 7601/76, 7806/77. Decision of 11 July 1977. § 167.

⁶⁵ См., например, ECommHR. *Verein «Kontakt-Information-Therapie» (KIT) and Siegfried HAGEN v. Austria*. Application no. 11921/86. Judgment of 12 October 1988. § 1.

⁶⁶ Европейская конвенция 1950 года оказала большое влияние на развитие права Европейского союза. Так, ст. 6 (3) Договора о Европейском союзе 1992 года гласит: «Основные права, как они гарантированы Европейской конвенцией о защите прав человека и основных свобод и как они вытекают из общих для государств-членов конституционных традиций, входят в содержание права Союза в качестве общих принципов». Неразрывную связь с ЕКПЧ подтверждает в том числе и Хартия ЕС об основных правах 2000 года, что отражено не только в преамбуле, но и ст. 52 и 53 документа.

⁶⁷ Термин «каждый человек имеет право» используется в ст. 2, 3, 6, 7, 8, 10, 11, 12, 14, 15, 29, 33, 34, 35 Хартии ЕС.

⁶⁸ Так, согласно ст. 42 Хартии ЕС юридические лица (наряду с физическими лицами) имеют право доступа к документам Европейского парламента, Совета и Комиссии ЕС.

⁶⁹ Например, в уже упомянутом деле *Bank Mellat v. Council of the European Union (2013)* Суд общей юрисдикции ЕС признал применимость к юридическим лицам положений ст. 17 (право собственности), ст. 41 (право на хорошее управление), ст. 47 (право на эффективное обжалование и на доступ к беспристрастному суду). European General Court. *Bank Mellat v. Council of the European Union*. Case T-496/10. Judgment of 29 January 2013. § 36.

юридических лиц производны от идеи прав человека и, соответственно, не находятся с последними в равном положении. С другой стороны, сама идея индивидуальных прав человека возникла во многом благодаря коллективным объединениям и юридическим лицам прошлого. Так, К. В. Арановский, С. Д. Князев и Е. Б. Хохлов утверждают:

Права приписали собственно человеку около XVII века, а прежде относили их к общинам и сословиям, связывали с пожалованными, купленными или наследственными титулами, с положением людей в корпоративных образованиях, но не с их принадлежностью к роду человеческому. Хотя свобода ассоциаций и кажется первым поколением прав человека, но прежде не отдельный человек был носителем городских, цеховых, общинных, приходских и гильдейских привилегий, а сами образования как первичный субъект подчиняли личность, позволяя ей, однако, пользоваться выгодами от корпоративных прав и получать в них защиту. Лишь с торжеством протестантского индивидуализма старую корпоративность потеснила та свобода объединений, где личное решение граждан стало условием их учреждения и участия в них, кроме, быть может, муниципальных корпораций, полупринудительных профсоюзов и профсоюзного коллективного членства в некоторых социалистических партиях⁷⁰.

Авторы справедливо задаются вопросом: «Коллектив среди субъектов разве новость, если общности (аллодная, бюргерская и др.) стали правосубъектными раньше, чем отдельная личность?»⁷¹.

О выводимости прав человека из прав коллективных образований, главным образом религиозных объединений, писал еще Г. Еллинек. В своем труде, посвященном французской Декларации прав человека и гражданина 1789 года и американской Декларации независимости 1776 года, немецкий ученый утверждал, что идея индивидуальных прав человека происходит от протестантского учения индепендетов (конгрегационалистов), согласно которому церковь должна быть полностью отделена от государства, а каждая религиозная община должна обладать автономией. Автор отмечает, что

[т]акой суверенный индивидуализм в вопросах веры приводил к чрезвычайно важным практическим последствиям. Из этих начал, в конце концов, вытекало требование и признание полной, неограниченной свободы совести, а затем убеждение, что эту свободу можно отстаивать как право, которое не даровано какою-либо земною властью и которое, поэтому, не может быть ограничено никакою земною властью⁷².

Следовательно, права человека и права юридических лиц исторически взаимопроизводны. Однако современная выводимость последних, построенная на антропоморфных началах, то есть путем уподобления статуса организации статусу человека, не лишает эти права самостоятельной природы и автономной ценности.

Такая ценность играет довольно важную роль в правозащитной деятельности и заключается в организационной и управленческой форме юридического лица, благодаря которой человек получает возможность достичь тех целей и реализовать жизненные планы, которые недоступны ему в индивидуальном качестве⁷³. Так, политические партии создаются как объединение людей определенных политических взглядов для совместного участия в борьбе за власть, религиозные организации — ради отправления совместных религиозных практик, коммерческие предприятия — с целью объединения капиталов и получения общего дохода, профсоюзы — для сплочения трудящихся и коллективной защиты трудовых прав. Европейский Суд неоднократно подчеркивал, что граждане должны иметь возможность учреждать юридические лица, которые позволяют им действовать совместно в области их общих интересов, поскольку это является одним из важнейших аспектов права на свободу объединения⁷⁴.

⁷⁰ Арановский К., Князев С., Хохлов Е. *О правах человека и социальных правах* // Сравнительное конституционное обозрение. 2012. № 4. С. 67.

⁷¹ Там же. С. 68.

⁷² Еллинек Г. *Декларация прав человека и гражданина*. Пер. с нем. А. Э. Вормса. 3-е изд., доп. М.: Типография Т-ва И. Д. Сытина, 1906. С. 45–46.

⁷³ Isiksel T. *Op.cit.* P. 998.

⁷⁴ См., напр., ECtHR. *Sidiropoulos and Others v. Greece*. Application no. 26695/95. Judgment of 10 July 1998. § 40.

В то же время основные права юридических лиц обеспечивают не только индивидуальные, но и общественные интересы. Это в особенности касается тех социальных проблем, в которых организации (чаще всего некоммерческие) занимают весьма активную позицию. В недавнем решении по делу, затронувшему проблему изменения климата, ЕСПЧ признал приемлемость жалобы ассоциации-заявителя в силу «особых соображений» (англ.: *special consideration*) и при этом отклонил обращения физических лиц против Швейцарии. В этом деле ассоциация «Пожилые женщины за защиту климата» и ее четыре участницы утверждали, что швейцарские власти не предпринимают достаточных мер для решения проблемы изменения климата. Европейский Суд указал, что женщины-заявительницы не соответствуют критериям жертвы нарушенных прав, поскольку не доказали, что пострадали лично и непосредственно от последствий климатических изменений в результате бездействия властей, в то время как ассоциации, которые играют значительную роль в климатической повестке как общей проблеме человечества, могут обращаться с целью защиты прав тех, кто пострадал и рискует стать пострадавшим от неблагоприятных последствий изменения климата⁷⁵. Для таких ассоциаций Европейский Суд устанавливает определенный перечень условий (законная регистрация, цели ассоциации и характер ее деятельности, правозащитная компетентность, представительность и др.), в соответствии с которыми они обладают *locus standi*⁷⁶. В итоге ЕСПЧ признал, что в отношении ассоциации-заявителя Швейцария не выполнила свои конвенционные обязательства, связанные с климатическими изменениями, в частности, не разработала эффективное законодательство в этом вопросе и не достигла целевых показателей сокращения выбросов парниковых газов⁷⁷.

Кроме того, при реализации социальных интересов особо важная роль принадлежит средствам массовой информации, на которых возлагается задача по информированию общества. Об этом довольно убедительно пишет бельгийский профессор П. Оливер, отмечая, что компании должны обладать основными правами не только для собственной пользы, но и во благо других и общественности в целом, поскольку в современном мире, в котором практически любое издательство является юридическим лицом, свобода слова «была бы пустым звуком, если бы не защищала издательскую компанию, а также автора и других физических лиц»⁷⁸.

Таким образом, права человека получают еще один, наряду с индивидуальным и коллективным, уровень защиты — корпоративный. Обеспечивая индивидуальные и общественные интересы, основные права юридических лиц выступают ценным инструментом гражданского общества, укрепляют демократические процедуры, плюрализм, гласность, широту взглядов, толерантность, а сами организации становятся новым звеном прежней триады «человек — общество — государство».

Заключение

Утверждение о том, что церкви, корпорации, медиакомпании, некоммерческие организации и другие типы юридических лиц обладают основными правами в рамках международного права и процессуальными способами защиты таких прав в некоторых международных органах (главным образом европейских) формирует новое, ценностное представление об их роли в защите прав человека. Отныне организационно-управленческая форма юридических лиц воспринимается не просто в качестве «площадки» для реализации совместных групповых интересов, но выступает

⁷⁵ Д. Летсас утверждает, что в этом деле ассоциация обеспечивала конвенционные права будущих поколений или современных новорожденных, которые потенциально могут пострадать от изменения климата, происходящего сегодня по вине современных государств, обязанных с ним бороться. И хотя сам ЕСПЧ однозначно так не высказывался, автор настаивает на том, что при внимательном прочтении постановления можно убедиться, что Суд строит свою аргументацию вокруг ключевой роли будущих поколений. По его мнению, ЕСПЧ посчитал будущие поколения потенциальной жертвой от нынешнего изменения климата, что дает право ассоциациям действовать в их интересах уже сейчас (Letsas G. *Did the Court in Klimaseniorinnen create an actio popularis?* EJIL: Talk! Blog of the European Journal of International Law. URL: <https://www.ejiltalk.org/did-the-court-in-klimaseniorinnen-create-an-actio-popularis/> (дата обращения: 12.06.2024)).

⁷⁶ См. подробнее о требованиях ЕСПЧ к физическим и юридическим лицам, претендующим на статус заявителя и жертвы нарушенных прав в контексте *climate change*: ECtHR. *Verein KlimaSeniorinnen Schweiz and Others v. Switzerland*, Application no. 53600/20. Judgment of 9 April 2024. § 458–503.

⁷⁷ Ibid.

⁷⁸ Oliver P. *What Fundamental Rights...* P. 49; см. также Kulick A. *Op. cit.* P. 559–560.

дополнительным, а в некоторых случаях единственно возможным способом защиты прав лиц, стоящих за организацией.

Наделение юридических лиц подобно человеку основными правами и признание организаций жертвами нарушения конвенционных гарантий наряду с физическими лицами позволяет взглянуть на концепцию прав человека с нового ракурса. Прежде всего круг бенефициаров концепции более не ограничивается самим человеком и, как бы странно это ни звучало, включает нечеловеческих субъектов. Как уже отмечалось, права человека стали своего рода аксиологической конструкцией для формирования новых правозащитных учений. В своей книге, посвященной истории прав человека, Л. Хант справедливо указывает:

Права нельзя определить раз и навсегда, поскольку их эмоциональная основа продолжает меняться, отчасти в ответ на декларирование прав. Права остаются под вопросом, потому что наше представление о том, кто их имеет и что это за права, постоянно меняется. Революция в области прав человека по определению продолжается⁷⁹.

Экстраполяция человеческих прав на нечеловеческих акторов, на первый взгляд, может показаться заблуждением или же упрощением, скрывающим особую, независимую и уникальную природу прав юридических лиц, животных, природных объектов. Однако применимость прав человека в этом случае объясняется тем, что такие права стали доступным и понятным для всех средством борьбы с насилием, жестокостью и злоупотреблением. Возникшие буквально в результате общемировой трагедии и многомиллионных жертв, но доказавшие опытом и временем свою состоятельность и необходимость, права человека стали *lingua franca* в дискурсе о защите новых — или скорее прежде игнорируемых — субъектов, и потому сегодня такими правами могут обладать даже те, кому первоначально они не принадлежали.

FROM AN INDIVIDUAL TO A CORPORATION: TOWARDS THE ANTHROPOMORPHIZATION OF CORPORATIONS IN INTERNATIONAL LAW

LUNEV. A.

Andrey Lunev — Candidate of Sciences in Law, lecturer at the International Law Department of the Ural State Law University named after V. F. Yakovlev, Ekaterinburg, Russia (a.a.lunyov@usla.ru).
ORCID: 0000-0001-8714-5146.

Abstract

The idea that all human beings have universal, equal, and inalienable rights is no longer just a doctrine of human rights protection from an encroachment by the state. It has also become a standard for the development of new legal concepts, such as corporate human rights. Corporate human rights concept is based on the idea that national corporations have rights similar to human rights (e.g., freedom of expression, prohibition of discrimination, right to housing) and can demand that these rights be protected at the international level. Using anthropomorphic logic and drawing an analogy with the rights of other actors (states, animals, and nature), the author argues that the status of corporations in international law is increasingly likened to the status of an individual. The paper demonstrates the essence of the corporate human rights concept and its practical application in some judicial and quasi-judicial human rights mechanisms. Priority is accorded to European systems (the European Union and especially the Council of Europe) whereby the rights of corporations are guaranteed in the most comprehensive manner. The article also explains how the fundamental rights of corporations are derived from the fundamental rights of individuals, and supports the significance of the organisational and managerial structure of corporations for a more effective protection of individuals. The author concludes that the concept of human rights continues to grow in terms of expanding actors and strengthening the importance of non-governmental organisations in the human rights field.

Key words

anthropomorphism, fundamental rights, corporations, ECtHR, human rights, collective concept of human rights, corporate concept of human rights

Citation: Lunev A. Ot cheloveka k korporatsii: na puti k antropomorfizatsii yuridicheskikh lits v mezhdunarodnom prave [From an Individual to a Corporation: towards the Anthropomorphization of Corporations in International Law] // Zhurnal VSHÉ po mezhdunarodnomu pravu (HSE University Journal of International law). 2024. Vol. 2. № 2. P. 28–42.

<https://doi.org/10.17323/jil.2024.22260>

⁷⁹ Хант Л. *Изобретение прав человека. История*. М.: НЛО, 2023. С. 28–29.

References / Список источников

- Aranovskiy K., Knyazev S., Khokhlov E. (2012) O pravakh cheloveka i sotsial'nykh pravakh [About human rights and social rights]. *Sravnitel'noe konstitutsionnoe obozrenie*, no. 4, pp. 61–91 (In Russian).
- Carbone S., di Pepe L. S. (2009) States, Fundamental Rights and Duties, *Max Planck Encyclopedia of Public International Law [MPEPIL]*.
- D'Aspremont J. (2015) The Doctrine of Fundamental Rights of States and Anthropomorphic Thinking in International Law, *Cambridge Journal of International and Comparative Law*, vol. 4, no. 3, pp. 501–520.
- Elinnek G. (1906) Deklaratsiya prav cheloveka i grazhdanina [Declaration of Human and Civil Rights]. M., Tipografiya T-va I. D. Sytina. (In Russian).
- Emberland M. (2004) The Corporate Veil in the Jurisprudence of the Human Rights Committee and the Inter-American Court and Commission of Human Rights. *Human Rights Law Review*, vol. 2004, no. 2, pp. 257–275.
- Emberland M. (2006) *The Human Rights of Companies*. Oxford, Oxford University Press.
- Gear A. (2010) *Redirecting Human Rights. Facing the Challenge of Corporate Legal Humanity*. Hampshire, Palgrave Macmillan.
- Hant L. (2023) *Isobretenie prav cheloveka. Istoriya [Inventing Human Rights: A History]*. M., NLO.
- Isiksel T. (2019) Corporate Human Rights Claims under the ECHR. *The Georgetown Journal of Law & Public Policy*, vol. 17, pp. 979–1005.
- Jellinek G. (1914) *Allgemeine Staatslehre: manuldruck*. Heidelberg: Springer Berlin.
- Jones E. (2021) Posthuman International Law and the Rights of Nature. *Journal of Human Rights and the Environment*, vol. 12, special issue, pp. 76–102.
- Jones P. (1999) Human Rights, Group Rights, and Peoples' Rights, *Human Rights Quarterly*, vol. 21, no. 1, pp. 80–107.
- Kozlova N. (2003) Ponyatie i sushchnost' yuridicheskogo litsa. Ocherk istorii i teorii [The concept and essence of a legal entity. Sketch of history and theory]. M., Statut. (In Russian).
- Kulick A. (2021) Corporate Human Rights? *The European Journal of International Law*, vol. 32, no. 2, pp. 537–570.
- Lauterpacht H. (1950) *International Law and Human Rights*, New York, F. A. Praeger, Inc.
- Likhachev M. (2023) Politiki mezshdunarodnoi pravosub"ektnosti i ikh istoricheskaya izmenchivost' [The Politics of an International Personality and Their Historical Inconsistency]. *Zhurnal VSHÉ po Mezhdunarodnomu Pravu (HSE University Journal of International Law)*, vol. 1, no. 1, pp. 8–24. (In Russian).
- Likhachev M. (2024) Universal'nost' mezshdunarodnykh standartov prav cheloveka: neobhodimaya utopia [Universality of International Human Rights Standards: A Necessary Utopia]. *Zhurnal Vysshei shkoly ekonomiki*, tom 17, no. 1, pp. 40–67. (In Russian).
- Martens F. (1904) *Sovremennoe mezhdunarodnoe pravo tsivilizovannykh narodov [Modern international law of civilized nations]*. Tom I, SPb, Tipografiya A. Benke, 1904. (In Russian).
- Moyn S. (2019) Rights. In: J. d'Aspremont, S. Singh (eds.) *Concepts for International Law*. Cheltenham, Northampton, MA, Edward Elgar Publishing.
- Moyn S. (2024) Poslednyaya utopiya: Prava cheloveka v istorii [The Last Utopia: Human Rights in History]. M., NLO, 2024. (In Russian).
- Oliver P. (2015) Companies and their Fundamental Rights: A Comparative Perspective. *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 64, no. 3, pp. 661–696.
- Oliver P. (2022) What Fundamental Rights, if Any, Should Companies Enjoy? A Comparative Perspective. *Revue européenne du droit*, vol. 2022, no. 3, pp. 48–58.

- Peters A. (2016) *Beyond Human Rights: The Legal Status of the Individual in International Law*. Cambridge, Cambridge University Press.
- Peters A. (2022) *Animal Rights*. In: C. Binder, M. Nowak, J. A. Hoffbauer, P. Janig (eds.) *Elgar Encyclopedia of Human Rights*. Cheltenham, Northampton, MA, Edward Elgar Publishing, pp. 129–135.
- Phillimore R. (1879) *Commentaries upon International Law*. London, Butterworths.
- Portmann R. (2010) *Legal Personality in International Law*. Cambridge, Cambridge University Press.
- Tolstykh V. (2022) *Kurs mezhdunarodnogo prava: uchebnik [International Law Course: textbook]*. M., Mezhdunarodnye otnosheniya. (In Russian).
- Verdross A. (1937) *Völkerrecht*. Berlin, Springer.

ОБЯЗАТЕЛЬНОСТЬ НЕ СУДИТЬСЯ В МЕЖДУНАРОДНОМ И НАЦИОНАЛЬНОМ ПРАВЕ

ГАЛЬПЕРИН М. Л.

Гальперин Михаил Львович — доктор юридических наук, заведующий кафедрой международного правосудия при департаменте международного права Национального исследовательского университета «Высшая школа экономики», профессор кафедры коммерческого права и процесса Исследовательского центра частного права имени С. С. Алексеева при Президенте Российской Федерации, руководитель научного направления «Международное частное и публичное право» Института законодательства и сравнительного правоведения при Правительстве Российской Федерации, Москва, Россия (mgalperin@hse.ru). ORCID: 0000-0002-3626-4548.

Аннотация

В статье демонстрируется общая проблема отсутствия универсальных правовых критериев допустимости соглашений об отказе от исков в национальные суды и международные трибуналы. В условиях глобального изменения восприятия системы юрисдикционной защиты на национальном и международном уровнях досудебные и внесудебные соглашения об урегулировании неизбежно будут получать распространение и вскоре, как некогда сделки о признании вины в американском праве, превратятся из исключения в правило, в саму систему правосудия. Без условий о взаимном отказе от исков в национальные и международные трибуналы (и сторон соглашения, и всех их резидентов) не смогут обойтись и будущие межгосударственные соглашения об урегулировании конфликтов. Фундамент таких соглашений — придание юридической силы содержащимся в них окончательным отказам от обращения с исками. На отказы, которые ведут свою историю со времен римского права, уже нельзя стыдливо закрывать глаза или гневно отвергать их, считая угрозой правовым устоям. С использованием исторических примеров, практики международных и национальных трибуналов в статье моделируется механизм регулирования отказов от исков и требований, который учитывает положения частного и публичного, материального и процессуального, национального и международного права, необходимость обеспечения баланса, с одной стороны, защиты фундаментальных прав и свобод, включая право на доступ к суду, а с другой — свободы договора.

Ключевые слова

урегулирование международных споров, защита прав человека, доступ к правосудию, принцип субсидиарности, отказ от права

Для цитирования: Гальперин М. Л. Обязательство не судиться в международном и национальном праве // Журнал ВШЭ по международному праву (HSE University Journal of International Law). 2024. Т. 2. № 2. С. 43–58.

<https://doi.org/10.17323/jil.2024.22261>

Введение

Непосредственным поводом для написания статьи стало постановление по делу *Бошкочевич против Сербии*¹, вынесенное 5 марта 2024 года Европейским Судом по правам человека (далее — ЕСПЧ, Европейский Суд). Обстоятельства дела таковы. Заявитель — гражданин Сербии — работал водителем в публичной компании (серб.: *javno preduzeće*), созданной сербским правительством для управления расположенным в Косово² природным парком. В 2005 году он подал иск против своего работодателя и республиканского министерства защиты окружающей среды с требованием выплатить причитающуюся ему разницу между полученной заработной платой и повышенным (двойным) окладом, который был ему положен по законодательству как лицу, живущему и работающему в крае.

Добившись удовлетворения национальным судом части денежных требований, работник начал процедуру принудительного взыскания. Вскоре ему (как и всем его коллегам, находившимся в такой же ситуации) работодатель предложил отозвать исполнительные листы взамен на обещание выплатить присужденные суммы, как только будет разблокирован расчетный счет компании

¹ Постановление Европейского Суда по правам человека (Четвертая секция) от 5 марта 2024 года по делу *Бошкочевич против Сербии* (*Boškočević v. Serbia*) (Жалоба № 37364/10).

² Спорный международно-правовой статус Косово в этом деле значения не имеет.

(замороженный в исполнительном производстве), но в любом случае не позднее пятнадцати дней с даты получения необходимого финансирования из Белграда. Предложения заявителем были приняты: в конце мая 2010 года он подписал с компанией соглашение об урегулировании, в силу которого официально отказался от взыскания долга с использованием механизма исполнительного производства (оно тут же было прекращено судом). Однако через полторы недели он передумал и обратился с жалобой в ЕСПЧ, ссылаясь на нарушение Сербией гарантированного частью 1 статьи 6 Конвенции о защите прав человека и основных свобод (далее — Конвенция) права на судебную защиту. Гражданин утверждал, что соглашение об урегулировании было подписано им под влиянием тяжелого финансового положения (в котором повинен работодатель). Таким образом, отказ (англ.: *waiver*) от принудительного исполнения вынесенного в его пользу судебного решения недействителен.

Пока дело рассматривалось европейской инстанцией (от подачи жалобы до опубликования решения прошло без малого 14 лет), водитель успел безуспешно оспорить соглашение об урегулировании в Конституционном суде Сербии, который, не вдаваясь в суть заявления, отказал в его рассмотрении по сугубо процессуальному основанию: соглашение не является индивидуальным властным (то есть ненормативным) актом, а представляет собой гражданско-правовой договор (англ.: *private-law contract*), не подлежащий оценке в конституционном судопроизводстве.

К требованиям в ЕСПЧ позже добавился эпизод предполагаемого нарушения государством-ответчиком не только статьи 6, но и статьи 34 Конвенции (обязанность не препятствовать эффективному осуществлению права на индивидуальную жалобу в ЕСПЧ): руководство компании направило заявителю письмо с обвинением в нарушении трудовых обязанностей в связи с тем, что заявитель обратился в международный суд без предварительной консультации и отказался поделиться документами, направленными в Страсбург. Работника письменно предупредили об увольнении в случае продолжения таких действий, однако угроза осталась нереализованной, и он мирно ушел из компании через семь лет после подачи жалобы, продолжая ожидать решения Европейского Суда в статусе пенсионера.

Позиция ответчика в ЕСПЧ заключалась в том, что заявление о нарушении статьи 6 Конвенции неприемлемо, поскольку, во-первых, государство не отвечает за деяния самостоятельного юридического лица — компании, во-вторых, заявитель не исчерпал национальные средства судебной защиты.

По мнению правительства, отказ от права на принудительное исполнение является законным, поскольку законно соглашение об урегулировании, лежащее в его основе. Гражданско-правовая действительность соглашения в сербских судах не оспаривалась. Если бы заявитель пошел по пути защиты своих прав в форме гражданского иска о признании недействительным заключенного соглашения (а не оспаривания действий администрации парка) и ему было бы неправомерно отказано, решения гражданских судов могли бы быть предметом оценки по существу конституционным судом. Высший суд мог бы оценить неисполнение первоначального решения, если бы заявитель не подписал соглашение об урегулировании, а добивался судебной защиты своих прав как взыскатель по исполнительному листу. В итоге, по мнению правительства, гражданину были доступны разнообразные национальные средства защиты, которыми он не воспользовался. Также оно заявило, что работник *добровольно* отказался от защиты в исполнительном производстве, поскольку уклонение от подписания соглашения не повлекло бы наложение на него санкций.

По специальному разрешению ЕСПЧ заявителю было дозволено представлять себя самому (без юриста) и даже вести переписку с судом на сербском языке (а не английском или французском, как положено по общему правилу). Какие аргументы были представлены таким образом гражданином, оценить затруднительно с учетом того, что его правовой позиции в постановлении посвящено всего три с половиной строки.

В результате европейские судьи единогласно признали основную жалобу на нарушение части 1 статьи 6 Конвенции (право на справедливое и публичное разбирательство дела в разумный срок независимым и беспристрастным судом, созданным на основании закона) неприемлемой, согласившись с доводом ответчика о неисчерпании национальных средств защиты. Вместе с тем государство было признано нарушителем статьи 34 Конвенции. Суд отметил, что по ее смыслу под

неправомерным давлением на заявителя можно понимать даже косвенные действия или контакты, направленные на то, чтобы отговорить или «лишить желаний» (англ.: *discourage*) воспользоваться правом на индивидуальную жалобу. Несмотря на то, что заявитель так и не был уволен и продолжал беспрепятственно взаимодействовать с ЕСПЧ, нарушение было зафиксировано (правда, без присуждения денежной компенсации, о которой заявитель и не просил).

1. Субсидиарность или безразличие?

У читателя может возникнуть вопрос: что же примечательного углядел автор в, казалось бы, заурядном деле? С формальной точки зрения ЕСПЧ обоснованно отверг требования заявителя, реализовавшего в национальном судопроизводстве свое диспозитивное право на заключение мирового соглашения, которым он отказался от принудительного взыскания. Таким образом, его право на судебную защиту не нарушено.

Но обратим внимание на то, что в приведенном постановлении одна и та же ключевая для всей системы гарантий прав и свобод проблема доступа к юрисдикционному органу для их защиты затрагивается сразу в *двух плоскостях*. Во-первых, во *внутринациональной*: в контексте допустимости с точки зрения международного суда *преднамеренного* отказа жертвы нарушения по соглашению с потенциальным ответчиком (нарушителем) от гарантированной законом юрисдикционной защиты. Во-вторых, в *международной плоскости*: с точки зрения допустимости препятствовать (также со ссылкой на договорные обязательства перед нарушителем) реализации тем же самым заявителем права на обращение за защитой, но уже в сам международный суд.

Рассматривая первый из двух аспектов — ограничение доступа к *национальному* правосудию — ЕСПЧ в постановлении на полутора страницах, сначала бегло перечислив хрестоматийные прецеденты из собственной практики о необходимости исчерпания национальных средств защиты, а затем дословно повторив позицию правительства, признал в этой части жалобу неприемлемой (чтобы это установить, напомним, понадобилось почти полтора десятка лет). Он не стал оценивать доводы о недействительности соглашения об урегулировании.

Но тональность постановления разительно меняется в заключительной части, где речь идет о предполагаемом ограничении возможности обратиться в ЕСПЧ. Даже подозрения в давлении на заявителя со ссылкой на его обязательства по трудовому договору побуждают воззвать к непреходящей ценности свободного доступа к правосудию и без особых рассуждений признать нарушение государством статьи 34 Конвенции, несмотря на то, что, судя по всему, работодатель просил только показать ему направленные заявителем материалы (об отзыве жалобы речь не шла), а в итоге вообще оставил работника в покое, позволив общаться с ЕСПЧ. Не было принято во внимание и то, что о каких-либо угрозах в свой адрес (причем не от государственных чиновников, а от администрации парка) гражданин на национальном уровне не заявлял, в местные суды на такие действия не жаловался.

Но оправдано ли разное отношение к юридической допустимости (само)ограничения доступа одного и того же заявителя к национальному и к международному правосудию? Поставим этот вопрос и так: может ли право на обращение в международный суд (и на исполнение его решения) выступать предметом соглашения, так же как право на обращение в суд национальный (и исполнение его решения)? На первый взгляд, заранее отказаться от права на доступ в национальный суд можно (например, заключив арбитражное соглашение), а от обращения в суд международный — нет, так как его юрисдикция «свята», ибо установлена международным договором. Однако здесь возникает коллизия как теоретического, так и практического плана. Во-первых, в чем смысл соглашения об урегулировании, исключающего обращение сторон в национальный суд, если право обращения их же в международный трибунал по тем же основаниям исключить нельзя? Во-вторых, в подавляющем большинстве случаев эти права настолько сильно взаимосвязаны, что не мыслятся друг без друга, так как обычно без обращения прежде в национальный суд до международного не добраться (принцип subsidiarity предполагает, что защита и восстановление прав должны в первую очередь осуществляться национальными

судами³). Базовым критерием признания приемлемой жалобы не только в ЕСПЧ, но и некоторые другие международные трибуналы, включая инвестиционные⁴, остается исчерпание заявителем внутригосударственных средств защиты.

Эти соображения, как известно, побуждали ЕСПЧ (часто к неудовольствию государств-участников), в том числе с опорой на упомянутую часть 1 статьи 6 Конвенции, погружаться в национальные правовые порядки в попытке выработать *на международном уровне* общий конвенционный стандарт судопроизводства и судопроизводства. Российским юристам о таких попытках хорошо известно из постановлений ЕСПЧ, касавшихся оценки как неэффективных тех или иных инстанций в отечественном процессе⁵. Такой интерес международного суда к определению правил для национальных *vis-à-vis*, по отношению к которым он *de facto* выступает «четвертой инстанцией»⁶, можно объяснить: ЕСПЧ, используя Конвенцию, желает влиять на то, как дела «поднимаются» к нему из национальных юрисдикций, поскольку не готов оставить этот вопрос всецело на усмотрение самих государств.

Но как объяснить, что при таком отношении к отдельным аспектам рассмотрения *гражданских дел*⁷ национальными судами (инстанционность, права участников, сроки, состав суда и т. д.⁸) намного меньшее внимание⁹ международное правосудие уделяет первейшему вопросу: *способен ли субъект по собственной воле вообще отказаться от возможности обратиться в национальный, и, как следствие, в силу требования исчерпания, в международный суд?*

2. Мировая практика

Как бы странно это ни выглядело в наше время, когда почти все основные субъективные права — и материальные, и процессуальные — получили закрепление и развитие не только в национальных конституциях и кодексах, но в международных договорах, обширной практике международных судов и арбитражей, доктрине и т. д., вопрос о возможности принять на себя обязательство отказаться от использования имеющихся средств защиты в гражданском споре остается без вразумительного ответа.

Ожидая гостей, мы заботимся о том, чтобы они попали на праздник: знали, где находится вход, смогли открыть дверь. А есть ли у гостей причины, которые могут быть признаны уважительными для того, чтобы на этот праздник вовсе не прийти? Не получится ли, что хозяева (международные судьи) останутся на званом ужине без гостей (заявителей), которые так и не узнают вкуса приготовленных к их приходу изысканных угощений (защищаемых прав и свобод)?

В порядке оправдания страсбургских судей, уклонившихся в приведенном выше постановлении от сколько-либо содержательного даже не ответа, а хотя бы рассуждения по вопросу об отказе заявителя от защиты на национальном уровне, заметим, что не только проблема возможности и последствий отказа от права на доступ к правосудию, но и от субъективного гражданского права в целом, по меткому замечанию одного автора, остаются *terra incognita*, не находят универсального

³ См., например: п. 44 постановления ЕСПЧ от 29 мая 2018 года по делу ООО «КД-КОНСАЛТИНГ» (ООО *KD-KONSALTING*) против Российской Федерации (Жалоба № 54184/11); Белов С. А. *Национальный механизм исполнения постановлений Европейского суда по правам человека (на примере России)* // Закон. 2019. № 6. С. 77–92.

⁴ См., например: Brauch M.D. *Exhaustion of Local Remedies in International Investment Law*. International Institute for Sustainable Development: IISD Best Practices Series January - 2017. URL: <https://www.iisd.org/sites/default/files/publications/best-practices-exhaustion-local-remedies-law-investment-en.pdf> (дата обращения: 28.03.2024).

⁵ См., напр.: Панокин А.М. *Критерии эффективности российского надзорного производства, выработанные Европейским судом по правам человека* // Международное уголовное право и международная юстиция. 2017. № 6. С. 3–6.

⁶ См., например: Дедов Д. И., Гаджиев Х. И. *Обзор практики Большой палаты Европейского суда по правам человека (декабрь 2018 г. – январь 2019 г.)* // Журнал зарубежного законодательства и сравнительного правоведения. 2019. № 3. С. 113–123.

⁷ О которых в основном и пойдет речь ниже.

⁸ См., например: Рехтина И. В. *Стандарт правовой определенности гражданского судопроизводства России и Франции* // Арбитражный и гражданский процесс. 2022. № 3. С. 56–60.

⁹ В издаваемом секретариатом суда пространном руководстве по применению ЕСПЧ статьи 6 Конвенции в аспекте гражданского судопроизводства собственно оценке преднамеренных отказов от доступа к правосудию посвящена всего одна страница из ста двадцати, причем подавляющее большинство приведенных на ней дел связаны с передачей дела в арбитраж (третьею разбирательство), а не полному (в том числе от обращения в арбитраж) отказу от предъявления требований, которому посвящена статья. См.: *Guide on Article 6 of the European Convention on Human Rights Right to a fair trial (civil limb)*. Updated to 31 August 2022. P. 42–43. URL: https://www.echr.coe.int/documents/d/echr/guide_Art_6_eng (дата обращения: 28.03.2024).

решения¹⁰. И это несмотря на то, что соглашения о моратории на предъявление исков (*pactum de non petendo ad tempus*) были хорошо известны еще римскому праву. Можно было заключить *pactum de non petendo in perpetuum*, то есть навсегда, и *pactum de non petendo ad tempus*, то есть на время, с отсрочкой. Кроме того, пакт мог действовать *in rem*, и в таком случае кредитор не мог требовать возвращения долга с любых лиц (в том числе наследников), и *in personam*, то есть распространять свое действие только на должника¹¹.

Похожие соглашения получили распространение во многих странах. Например, в американском правовом порядке допускается отказ (если он добровольный и осознанный) от практически любого права, включая конституционные права (свободы слова, права на рассмотрение дела судом присяжных и судом, к подсудности которого оно отнесено законом, и т.д.)¹². Не считается незаконным «припугнуть» подозреваемого более тяжким обвинением, если он откажется заключить с прокурором сделку о признании, автоматически лишаящую его доступа к полноценному судебному процессу (Верховный суд США без тени иронии заявляет, что такие сделки «не являются каким-то дополнением к системе правосудия, а и есть система правосудия»¹³). В США, как и других странах, можно отказаться от осуществления процессуальных прав не только сознательно (в силу соглашения или заявления в суде), но и неосторожно (пропустив срок подачи ходатайства или возражения)¹⁴. Потерпевшая сторона может отказаться от своего права на подачу иска о нарушении договора даже без необходимости встречного предоставления, а в отношениях между предпринимателями допускается отказ от права на судебную защиту и при деликте¹⁵.

В американском праве есть и специальный институт — обязательство не подавать иск (англ.: *covenant not to sue*), который не равен отказу от права (англ.: *waiver*), но равносителен прощению долга (англ.: *release*). На этот институт опиралось и известное соглашение об урегулировании 1999 года между швейцарскими банками — держателями изъятых нацистами у жертв Холокоста средств и еврейскими организациями, в силу которого последние в обмен на миллиардную компенсацию отказались от исков к швейцарским финансовым и правительственным учреждениям в «любых судебных, административных и иных процессах где бы то ни было во всем мире»¹⁶. Препятствует ли это соглашение обращению указанных в нем лиц за защитой прав, например, в ЕСПЧ? Вопрос риторический, но нам не удалось найти ни одного дела против Швейцарии, рассмотренного Страсбургским судом, предметом которого были бы имущественные претензии в связи с Холокостом¹⁷.

Нарушение обязательства не подавать иск дает лицу, в пользу которого оно установлено, право взыскать убытки с истца. Возможно и обращение с требованием об обеспечительных мерах (англ.: *injunction*) в виде запрета подавать иск¹⁸. Признание законом таких конструкций позволяет сторонам гибко и к взаимной выгоде регулировать не только коммерческие, но и трудовые, семейные, личные отношения. Участниками сделок, подразумевающих окончательный отказ от

¹⁰ Бойко Т. С. *Отказ от права и воздержание от осуществления права: российский и англо-американский подходы* // Закон. 2012. № 3. С. 133–145.

¹¹ См.: Тяжбин М. Д. *Соглашение кредиторов одного должника о субординации в системе частного права* // Вестник гражданского права. 2021. № 3. С. 7–107. Такие соглашения принципиально признаются гражданским правом европейских стран, например, Испании, Италии и Франции. См.: <https://getlegalbuddies.com/blog/pactum-de-non-petendo-legal-concept-explained/> (дата обращения: 23.07.2024).

¹² Grossi S. *The Waiver of Constitutional Rights* // Houston Law Review. 2023. Vol. 60. P. 1021–1066.

¹³ *Lafier v. Cooper*, 566 U.S. 156, 170 (2012); *Missouri v. Frye*, 566 U.S. 134, 144 (2012).

¹⁴ Grossi S. *Op. cit.* P. 1024.

¹⁵ См.: Бойко Т. С. *Указ. соч.* С. 133–145. Нельзя не отметить и высказываемые опасения, что такие широкие возможности для отказа от исков в системах общего права влекут злоупотребления могущественными субъектами своей властью и переговорными возможностями, что не отвечает публичным интересам защиты прав и свобод. См., например: Jos J. *Legal Waivers in Settlement Agreements: Implications on Access to Remedies in Business and Human Rights* // Journal of Human Rights. 2022. Vol. 21. № 5. P. 639–653.

¹⁶ Статьи 12 и 13 Соглашения (Class Action Settlement Agreement) от 26 января 1999 года. См.: Gribetz J., Reig S. Chapter 6. *The Swiss Banks Holocaust Settlement // Reparations for Victims of Genocide, War Crimes and Crimes against Humanity*. Leiden, 2020. P. 169–202. URL: https://www.swissbankclaims.com/Documents/Doc_9_Settlement.pdf. (дата обращения: 23.07.2024). Раскрытие в швейцарской прессе конфиденциальных аспектов переговоров о заключении этого соглашения стало поводом для громкого дела о защите свободы слова, которое дошло до Большой палаты ЕСПЧ. См.: ECtHR. *Stoll v. Switzerland* (Application no. 69698/01). Judgment of 10 December 2007.

¹⁷ В контексте Холокоста ЕСПЧ рассматривал известные дела против Швейцарии только в связи с его публичным отрицанием. См.: Lobba P. *Holocaust Denial before the European Court of Human Rights: Evolution of an Exceptional Regime* // The European Journal of International Law. 2015. Vol. 26. № 1. P. 237–253.

¹⁸ Бойко Т. С. *Указ. соч.*

требований, выступают и американские власти, например, предлагая компенсации тем лицам, которые готовы отказаться от будущих судебных претензий к федеральному правительству в связи с ущербом жизни и здоровью, причиненным террористическими актами¹⁹, или заявляя, что воздержатся от исков к потенциальным собственникам земельных участков, вытекающих из законодательства о защите окружающей среды и санитарной безопасности населения, взамен на обязательство осуществить необходимые инвестиции²⁰.

Фиксация в юридически значимых документах отказа от требований (заявленных в суд или еще нет) известна не только национальным системам, но и международному праву²¹. Показательный пример²² — соглашение 1960 года о взаимном урегулировании претензий между правительствами СССР, США и компанией Амторг в связи с их экономическими взаимоотношениями в период Второй мировой войны²³. В силу соглашения в обмен на выплату советским правительством обозначенной суммы власти США окончательно отказывались от заявленных в американский суд денежных требований к Амторгу (который долгие годы выступал советским агентом/посредником при закупках товаров в США)²⁴. Указанным соглашением стороны «от своего имени, от имени своих агентов, правопреемников... настоящим навсегда освобождают друг друга от ответственности по всем претензиям, относящимся к... ущербу, причиненному грузам, судам и другому имуществу, к причинению личного вреда... и от ответственности по любым другим претензиям, требованиям и расходам любого рода... и возникшим из сделок или морских случаев, имевших место в период 1941-1946 годов включительно, или относящимся, или связанным с такими сделками и морскими случаями, независимо от того, заявлялись ли они когда-либо или нет, включая, в частности, но не ограничиваясь следующим...».

В некоторых правопорядках соглашения об отказе от подачи исков не только не предусмотрены, но воспринимаются как противоречащие самой сути правосудия. И за примером далеко ходить не надо. Вспомним рассмотренное в Екатеринбурге десять лет назад дело (похожее на страсбургское против Сербии)²⁵. Обстоятельства его таковы. Решением суда были удовлетворены исковые требования о взыскании задолженности по договору. На решение выдан исполнительный лист, но сторонами заключено соглашение (внесудебное), по которому кредитор принял на себя обязательство по приостановлению арестов и взысканий в отношении активов должника.

Российский суд, оценивая соответствующее условие по заявлению стороны, требовавшей признать неправомерным обращение ответчика в службу приставов, пришел к выводу, что соглашение не может ограничивать предъявление исполнительного листа. Право на судебную защиту (а следовательно, и на исполнение судебных решений) носит не гражданско-правовой, а публичный характер, поскольку может быть реализовано лишь с помощью государства, создающего для этого необходимые институциональные и процессуальные условия. Таким образом, соглашением, заключенным в форме гражданско-правового договора, стороны не могут изменять установленный порядок исполнения судебных актов. Утверждение, что договорное обязательство по приостановлению взыскания носило временный характер (соответственно, не могло быть квалифицировано как полный отказ от права) судом отклонено (уральские судьи не вспомнили про римский *pactum de non petendo ad tempus*, упоминавшийся выше). Одновременно

¹⁹ См., например: September 11 Victim Compensation Fund of 2001. URL: <https://www.justice.gov/archive/victimcompensation/faq9.pdf> (дата обращения: 28.03.2024). Очевидно, подобные обязательства охватывают отказ от обращения за защитой не только в национальные, но и международные инстанции (если представить, что соответствующее государство признает их юрисдикцию).

²⁰ См., например: *Brownfields Covenant Not to Sue Program*. URL: <https://www.mass.gov/brownfields-covenant-not-to-sue-program> (дата обращения: 28.03.2024).

²¹ Например, в постановлении по заявлению князя Лихтенштейна против Германии, суды которой отказались наложить взыскание на ранее принадлежащую его семье картину (национализирована Чехословакией в 1945 году), ЕСПЧ не нашел нарушений статьи 6 Конвенции с учетом положений Конвенции об урегулировании споров, возникающих вследствие военных действий и оккупации, заключенной между США, Великобританией, Францией и ФРГ в 1952 году. См.: ECtHR. *Prince Hans-Adam II of Liechtenstein v. Germany* (Application no. 42527/98). Judgment of 12 July 2001.

²² Соглашение изложено в терминах скорее гражданско-правовой сделки, чем классического межгосударственного договора.

²³ Соглашение о взаимном урегулировании претензий и освобождении от ответственности (заключено 10 февраля 1960 года между Правительством Союза Советских Социалистических Республик, Правительством Соединенных Штатов Америки и Амторг Трейдинг Корпорэйшен), официально не опубликовано (СПС Гарант).

²⁴ Был вынужден зарегистрироваться в связи с этим в США как «иностранный агент», когда отношения бывших союзниц по антигитлеровской коалиции окончательно охладели. См.: <https://www.nytimes.com/1949/12/09/archives/amtorg-registers-as-a-foreign-agent.html> (дата обращения: 23.07.2024).

²⁵ Постановление Федерального арбитражного суда Уральского округа от 07.05.2014 № Ф09-2364/14 по делу № А71-9314/2013.

суд указал, что на основе принципа обязательности судебных постановлений должник должен исполнить требования, независимо от того, предоставил ли взыскатель ему исполнительный лист или нет (об этом упоминал и ЕСПЧ в процитированных в «сербском» постановлении актах).

Российские суды фактически установили запрет на отказ от любого права и любые соглашения, которые приводят к воздержанию от осуществления права (в том числе на подачу иска) одной из сторон, если отказ прямо не разрешен законом. Такая позиция объясняется в литературе отсутствием серьезных теоретических исследований по данному вопросу и «поверхностным» подходом к проблеме, как и к толкованию соответствующих норм отечественного законодательства: п. 2 ст. 9 ГК РФ и ч. 3 ст. 4 АПК РФ²⁶. В силу последней, как известно, «отказ от права на обращение в суд недействителен²⁷». Видимо, поэтому в судебной практике можно оспорить акт приемки-передачи товара или работ в той части, в которой потребитель их «принимает и отказывается от всех требований и претензий»²⁸ (наверняка читатель, как и автор, не раз такие бумаги подписывал).

Примечательно, что российские высшие суды занимают более осторожную позицию, старательно, по примеру ЕСПЧ, избегая прямого ответа на интересующий нас вопрос. При этом они используют почти те же самые процессуальные приемы, что страсбургские и белградские судьи. Так, Конституционный Суд РФ посчитал, что упомянутые нормы ГК РФ и процессуальных кодексов сами по себе не могут рассматриваться как нарушающие конституционные права заявителя в деле, в котором суд первой инстанции решил, что иск о признании недействительными условий соглашения, предусматривающих отказ от судебной защиты, представляет собой недобросовестное поведение, а оценка фактических обстоятельств, послуживших основанием для применения тех или иных законоположений, к компетенции КС РФ не относится²⁹. Верховный Суд РФ, когда к нему поступило описанное выше «уральское» дело, определил, что доводы о правомерности ограничения права на принудительное исполнение решения суда гражданско-правовым договором, не обличенным в форму мирового соглашения, «не являются достаточным основанием для пересмотра судебных актов»³⁰.

Завершим краткий обзор национальных позиций по отношению к преднамеренному отказу от права на иск Южно-Африканской Республикой. В 2016 году ее Конституционный суд вынес решение по делу, которое также переключается с приведенным в начале статьи «сербским» делом³¹. В нем работник безуспешно оспаривал как противоречащее публичному порядку соглашение, в силу которого он был уволен за обман при приеме на работу без проведения обычных дисциплинарных процедур, при этом отказавшись от судебной защиты прав. Южноафриканские судьи (включая высшей инстанции) отказали в иске, заметив, что работник, как квалифицированный и опытный специалист (до увольнения он был директором по персоналу), должен был понимать существо обязательств, принимаемых по соглашению, которое предусматривало полное и окончательное урегулирование с работодателем. Примечательно, что, как следует из решения, вопрос о допустимости таких соглашений в южноафриканском праве, как и в российском, прямо не урегулирован, и участники процесса оперировали только общими нормами, в том числе конституционными.

Конституционный суд ЮАР, отказывая в рассмотрении дела по существу, обратил внимание, что возможность свободно урегулировать споры на взаимосогласованных условиях — такой же принцип публичного порядка, как и доступ к суду. Заявитель добровольно подписал соглашение и четко понимал, об отказе от исков какого рода идет речь³². Общество, как и суды, должно быть

²⁶ См.: Бойко Т. С. Указ. соч.

²⁷ Аналогичная формулировка содержится в ч. 2 ст. 3 ГПК РФ. Часть 2 ст. 4 КАС РФ сформулирована менее категорично: «*принуждение к отказу от права на обращение в суд является недопустимым*».

²⁸ См., например: Постановление Арбитражного суда Московского округа от 06.08.2020 № Ф05-21569/2018 по делу № А41-88538/2017.

²⁹ Определение Конституционного Суда РФ от 26.02.2021 № 240-О «Об отказе в принятии к рассмотрению жалобы гражданина Соколова Геннадия Борисовича на нарушение его конституционных прав пунктом 2 статьи 9 Гражданского кодекса Российской Федерации, частью второй статьи 3 Гражданского процессуального кодекса Российской Федерации, частью 3 статьи 4 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации».

³⁰ Определение Верховного Суда РФ от 02.09.2014 № 309-ЭС14-876 по делу № А71-9314/2013.

³¹ *Gbenga-Oluwatoye v Reckitt Benckiser South Africa (Pty) Limited and Another* [2016] ZACC 33.

³² В прошлогоднем английском решении по отчасти схожим с «сербским» делом обстоятельствам (работник оспаривал отказ от будущих судебных исков в соглашении с работодателем) судья признал отказ законным и подлежащим исполнению, так как можно было понять, от каких конкретно требований обещано отказаться (начисление выплат по

заинтересовано в обеспечении соблюдения таких соглашений. Даже если положение, исключающее доступ к суду, само по себе недействительно, заявитель все равно должен был проиграть спор. Это связано с тем, что он заключил имеющее юридическую силу соглашение, которое окончательно урегулировало его отношения с работодателем.

Завершая этот раздел статьи, отметим отсутствие универсального подхода к стандарту правовой оценки обязательства не судиться, содержащегося в соглашении между жертвой и нарушителем. Зачастую в ход идут соображения, которые можно описать словами Верховного суда США: «больше, чем интуиция, но меньше, чем последовательная и ясная теория»³³. Попробуем внести если не ясность, то чуть больше последовательности.

3. «Не помахивал — тонул»: от чего можно отказаться, а от чего — нельзя?

Один автор сравнил канадских обвиняемых, отказывающихся от конституционных прав в уголовном процессе, с героем известного английского стихотворения, во взмахах рук которого окружающие не разглядели предсмертную попытку не уйти на дно³⁴.

Важно не запутаться в понятиях и определить, от каких конкретно прав заявляется отказ. Это позволит приблизиться к универсальной модели договорного отказа от права на защиту, опирающейся на то, что в литературе по международному разрешению споров называют «транснациональный публичный порядок» (англ.: *transnational public policy*)³⁵. Для этого представим потенциальные модели регулирования отказа от обращения к суду по гражданскому делу.

Первая модель: общий запрет. Не допускаются как сами соглашения, предполагающие заранее обещанный отказ от имеющихся и будущих судебных требований, так и ссылки на такие соглашения в суде как основание отказа в рассмотрении дела. Соглашение об отказе объявляется недействительной сделкой, противоречащей закону. Такой подход прослеживается в приведенных решениях российских судов и является объектом критики, сводящейся в основном к следующему. Во-первых, необходимо разграничивать отказ от права на иск и отказ от его осуществления³⁶ (заметим, такое отграничение, имеющее догматическую основу, выглядит искусственным), во-вторых, практика ищет и находит пути обхода общего запрета через другие правовые конструкции, например, медиативные соглашения и оговорки о признании нарушения и прощении долга³⁷.

Что более важно, затруднительно установить, какие соображения правовой политики могли бы оправдать общий запрет добровольного отказа от подачи иска. Абстрактное утверждение, что природа правосудия, безусловно, исключает изменение порядка и условий доступа к нему соглашением частных лиц, несостоятельно с учетом допустимости, например, уже упомянутых арбитражных соглашений, которыми нивелируется компетенция государственного суда. Предвосхищая контрдовод, что арбитражным соглашением стороны не отказываются от защиты вовсе, а только переносят ее в арбитраж при наличии над ним, хоть и ограниченных, форм судебного контроля³⁸, отметим, что, при свободе сторон в выборе арбитров и размытых стандартах

нетрудоспособности), однако отметил, что допустим не любой отказ от будущих исков. Например, противоречил бы публичным интересам заранее обещанный отказ от защиты потенциальной жертвы сексуальных домогательств. См.: *Ian Clifford v IBM United Kingdom Ltd*: 3302436/2022. UK Employment Tribunal decision, dated 28 March 2023. https://assets.publishing.service.gov.uk/media/645bab28479612000cc2936b/Mr_I_Clifford_v_IBM_United_Kingdom_Limited_3302436.2022_OPN_Judgment.pdf (дата обращения: 23.07.2024).

³³ *Valley Forge Christian College v. Americans United for Separation of Church and State, Inc.*, 454 U.S. 464, 471–476 (1982).

³⁴ Young A. "Not Waving But Drowning": A Look at Waiver and Collective Constitutional Rights in the Criminal Process // *Saskatchewan Law Review*. 1988. Vol. 53. № 1. P. 47–112. Речь о стихотворении британской поэтессы Флоренс Маргарет Смит, впервые опубликованном в 1957 году. URL: <https://www.litcharts.com/poetry/stevie-smith/not-waving-but-drowning#:~:text=%22Not%20Waving%20but%20Drowning%22%20is,inner%20feelings%20and%20outward%20appearance> (дата обращения: 23.07.2024). См. русский перевод: <https://stihi.ru/2019/02/10/9503> (дата обращения: 23.07.2024).

³⁵ См., например: Brekoulakis S. *Transnational Public Policy in International Arbitration* / Chapter 5. *The Oxford Handbook of International Arbitration*. Oxford, 2020. P. 120–149; Kleinheisterkamp J. *The Myth of Transnational Public Policy in International Arbitration* // *American Journal of Comparative Law*. 2023. Vol. 71. P. 98–141.

³⁶ См.: Ноздрачева А. Ю. *Обзор судебной практики по вопросу соотношения института прощения долга со смежными правовыми конструкциями* // *Вестник экономического правосудия Российской Федерации*. 2019. № 7. С. 202–223.

³⁷ См., например: Быканов Д. *Отказ от права на обращение в суд. Как отстоять правомерность такого соглашения*. URL: https://imgplaw.ru/upload/AP01_036-038.pdf (дата обращения: 23.07.2023).

³⁸ См.: Юдин А. В. *Недействительность отказа от права на обращение в суд в цивилистическом процессе: теоретико-практические проблемы* // *Вестник гражданского процесса*. 2017. № 3. С. 11–33.

арбитража он может легко превратиться в профанацию³⁹, а наличие оговорки об окончательности арбитражного решения⁴⁰ дает возможность государственному суду оценить его исключительно по узкому кругу процессуальных оснований и только при необходимости принудительного исполнения. Но несмотря на возможные злоупотребления, на международном (в том числе в практике применения статьи 6 Конвенции⁴¹) и национальном уровне последовательно поддерживается свобода сторон отказаться от государственного правосудия в пользу третейского, с учетом того, что, как справедливо отметил Конституционный суд ЮАР, для публичного порядка свобода договора не менее важна, чем доступ к суду.

Тяжело совместить общий запрет на отказ от права на иск и с институтом заявления о пропуске исковой давности, во всех странах обязательного для суда, который в таком случае должен вынести решение об отказе в иске (не проверяя соблюдение закона и прав иных лиц, как при утверждении мирового соглашения или отказа от иска в самом процессе). Отмечается, что стороны вправе заблаговременно заключить соглашения о неприменении исковой давности. Как показывает мировая практика, такие соглашения обычно подписываются, когда между сторонами спора ведутся переговоры о его урегулировании, при этом давность на исходе, а истец еще не определился с перспективой предъявления требования. Согласимся с В. А. Мусиным, что указанное соглашение не охватывается запретом, содержащимся в российских процессуальных кодексах, и при отсутствии доказательств недобровольности заранее обещанного отказа от заявления о пропуске исковой давности соответствующее ходатайство ответчика должно быть оставлено судом без рассмотрения⁴².

Абсурдность запрета на отказ от права на иск в виде общего правила может быть подтверждена и простейшим мысленным экспериментом. Представим себе, что стороны трудового договора решили расстаться «по-доброму»: работник получает компенсацию и дает расписку, что обещает не обращаться в суд против работодателя, который до этого пытался заставить его уйти, угрожая увольнением за прогулы. После получения отступного работник уволился, но через пару недель решил, что компенсация недостаточна, и обратился в суд с требованием о восстановлении на работе. Суд со ссылкой на законодательный запрет отказа от защиты не принял заявление работодателя, что сотрудник обещал не подавать иск, и вынес решение о его удовлетворении. После этого взыскатель (работник) договорился с должником (работодателем), что на следующий день после формального восстановления на работе тот снова издаст приказ об увольнении, но уже по соглашению сторон, в силу которого взыскатель получит еще одну щедрую выплату.

Получается, что закон любой ценой обеспечивает номинальную свободу заявления иска (несмотря на действительные отношения сторон), при этом его волнует намного меньше, не злоупотребляет ли истец своим правом, как будет исполнено решение суда⁴³, да и будет ли вообще исполнено⁴⁴? Не справедливее было бы в нашем примере сразу отказать в принятии иска к рассмотрению? Каким интересам публичного порядка это противоречило бы?

Вторая модель: гражданское право разрешает, а процессуальное — нет. Вторая модель регулирования отказа от права на иск исходит из того, что материальное право (прежде всего

³⁹ См., например: Гальперин М. Л., Косцов В. Н. *Арбитражный скандал, интрига и расследование: комментарий к решению Высокого суда Англии и Уэльса по делу P&I Developments Limited vs Republic of Nigeria* // Закон. 2024. № 3. С. 112–121.

⁴⁰ Статья 40 Федерального закона от 29.12.2015 № 382-ФЗ «Об арбитраже (третейском разбирательстве) в Российской Федерации».

⁴¹ «Не может требоваться Конвенцией чтобы национальные суды обеспечивали, что арбитражное разбирательство соответствует статье 6. В некотором смысле — в частности, что касается гласности — ясно, что арбитражное разбирательство зачастую даже не предназначено для того, чтобы соответствовать статье 6, а арбитражное соглашение влечет за собой отказ от полного применения этой статьи...». *NORDSTRÖM-JANZON and NORDSTRÖM-LEHTINEN v. Netherlands* (Application No. 28101/95). См. также: *Tabbane v. Switzerland* (Application No. 41069/12).

⁴² Мусин В. А. *О применении исковой давности* // Арбитражные споры. 2013. № 3. С. 87–93.

⁴³ До недавнего времени взыскатель в любой момент без объяснения причин мог отозвать исполнительный лист и предъявить его вновь. См.: п. 1 ч. 1 ст. 46 Федерального закона от 02.10.2007 № 229-ФЗ «Об исполнительном производстве» в редакции до вступления в силу Федерального закона от 21.12.2021 № 417-ФЗ «О внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации».

⁴⁴ Международные суды (включая ЕСПЧ) зачастую считают свою миссию завершённой в момент опубликования решения. То, как оно будет реально выполнено (или не выполнено) их касается в самых редких случаях (они часто не имеют не только желания, но и полномочий сами контролировать исполнение), что возвращает сторонам полную свободу в пост-юрисдикционной стадии.

гражданское, но, например, и трудовое тоже) такое соглашение допускает, однако оно имеет исключительно материально-правовые, но не процессуальные последствия. Такой подход можно продемонстрировать на примере следующего дела, рассмотренного Международным коммерческим арбитражным судом при Торгово-промышленной палате Российской Федерации (далее — МКАС). Кыргызстанский предприниматель (продавец) и российская компания (покупатель) заключили договор о приобретении доли в уставном капитале юридического лица. Договором продавец принял на себя обязательство «окончательно отказаться от любых прав и требований, которые могут иметься... в связи с настоящим договором», и возместить контрагенту убытки и издержки, возникшие в результате нарушения заверений продавца, в том числе о том, что не существует непогашенной задолженности лица, доля в уставном капитале которого перешла по договору к российской компании⁴⁵. В дальнейшем предприниматель обратился в МКАС с иском к компании, требуя уплаты причитающейся ему покупной цены. Ответчик заявил встречный иск, указав, что предприниматель нарушил свои обязательства по договору, после заключения которого взыскал в суде с юридического лица, доля в котором перешла к компании, задолженность по займу, о котором покупатель не знал.

В этом деле международные арбитры указали, что обязательство отказаться от требований эквивалентно обязанности воздержаться от совершения определенных действий (статья 307 ГК РФ). Довод предпринимателя, что соответствующее условие нарушает п. 2 ст. 9 ГК РФ (и потому недействительно), является злоупотреблением правом. По общему правилу, даже если в соответствии с заключенным договором сторона обязалась воздерживаться от совершения определенных действий, она в принципе не может быть лишена права на их совершение. Однако это не означает, что совершение запрещенных договором действий (предъявление требований в суд) не может быть квалифицировано как правонарушение в отношениях между лицом, обязавшимся воздерживаться от совершения действий, и его контрагентом. В иске о взыскании долга не могло быть отказано со ссылкой на договорное обязательство истца не предъявлять требования. Но предприниматель обязан возместить компании убытки, причиненные неисполнением принятого на себя негативного обязательства. Такими убытками признается присужденная в его пользу сумма.

Казалось бы, вот оно — соломоново решение, четко разделяющее материально-правовые и процессуальные последствия договорного отказа. Но, несмотря на кажущиеся изящество и привлекательность такого подхода, им вряд ли можно удовлетвориться.

Во-первых, согласимся с А. Г. Карапетовым и А. А. Павловым: «Некоторые юристы считают, что... нормы ГПК РФ и АПК РФ запрещают отказ от права на иск, но не запрещают обязательство не подавать иск, и при наличии такого обязательства иск может быть подан и удовлетворен, но ответчик может заявить требование о взыскании убытков или штрафа в связи с нарушением такого негативного обязательства. Эта конструкция действительно принципиально отличается от отказа от права на иск и, казалось бы, может быть допущена, ведь право на иск не пресекается, но истец будет нести договорную ответственность за нарушение своего негативного обязательства. Но кажется, что рассмотрение судом иска, который истец обязался не подавать, и встречного иска о взыскании убытков или неустойки за нарушение такого негативного обязательства, выглядит несколько нелепо»⁴⁶.

Во-вторых, не подрываются ли цели правосудия последующим возвратом ответчику истцом всего взысканного с первого в качестве убытков без отмены первоначального судебного решения?

Наконец, в-третьих, не будет ли возможность иска об «обратном взыскании» (не только основной суммы, но и процентов, неустоек и судебных издержек) *a priori* давлением на первоначального истца (вспомним позицию ЕСПЧ в «сербском» постановлении о недопустимости вмешательства в реализацию права на индивидуальную жалобу)? Готов ли международный суд к тому, что назначенная им заявителю компенсация за нарушение прав и свобод вскоре будет взыскана национальным судом обратно ответчику?

⁴⁵ Решение Международного коммерческого арбитражного суда при Торгово-промышленной палате Российской Федерации от 1 августа 2017 года № 244/2016.

⁴⁶ Комментарий к ст. 415 ГК РФ // Исполнение и прекращение обязательства: комментарий к статьям 307–328 и 407–419 Гражданского кодекса Российской Федерации / А. О. Батищев, А. А. Громов, А. Г. Карапетов и др.; отв. ред. А. Г. Карапетов. М., 2022 (авторы комментария — А. Г. Карапетов и А. А. Павлов).

Третья модель: можно почти все. Последняя модель предполагает допустимость как материально-правового соглашения об отказе от судебной защиты, так и ссылки на него в суде как основание не возбуждать дело, то есть признание за соглашением процессуальных последствий. Вместе с тем, как показывает приведенный выше анализ национальной практики, свобода заключения такого соглашения не может быть безграничной. Есть определенные условия его действительности и принятия судом во внимание (или, по аналогии с трансграничным механизмом признания арбитражных решений⁴⁷, условия *непринятия*). Какими могут быть эти универсальные условия, пригодные как для международного, так и национального правосудия?

4. Форма и содержание

Прежде чем перейти к содержанию таких условий, ответим на важный формальный вопрос: где они могут быть юридически закреплены? Можно ли им найти место в источниках международного права?

На современном этапе международное право не регулирует вопросы недействительности частноправовых соглашений, даже тех, которые потенциально связаны с осуществлением (или отказом от осуществления) международно-признанных прав и свобод и использованием надгосударственных форм их юрисдикционной защиты. Перефразируя слова Международного Суда в консультативном заключении о соответствии международному праву декларации независимости Косово⁴⁸, соглашения об урегулировании и отказе от судебной защиты не противоречат международному публичному праву, поскольку в нем не обнаруживаются нормы, которые прямо запрещали бы подписание соглашений с таким названием. Таким образом, гражданско-правовая действительность (и недействительность) рассматриваемых соглашений остается всецело на усмотрение национальных законодателей и судов, притом что выше мы не смогли найти ни одного весомого довода, что такие соглашения должны сами по себе признаваться недействительными⁴⁹. Вместе с тем, с учетом необходимости гармонизированного понимания договорного отказа от иска, в том числе с позиций международного частного права и международного гражданского процесса (например, при предъявлении ответчиком в суд одного государства подписанного с иностранным истцом соглашения об урегулировании, подчиненного праву другого государства), востребована международная конвенция, регулирующая вопросы трансграничного признания таких соглашений⁵⁰ (по типу Гаагской конвенции 2005 года в отношении соглашений о выборе суда⁵¹ или Женевского протокола 1923 года об арбитражных оговорках⁵²).

Переходя от материально-правовых к процессуальным аспектам потенциальной модели отказа от защиты, отметим, что здесь международное право может иметь большее значение как в смысле установления общего стандарта *due process* для оценки соответствующих соглашений национальными судами при решении вопроса о принятии к рассмотрению требования, от которого

⁴⁷ Статья V Конвенции Организации Объединенных Наций о признании и приведении в исполнение иностранных арбитражных решений (Заключена в г. Нью-Йорке в 1958 году).

⁴⁸ Accordance with International Law of the Unilateral Declaration of Independence in Respect of Kosovo. Advisory Opinion, I.C.J. Reports 2010. P. 403.

⁴⁹ Даже сторонники всеобъемлющего запрета на отказ от процессуального права на иск вынуждены признать, что запрет не может быть абсолютным. Так, А.В. Юдин, сначала указывая, что «...отказ от процессуального права на предъявление иска (а равно любые сходные формы отречения от процессуальных прав, например отказ от встречного иска) является недопустимым, и положение о недействительности отказа от права на обращение в суд должно трактоваться именно в соответствии со своим буквальным смыслом», в итоге оговаривается, что «...отказ от претензий (притязаний, требований и т.п.)... должен каждый раз оцениваться в контексте нарушения им процессуальной нормы о недействительности отказа от права на обращение в суд. Правоприменительный орган должен оценить действительную направленность воли сторон соглашения, содержащего подобное условие... и, установив имевшийся факт распоряжения субъективным гражданским материальным правом, дать ему соответствующую оценку с точки зрения последовательности поведения субъекта гражданских правоотношений и недопустимости отступления от данных лицом гарантий и заверений». См.: Юдин А. В. Указ. соч.

⁵⁰ Предположим, что самое подходящее место для обсуждения такого документа — Гаагская конференция международного частного права (ГК МЧП). См.: Jurisdiction Project. URL: <https://www.hcch.net/en/projects/legislative-projects/jurisdiction-project> (дата обращения: 23.07.2024). Мы не настаиваем на идее об отдельной конвенции, может быть достаточным включить соответствующие положения в более общий документ, например, конвенцию о судебной юрисдикции, над которой ведет работу ГК МЧП.

⁵¹ The Convention of 30 June 2005 on Choice of Court Agreements (HCCH 2005 Choice of Court Convention). Российская Федерация не участвует.

⁵² Protocol on Arbitration Clauses. Geneva, 24 September 1923 // League of Nations Treaty Series. Publication of Treaties and International Engagements, registered with the Secretariat of the League of Nations. 1924. Vol. XXVII. № 1, 2, 3. P. 158–166. URL: <https://treaties.un.org/doc/Publication/UNTS/LON/Volume%2027/v27.pdf> (дата обращения: 23.07.2024).

был заявлен отказ, так и при определении международными трибуналами своей юрисдикции по таким делам. К примеру, Европейский Суд исходит из того, что «ни буква, ни дух статьи 6 Конвенции не препятствуют лицу выразенно или молчаливо отказаться по своей свободной воле от прав, вытекающих из гарантий надлежащего правосудия. Однако для того, чтобы быть признанным эффективным для целей Конвенции, отказ от права участвовать в процессе должен быть заявлен недвусмысленным образом и сопровождаться минимальными гарантиями, соразмерными его важности. Более того, он не должен противоречить каким-либо важным публичным интересам»⁵³, «право на суд... не является более абсолютным в уголовных и гражданских делах, оно сопровождается подразумеваемыми ограничениями... Во внутренних правовых системах государств отказ такого рода [от доступа к суду] часто встречается... в гражданских делах... тем не менее в демократическом обществе праву на суд придается слишком большое значение, чтобы его преимущества были утрачены исключительно на том основании, что физическое лицо является стороной соглашения об урегулировании... В сферах, затрагивающих публичный порядок государств-членов, любая мера или решение, предположительно нарушающие статью 6 [Конвенции], требует особенно тщательной оценки»⁵⁴.

Какой минимальный набор обстоятельств с учетом всего вышеуказанного мог бы потенциально оценивать суд (международный и национальный) для того, чтобы принять преднамеренный отказ от защиты? Наметим их здесь без детализации, «пунктиром».

Во-первых, недобросовестность заявителя. Подача иска в условиях ранее совершенного отказа от права требования может быть квалифицирована как злоупотребление. Недобросовестным предъявлением неосновательного иска процессуальная доктрина признает случаи, когда «лицо, заявляющее неосновательный иск, знает, что ему отыскиваемое право не принадлежит» (М. А. Гурвич)⁵⁵. Предъявляя иск, истец должен требовать судебной защиты нарушенного права. Если истец заведомо знает, что он права не имеет, то предъявление иска о его защите является злоупотреблением. Последствием является отказ в удовлетворении иска, а также возложение на истца судебных расходов как на лицо, злоупотребившее правом. В случаях, когда для всех очевидно заведомое отсутствие материального права, нет необходимости не только в рассмотрении по существу и принятии судебного решения, но и в подготовке дела. В этих случаях предоставление истцу процессуальных гарантий нарушает не только интересы ответчика заведомо необоснованным иском, но и права участников других дел, время рассмотрения которых сдвигается⁵⁶.

Во-вторых, добровольность отказа. Этот критерий связан с предыдущим, поскольку недобросовестным может считаться только тот заявитель, который нарушил добровольно принятое обязательство⁵⁷. Можно вообразить разные виды и формы прямого и косвенного принуждения, но здесь представляется резонным учитывать только факты обмана, насилия, угроз и неблагоприятных обстоятельств, по примеру большинства национальных правопорядков, устанавливающих основания для признания недействительными гражданско-правовых сделок (например, ст. 179 ГК РФ). Бремя доказывания таких обстоятельств лежит на лице, пытающемся вопреки соглашению об урегулировании обратиться к судебной защите. Стандарт доказывания при этом должен быть достаточно высоким. Так, возвращаясь к «сербскому» делу, исходя из данных в постановлении суда тяжело признать отказ заявителя от продолжения исполнительного производства кабальной сделкой (то есть заключенной на крайне невыгодных условиях, на которые лицо было вынуждено согласиться вследствие стечения тяжелых обстоятельств, чем другая сторона воспользовалась). То, что заявителю не платили надбавку к заработной плате (при этом «обычную» зарплату он получал), еще не повод считать его находящимся в состоянии крайней нужды, оправдывающей недействительность совершения им любых юридических действий. Другое дело, если бы отказ от требований был, к примеру, подписан после явной угрозы

⁵³ *Sejdovic v. Italy* [GC], 2006, § 86; *Dijkhuizen v. the Netherlands*, § 58.

⁵⁴ ECtHR. *Deweere v. Belgium* (Application no. 6903/75). Judgement of 27 February 1980. § 49.

⁵⁵ Цит. по: Лазарев С. В. *Отказ в судебной защите в случаях недобросовестного предъявления неосновательного (в материально-правовом отношении) иска // Арбитражный и гражданский процесс. 2023. № 7. С. 20–21.*

⁵⁶ Там же.

⁵⁷ «Отсутствие принуждения [к отказу от доступа к суду] в любом случае является одним из условий, которые должны быть выполнены; это продиктовано международным документом [Конвенцией], основанным на свободе и верховенстве права». ECtHR. *Deweere v. Belgium* (Application no. 6903/75). Judgement of 27 February 1980. § 49.

увольнения и лишения любых средств к существованию, с учетом того, что в рассматриваемый период безработица в Косово достигала 50 %⁵⁸. Но ЕСПЧ таких факторов в деле не обнаружил.

Говоря о подтверждении добровольности отказа соблюдением обязательной специальной формы, например, письменной при свидетелях, нотариальной либо утверждением договора об урегулировании судом как мирового соглашения, по нашему мнению, внешняя форма отказа как таковая не должна иметь решающего значения для его принятия судом.

В-третьих, осознанность и определенность отказа. Сторона, особенно когда речь идет о физических лицах, должна представлять, каких именно юридических возможностей себя лишает отказом от защиты, а у суда должна быть возможность с достаточной точностью определить, от каких требований и исков был заявлен отказ. При этом отказ может считаться осознанным и определенным, если требования описаны и родовыми признаками (например, любые иски, вытекающие из названного контракта или определенного случая причинения вреда). Безусловно, должен допускаться отказ как от требований, для которых уже возникли основания, так и от будущих. Сегодня трудно поверить, что арбитражные соглашения веками могли касаться только уже возникших разногласий и только в прошлом столетии повсеместно появилась законная возможность передавать в третейское разбирательство будущие споры⁵⁹. Вряд ли стоит проходить этот исторический путь заново с соглашениями об отказе от защиты.

Наконец, *в-четвертых, возмездность отказа.* Наличие встречного денежного или иного имущественного предоставления не является условием действительности отказа от права в тех правовых порядках, где он прямо урегулирован⁶⁰. Вместе с тем возмездность может быть включена в модель одностороннего отказа от защиты, которую мы конструируем как универсальную, если речь идет об отказе *от средства защиты, имеющего оценку* (взыскание убытков, компенсация морального вреда, вреда жизни и здоровью, окружающей среде, выплата заработной платы и пособий и т. п.). Кроме того, наличие встречных обязательств в соглашении об урегулировании позволяет говорить о том, что оно само по себе также является формой защиты нарушенного права. Хотя и в новированном внесудебном виде, требование пострадавшего лица удовлетворено денежной компенсацией, то есть защита права состоялась. Нельзя забывать, что отказ от защиты первоначального права (например, на компенсацию вреда здоровью) не означает отказ от защиты права, новированного соглашением об урегулировании (на получение компенсации в обмен на отказ от подачи иска)⁶¹. Стороны соглашения об урегулировании могут передать споры из него и в иной орган (в том числе третейский), нежели суд, который по общему правилу компетентен рассматривать первоначальный спор.

Однако трибунал, перед которым стоит вопрос об учете преднамеренного отказа заявителя от защиты, должен иметь ограниченные полномочия оценивать эквивалентность (соразмерность, справедливость, обоснованность) согласованной сторонами компенсации. Сами международные суды, как правило, присуждают номинальные выплаты (англ.: *non-pecuniary damages*) жертвам нарушений прав и свобод, размер которых не связан ни с личностью заявителя, ни с реальными материальными потерями, которые он понес⁶². В этом смысле показательно недавнее постановление, в котором ЕСПЧ присудил компании, которая почти 18 лет безуспешно пыталась исполнить в албанских судах вынесенное против этого балканского государства арбитражное решение на *полмиллиарда евро*, компенсацию за нарушение части 1 статьи 6 Конвенции в

⁵⁸ См.: Ukaj M., Dragusha B. *Unemployment and Labour Force Market in Republic of Kosova* // International Journal of Business and Social Research (IJBSR). 2013. Vol. 3. № 2. P. 125. URL: <https://thejournalofbusiness.org/index.php/site/article/view/80/79> (дата обращения: 23.04.2024).

⁵⁹ См.: Lew J., Loukas M., Kröll S. *Comparative International Commercial Arbitration*. The Hague, 2003. P. 100-101; *Overview of International Arbitration // On International Arbitration* / ed. by N. Blackaby, C. Partasides, A. Redfern, J. M. H. Hunter. Oxford, 2009. Para 1.50–1.51. URL: <https://www.international-arbitration-attorney.com/wp-content/uploads/Overview-of-International-Arbitration.pdf> (дата обращения: 23.07.2024).

⁶⁰ Бойко Т. С. *Указ. соч.*

⁶¹ В таком случае обращение за защитой первоначального права, а не новированного, как раз может быть признано недобросовестным и неосновательным иском, о котором писал М. А. Гурвич, так как первоначальное право в материальном смысле уже не существует, а заменено новым правом.

⁶² См., например: Fikfak V. *Non-Pecuniary Damages before the European Court of Human Rights: Forget the Victim; It's All about the State* // Leiden Journal of International Law. 2020. Vol. 33. P. 335–369. URL: <https://www.cambridge.org/core/journals/leiden-journal-of-international-law/article/nonpecuniary-damages-before-the-european-court-of-human-rights-forget-the-victim-its-all-about-the-state/911053A46DF3EFAE79F76C67E4ED2877> (дата обращения: 23.07.2024).

размере... 4 800 евро⁶³. Это «албанское» постановление роднит с «сербским», с которого мы начали статью, не только то, что оба датированы одним днем — 5 марта 2024 года, Албания граничит с Косово, откуда заявитель в первом деле, и в обоих случаях речь идет о части 1 статьи 6 Конвенции (право на суд), но и то, что от обращения за защитой к международному суду до вынесения решения прошло почти 15 лет, по итогам которых «Совесть Европы»⁶⁴ выдал короткие («албанское» «комитетское»⁶⁵ постановление в четыре раза меньше, чем эта статья, а «сербское» «палатное»⁶⁶ почти такое же) и «пустые» с точки зрения аргументации резолюции.

Заключение

Мы далеки от того, чтобы измерять значимость юридических текстов, включая постановления ЕСПЧ, их длиной. Наша статья не об этом. Ее цель — показать масштабные изменения, происходящие в восприятии системы юрисдикционной защиты прав на национальном и международном уровне. На смену судебному «романтизму», беззаветной вере в то, что любое нарушенное право обязательно будет защищено, приходит прагматичный взгляд на возможности правосудия⁶⁷. Если десятилетиями казалось, что основной формой защиты остается судебная, а остальные — ей альтернативными или дополняющими, то теперь зачастую жертва в отношениях с нарушителем должна «помочь себе сама», если не готова ждать годами разрешения своего дела, да еще рискуя получить в итоге «отписку» и символическую компенсацию (или даже просто «сатисфакцию» без выплаты), за реальное взыскание которой с ответчика еще предстоит побиться.

В этих условиях разного рода досудебные и внесудебные соглашения об урегулировании неизбежно будут получать распространение, и вскоре, как однажды сделки о признании вины в американском праве, превратятся из исключения в правило, в саму систему защиты⁶⁸. Посмеем предположить, что без условий о взаимном отказе от исков в национальные и международные трибуналы (и сторон соглашения, и всех их резидентов) не смогут обойтись и будущие межгосударственные соглашения об урегулировании конфликтов, свидетелями которых мы являемся сегодня.

Но фундамент таких договоренностей — придание юридической силы отказам от обращения с исками. На эти отказы, которые ведут свою историю со времен римского права, уже нельзя стыдливо закрывать глаза, или гневно отвергать их, считая угрозой судебным устоям. Стоит вопрос о выработке универсальных условий, форм, последствий окончательного отказа от возможности обращения в суд в материальном и процессуальном, частном и публичном, национальном и международном праве⁶⁹. И здесь не обойтись без продуманной позиции международных трибуналов, тем более поводов ее обозначить в поступающих лавиной делах предостаточно. В деле, с которого мы начали статью, Европейский Суд возможностью не воспользовался. Надеемся, следующую не придется ждать пятнадцать лет⁷⁰.

⁶³ Компания требовала присудить 100 000 евро в качестве компенсации вреда. См.: ECtHR. *Iliria S.R.L. v. Albania* (Application no. 31011/09). Judgement of 5 March 2024. Пожалуй, впервые в истории «комитетское» решение ЕСПЧ вызвало такой резонанс в среде специалистов по международному инвестиционному праву. См., например: <https://hsfnotes.com/arbitration/2024/03/25/enforcement-of-arbitral-awards-award-creditor-successfully-seeks-remedy-from-euro-pean-court-of-human-rights-for-albanias-extraordinary-delay-in-recognising-arbitral-award/>; <https://www.morganlewis.com/pubs/2024/04/iliria-srl-v-albania-landmark-decision-affirms-need-for-timely-justice> (дата обращения: 23.07.2024).

⁶⁴ Как почти официально называют ЕСПЧ. См., например: https://www.echr.coe.int/documents/d/echr/anni_book_content_eng (дата обращения: 23.07.2024).

⁶⁵ То есть вынесенное комитетом из трех судей, которые рассматривают категории дел, в отношении которых существует прочно утвердившаяся судебная практика. См.: Сицилианос Л.-А., Костопулу М.-А. *Индивидуальная жалоба в системе Европейской конвенции по правам человека*. М., 2020. С. 25.

⁶⁶ То есть вынесенное палатой из семи судей. Там же. С. 27.

⁶⁷ См., подробнее: Гальперин М. Л. *Ното iudicialis: краткая история завтрашнего правосудия. К юбилею А. И. Ковлера* // Журнал зарубежного законодательства и сравнительного правоведения. 2023. Т. 19. № 4. С. 153.

⁶⁸ См. выше цитату из решений Верховного Суда США по делу *Laffer v. Cooper*, 566 U.S. 156, 170 (2012).

⁶⁹ В рамках того, что названо в одной из статей «функциональным и более целостным подходом к отказу от прав» (англ.: *functional and more holistic approach to waiver of rights*). Grossi S. *Op. cit.* P. 1065.

⁷⁰ Последнему делу ЕСПЧ, в постановлении по которому сколь-либо аргументированно (но не полно и структурировано) изложена позиция о допустимости отказа от доступа к не-уголовному суду, скоро исполнится полвека. См.: ECtHR. *Deweere v. Belgium* (Application no. 6903/75). Judgement of 27 February 1980.

THE OBLIGATION NOT TO LITIGATE IN INTERNATIONAL AND NATIONAL LAW

GALPERIN M.

Mikhail Galperin — Doctor of Sciences in Law, Head of the Chair of International Justice at the School of International Law of the HSE University, Professor of the Department of Commercial Law and Process of the Research Center for Private Law named after S. S. Alekseev under the President of the Russian Federation, Head of the Scientific Direction "International Private and Public Law" of the Institute of Legislation and Comparative Law under the Government of the Russian Federation, Moscow, Russia (mgalperin@hse.ru).
ORCID: 0000-0002-3626-4548.

Abstract

The article demonstrates the general problem of the lack of universal legal criteria for the admissibility of agreements to waive claims in national courts and international tribunals. In the context of a global change in the perception of the dispute resolution system at the national and international levels, pre-trial and out-of-trial settlement agreements will inevitably become widespread, and soon, like plea bargains once in American law, will turn from the exception to the rule into the justice system itself. Future interstate agreements on the settlement of conflicts, which we are witnessing today, will not be able to do without conditions on the mutual waiver of claims to national and international tribunals (both the parties to the agreement and all "their" residents). The basis of such agreements is to give legal force to the final waivers contained therein. These refusals, which date back to the times of Roman law, can no longer be shamefully turned a blind eye, or angrily rejected, considering them a threat to legal foundations. Using historical examples, the practice of international and national tribunals, a mechanism for regulating waivers of claims and demands is modelled in the paper, which takes into account the provisions of private and public, material and procedural, national and international law, the need to ensure a balance, on the one hand, the protection of fundamental rights and freedoms, including the right of access to court, and on the other hand, freedom of contract.

Key words

settlement of international disputes, protection of human rights, access to justice, principle of subsidiarity, waiver of rights

Citation: Galperin M. Obyazatel'stvo ne sudit'sya v mezhdunarodnom i natsional'nom prave [The Obligation Not to Litigate in International and National Law] // Zhurnal VSHÉ po mezhdunarodnomu pravu (HSE University Journal of International Law). 2024. Vol. 2. № 2. P. 43–58.

<https://doi.org/10.17323/jil.2024.22261>

References / СПИСОК ИСТОЧНИКОВ

- Belov S. A. (2019) Natsional'nyy mekhanizm ispolneniya postanovleniy Evropeyskogo suda po pravam cheloveka (na primere Rossii) [National mechanism of enforcement of judgments of the European Court of Human Rights (on the example of Russia)]. *Zakon*, no. 6, pp. 77–92. (In Russian).
- Boyko T. S. (2012) Otkaz ot prava i vozderzhanie ot osushchestvleniya prava: rossiyskiy i anglo-amerikanskiy podhody [Waiver of right and abstention from exercise of right: Russian and Anglo-American approaches]. *Zakon*, no. 3, pp. 133–145. (In Russian).
- Brauch M. D. (2017) Exhaustion of Local Remedies in International Investment Law. International Institute for Sustainable Development: IISD Best Practices Series January. Available at: <https://www.iisd.org/sites/default/files/publications/best-practices-exhaustion-local-remedies-law-investme nt-en.pdf>.
- Brekoulakis S. (2020). Transnational Public Policy in International Arbitration. In: *The Oxford Handbook of International Arbitration*. Oxford, pp. 120–149.
- Dedov D. I., Gadzhiev Kh. I. (2019). Obzor praktiki Bol'shoy palaty Evropeyskogo suda po pravam cheloveka (dekabr' 2018 g. – yanvar' 2019 g.) [Review of the jurisprudence of the Grand Chamber of the European Court of Human Rights (December 2018-January 2019)]. *Zhurnal zarubezhnogo zakonodatel'stva i sravnitel'nogo pravovedeniya*, no. 3, pp. 113–123. (In Russian).
- Fikfak V. (2020) Non-pecuniary Damages before the European Court of Human Rights: Forget the Victim; It's All about the State. *Leiden Journal of International Law*, no. 33, pp. 335–369.

Gal'perin M. L. (2023) Homo iudicialis: kratkaya istoriya zavtrashnego pravosudiya. K yubileyu A. I. Kovlera [Homo iudicialis: a brief history of tomorrow's justice. To the anniversary of A. I. Kovler]. Zhurnal zarubezhnogo zakonodatel'stva i sravnitel'nogo pravovedeniya, vol. 19, no. 4, pp. 149–154. (In Russian).

Gal'perin M. L., Kostsov V. N. (2024) Arbitrazhnyy skandal, intriga i rassledovanie: kommentariy k resheniyu Vysokogo suda Anglii i Uèl'sa po delu P&I Developments Limited vs Republic of Nigeria [Arbitration scandal, intrigue and investigation: commentary on the High Court of England and Wales judgment in the case of P&I Developments Limited vs Republic of Nigeria]. Zakon, no. 3, pp. 112–121. (In Russian).

Gribetz J., C. Reig S. C. (2020). The Swiss Banks Holocaust Settlement. In: Reparations for Victims of Genocide, War Crimes and Crimes against Humanity. Leiden, pp. 169–202.

Grossi S. (2012). The Waiver of Constitutional Rights. Houston Law Review, no. 60, pp. 1021–1066.

Jos J. (2022). Legal Waivers in Settlement Agreements: Implications on Access to Remedies in Business and Human Rights. Journal of Human Rights, vol. 21, no. 5, pp. 639–653.

Kleinheisterkamp J. (2023). The Myth of Transnational Public Policy in International Arbitration. American Journal of Comparative Law, vol. 71, pp. 98–141.

Lazarev S. V. (2023) Otkaz v sudebnoy zashchite v sluchayakh nedobrosovestnogo pred'yavleniya neosnovatel'nogo (v material'no-pravovom otnoshenii) iska [Denial of judicial protection in cases on unfair filing of a claim that is unjustified (from the substantive standpoint)]. Arbitrazhnyy i grazhdanskiy protsess, no. 7, pp. 20–21. (In Russian).

Lobba P. (2015) Holocaust Denial before the European Court of Human Rights: Evolution of an Exceptional Regime. The European Journal of International Law, vol. 26, no. 1, pp. 237–253.

Musin V. A. (2013) O primeneniі iskovoy davnosti [On the application of the statute of limitations]. Arbitrazhnye spory, no. 3, pp. 87–93. (In Russian).

Nozdrachyova A. Yu. (2019) Obzor sudebnoy praktiki po voprosu sootnosheniya instituta proshcheniya dolga so smezhnymi pravovymi konstruktsiyami [Review of judicial practice on the correlation of the institution of debt forgiveness with related legal constructions]. Vestnik èkonomicheskogo pravosudiya Rossiyskoy Federatsii, no. 7, pp. 202–223.

Panokin A. M. (2017) Kriterii èffektivnosti rossiyskogo nadzornogo proizvodstva, vyrabotannye Evropeyskim sudom po pravam cheloveka [Criteria for the effectiveness of Russian supervisory review proceedings developed by the European Court of Human Rights]. Mezhdunarodnoe ugovnoe parvo i mezhdunarodnaya yustitsiya, no. 6, pp. 3–6. (In Russian).

Rekhtina I. V. (2022) Standard pravovoy opredelennosti grazhdanskogo sudoproizvodstva Rossii i Frantsii [Standard of legal certainty in civil proceedings in Russia and France]. Arbitrazhnyy i grazhdanskiy protsess, no. 3, pp. 56–60. (In Russian).

Tyazhbin M. D. (2021) Soglashenie kreditorov odnogo dolzhnika o subordinatsii v sisteme chastnogo prava [Subordination agreement of creditors of the same debtor in the private law system]. Vestnik grazhdanskogo prava, no. 3, pp. 7–107.

Ukaj M., Dragusha B. (2013) Unemployment and labour force market in Republic of Kosova. International Journal of Business and Social Research, vol. 3, no. 2, pp. 122–130.

Young A. N. (1988) 'Not Waving But Drowning': A Look at Waiver and Collective Constitutional Rights in the Criminal Process. Saskatchewan Law Review, vol. 53, no. 1, pp. 47–112.

Yudin A. V. (2017) Nedeystvitel'nost' otkaza ot prava na obrashchenie v sud v tsivilisticheskom protsesse: teoretiko-prakticheskie problemy [Invalidity of waiver of the right to appeal to the court in civilised process: theoretical and practical problems]. Vestnik grazhdanskogo protsessa, no. 3, pp. 11–33. (In Russian).

КОЛЛЕКТИВНЫЕ ИСКИ В ЕВРОПЕЙСКОМ СОЮЗЕ: ИСТОРИЯ РАЗВИТИЯ И СОВРЕМЕННОЕ РЕГУЛИРОВАНИЕ

СУТОРМИН Н. А.

Сутормин Никита Александрович — кандидат юридических наук, доцент кафедры гражданского права и процесса Института права и национальной безопасности Российской академии народного хозяйства и государственной службы при Президенте РФ, Москва, Россия (nsutormin@mail.ru).
ORCID: 0000-0003-1071-5029.

Аннотация

Статья посвящена истории развития и современному состоянию института коллективного иска в праве Европейского союза и охватывает как основные источники его регулирования, действующие в настоящее время, так и связанные с ними подготовительные документы. Анализируя путь, пройденный институтом коллективного иска, автор приходит к выводу, что его положение в общей системе регулирования права ЕС заметно укрепляется, а возможности расширяются за счет включения новых областей регулирования и компенсаторных способов защиты. При этом коллективный иск в ЕС имеет уникальные черты, учитывающие правовые традиции государств-членов. Принятые итоговые документы заслуживают высокой оценки, но при этом все же дают поводы для критики и еще далеки от совершенства. В качестве положительных сторон сложившегося регулирования коллективных исков в ЕС обращает на себя внимание, что принятые Европейской комиссией директивы в целом отвечают европейскому правопорядку и учитывают реальные возможности отдельных государств-членов. В качестве прогрессивных шагов в области общего регулирования коллективных исков в ЕС в сфере защиты прав потребителей отмечается внедрение компенсаторных мер, гибкий механизм выбора формы участия истцов для государств-членов, внедрение информационных технологий оповещения и регистрации истцов. Вместе с тем автор критически оценивает саму модель организационного группового иска, выбранную в ЕС, и замечает, что не решенной по сути осталась проблема параллельных разбирательств. В заключительном разделе статьи на примере ФРГ кратко анализируется имплементация последней директивы ЕС в области представительских исков по потребительским спорам. Делается вывод о том, что подходы, выработанные в ЕС, имеют ценность для России как члена Евразийского экономического союза, поскольку международного регулирования коллективных процедур в рамках ЕАЭС не предусмотрено, а потребность в них, безусловно, есть.

Ключевые слова

коллективный иск, групповой иск, коллективное возмещение, Европейский союз, директива, потребительские споры, антимонопольные споры, информационные технологии в правосудии

Для цитирования: Сутормин Н. А. Коллективные иски в Европейском союзе: история развития и современное регулирование // Журнал ВШЭ по международному праву (HSE University Journal of International Law). 2024. Т. 2. № 2. С. 59–71.

<https://doi.org/10.17323/jil.2024.22262>

Введение: европейское понимание коллективных исков и процедур

В европейском политическом и правовом дискурсе проблему коллективных исков принято рассматривать в более широком контексте, чем во всем остальном мире. Однако так было не всегда. В ходе развития общеевропейского видения коллективных процедур механизм приобретал различные названия и формулировки¹. В настоящее время во всех основных документах о коллективных процедурах ЕС фигурирует не термин «коллективные иски» (англ.: *collective actions*), а термин «механизмы коллективного возмещения» (англ.: *collective redress mechanisms*). Объясняя такую подмену понятий, К. Ходжес указывает на аксиоматическое представление о том, что главным в коллективных процедурах должно стать возмещение как надлежущая их цель. Используемый термин, таким образом, охватывает более широкий спектр механизмов, который, помимо судебных, включает участие государственных органов в коллективной защите, схемы возмещения без вины, бизнес-практики и кодексы поведения, медиацию и иные формы альтернативного разрешения споров, а также добровольное исполнение. Следовательно, концептуально термин «коллективное возмещение» более ориентирован на результаты, чем на

¹ Sahin E. *Collective Redress and EU Competition Law (Routledge Research in Competition Law)*. Routledge, 1st ed., 2018. P. 5.

механизм коллективного иска, хотя охватывает в самой полной мере и его². Как справедливо замечает исследователь С. Фут, «европейские политики воздерживаются от обсуждения “групповых исков”, поскольку они вызывают присущий американскому стилю образ оскорбительных судебных тяжб — именно то, чего европейский законодатель желает избежать любой ценой»³.

Необходимо учитывать, что возникновение группового иска и производства в США, откуда они распространились по всему миру, было во многом продиктовано культурными, социальными, психологическими⁴ и политическими обстоятельствами. Исторические условия заселения Америки требовали высокой активности и личной инициативы граждан, вследствие чего в США большую роль стали играть юридические механизмы защиты их прав (жизни, свободы и имущества), то есть индивидуализм, дополняемый состязательностью процесса. Это повлияло на всю структуру механизма гражданского судопроизводства (условное вознаграждение, отказ от принципа возмещения судебных расходов «проигравший платит», штрафные убытки по частным искам, суд присяжных, раскрытие доказательств до судебного разбирательства, возможность адвокатов рекламировать свои услуги и прочее). Перечисленные особенности американского процесса ориентированы на индивидуальную инициативу в вопросе защиты общественного и коллективного интереса.

Юриспруденция европейских государств, напротив, развивалась в традиционном ключе. Здесь сохраняется значительная роль государства и публичных институтов при коллективной защите прав и интересов. Если взять за образец современное регулирование коллективных процедур в государствах ЕС, то основная роль в вопросах защиты коллективных интересов отведена квалифицированной организации, в лице которой выступают независимые публичные органы (например, потребительский омбудсмен в государствах Скандинавии) или аккредитованные ассоциации и союзы потребителей. В то же время имеют большое значение органы прокуратуры и ведомственного контроля⁵.

Таким образом, европейская модель коллективного иска создавалась в совершенно иных по сравнению с США условиях, что отразилось на терминологической базе. Европейские юристы предприняли попытку дистанцироваться от американской модели группового производства, воплотив лишь идею представительства в коллективном возмещении, когда речь идет о значительном количестве истцов.

1. Основные этапы развития процедур коллективного возмещения

Вопрос об использовании единых подходов к коллективным процедурам широко обсуждался в ЕС как на национальном уровне, так и на международном. В результате Комиссией Европейского союза были подготовлены основные документы в виде отдельных книг, рекомендаций и директив. Примечателен тот факт, что хотя разработчики регулирования признают необходимость коллективного возмещения в самых разных сферах, на настоящий момент наиболее полно регулирование коллективных исков в ЕС воплотилось прежде всего в сфере защиты прав потребителей и прав потерпевших от нарушения антимонопольного законодательства, а также — в свете решения Суда ЕС, принятого в апреле 2022 года⁶, — в сфере защиты персональных данных. Кроме того, защита окружающей среды вплотную приблизились к тому, чтобы получить самостоятельный коллективный механизм, однако еще не переступила этот порог.

² Hodges C. *The Reform of Class and Representative Actions in European Legal Systems: A New Framework for Collective Redress in Europe*. Bloomsbury, 2008. P. 3.

³ Воэт С. *Европейское коллективное возмещение вреда: status quaestionis* // Вестник гражданского процесса. 2014. № 2. С. 166.

⁴ Лебон Г. *Психология народов и масс*. М.: АСТ, 2022.

⁵ Backhaus J. G., Cassone A., Ramello G. B. (eds). *The Law and Economics of Class Actions in Europe: Lessons from America*. Edward Elgar Publishing Limited, 2012; Wrba S., van Uytzel S., Siems M. (eds.). *Collective Actions: Enhancing Access to Justice and Reconciling Multilayer Interests?* Cambridge University Press, 2012.

⁶ В свете последнего решения Суда ЕС по делу *Meta Platforms Ireland Limited (панеэ — Facebook Ireland Limited) v. Bundesverband der Verbraucherzentralen und Verbraucherverbände — Verbraucherzentrale Bundesverband e.V.*, Case C-319/20 [2022] ECLI:EU:C:2022:322 можно констатировать, что произошел важный шаг на пути к признанию коллективных форм в сфере защиты персональных данных. Суд подтвердил не только правоспособность ассоциаций по защите прав потребителей для отстаивания интересов пользователей в информационной сфере (следуя решению по делу *Fashion ID GmbH & Co. KG v. Verbraucherzentrale NRW eV*, Case C-40/17 [2019] ECLI:EU:C:2019:629), но также (что более важно) признал, что ассоциации по защите прав потребителя могут предъявлять коллективные иски в следующих условиях: во-первых, без прямо выраженной доверенности и, во-вторых, без определения личности «субъектов данных», чьи права были (предположительно) нарушены.

Историю развития правового регулирования Европейского экономического сообщества, а в дальнейшем — Европейского союза в области защиты коллективных прав и интересов потребителей можно разделить на три этапа. Первым стало возникновение национального законодательства входящих в зону ЕЭС или ЕС государств, нацеленного на защиту общих интересов потребителей посредством единой коллективной процедуры, в которой правом на иск обладает организация потребителей. Такой подход начал формироваться в 60-е годы XX века и был связан с ростом так называемого западного «общества потребления». Эти тенденции были усилены и укреплены ЕС рядом мер, направленных на гармонизацию права в области защиты прав потребителей, которые в том числе предусматривали для организаций потребителей принятие соответствующих механизмов прекращения нарушений в качестве средства реализации норм материального права. Роль ЕС, его структур, целей и механизмов при этом была исключительно высока.

Второй этап начался в середине 1980-х и своей завершающей стадии, вероятно, достиг в 2023 году, когда в соответствии с Директивой 2020/1828 о представительских исках для защиты коллективных интересов потребителей⁷, о которой речь пойдет ниже, все государства — члены ЕС должны были внедрить хотя бы один механизм, обеспечивающий коллективную защиту их прав. Данный этап характеризуется развитием в отдельных входящих в ЕС юрисдикциях судебных процедур многостороннего процесса, основанного на принципе объединения схожих дел.

Второй этап связан с развитием массового производства товаров и услуг и консьюмеризмом. Одними из первых приняли процедуры коллективных исков применительно ко всем сферам правоотношений Англия и Уэльс (поправки в Правила гражданского судопроизводства 2000 года⁸), Швеция (Закон «О групповом производстве» 2002 года), Нидерланды (поправки в Гражданский кодекс и Гражданский процессуальный кодекс 2005 года⁹) и Дания (поправки в Закон «Об осуществлении правосудия» 2008 года¹⁰). Ряд государств приняли ограниченную отдельной сферой коллективную процедуру (ФРГ — Закон о модельной процедуре для защиты прав инвесторов на рынке капитала 2005 года¹¹; Франция — поправки в Потребительский кодекс 2014 года¹²). В дальнейшем данную тенденцию поддержали и другие государства — члены ЕС. Процесс находится на завершающей стадии, в особенности для новых членов ЕС из государств Центральной и Восточной Европы, которым требуется особое содействие со стороны европейских институтов для продвижения идеи согласованного подхода к европейскому коллективному иску.

На третьем этапе в 2000-х — 2020-х годах в ЕС разрабатываются единые для государств-членов коллективные процедуры. Это выразилось в принятии документов, отличающихся разной степенью проработанности материала. Кроме того, новым направлением приложения усилий стала сфера антимонопольного регулирования, которая обеспечивается статьями 101 и 102 Договора о функционировании Европейского союза. Настоящая статья посвящена деятельности институтов ЕС именно на данном этапе и содержит анализ основных актов, регулирующих коллективный иск.

2. Книги о коллективных исках 2000-х годов

В начале 2000-х годов формируются две основные законотворческие инициативы, направленные на образование коллективных форм возмещения в ЕС: в сфере защиты прав потребителя и в сфере антимонопольного законодательства. На первых этапах законодательный процесс

⁷ Directive (EU) 2020/1828 of the European Parliament and of the Council of 25 November 2020 on Representative Actions for the Protection of the Collective Interests of Consumers. URL: EUR-Lex - 32020L1828 - EN - EUR-Lex (europa.eu) (дата обращения: 25.06.2024).

⁸ Правила гражданского судопроизводства 1998 года (Civil Procedure Rules, 1998).

⁹ Закон о коллективном урегулировании споров по возмещению массового ущерба 2005 года (Wet collectieve afwikkeling massaschade (WCAM), 2005); Гражданский кодекс 1992 года (Nieuwe Burgerlijk Wetboek (NBW)), 1992; Гражданский процессуальный кодекс 1986 года (Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering (WBR)), 1986.

¹⁰ Retsplejeloven, 2005; Закон о внесении поправок в Закон «Об осуществлении правосудия» и различные другие законы от 28.02.2007 №181 (Lov om ændring af retsplejeloven og forskellige andre love, LOV nr 181 af 28/02/2007).

¹¹ Kapitalmusterverfahrensgesetz (KapMuG), 2005; См. также Bergmeister F. Kapitalanleger — Musterverfahrensgesetz (KapMuG). Bestandsaufnahme und Reformempfehlung aus der Perspektive von Recht und Praxis der US-amerikanischen Securities Class Action, 2009.

¹² Он же — Кодекс о защите прав потребителей 1993 года (Code de la consommation, 1993).

отражался в соответствующих книгах, которые по мере зрелости предложений меняли цвет обложки с зеленого на белый¹³.

Развитию данного направления во многом способствовали решения Суда Европейских сообществ по делам *Courage Ltd. v. Bernard Crehan*¹⁴ и *Vincenzo Manfredi v. Lloyd Adriatico Assicurazioni SpA*¹⁵. Соответствующие решения Суда потребовали от структурных органов ЕС создания дополнительного регулирования и иных неотложных действий. В результате в 2005 году появился окончательный вариант Зеленой книги об исках о возмещении вреда в случаях нарушения требований законодательства Европейского союза о конкуренции¹⁶. Главная цель данного документа состояла в том, чтобы подготовить рекомендации для преодоления выявленных препятствий к искам о возмещении ущерба за нарушения антимонопольного законодательства, что содействовало бы более легкому возмещению ущерба потерпевшим и усилению реализации норм конкурентного права. Кроме того, в случаях нарушения требований законодательства Европейского союза о конкуренции 2005 года документ также рекомендовал принятие разных категорий исков для потребителей по антимонопольным спорам (окончательных покупателей в цепочке перепродаж) и для прочих приобретателей. Относительно распределения убытков Зеленая книга открывала дискуссию о том, кому они должны присуждаться — представляющей стороне или членам группы истцов. Если присудить убытки ассоциации, они должны быть рассчитаны на основе незаконно полученной выгоды ответчика. Если убытки присуждались бы членам группы, расчет основывался бы на индивидуальном ущербе.

В 2008 году вышла Белая книга об исках о возмещении вреда в случаях нарушения требований правил Европейского союза о конкуренции¹⁷. Как и в упомянутой выше Зеленой книге, иск, основанный на модели «возможность войти» (англ.: *opt-in*), предъядвляется одним из потерпевших от лица группы. В таком случае представительский иск определен как иск, поданный от имени определенных лиц или в довольно ограниченном числе случаев — лиц, круг которых возможно определить¹⁸. Относительно распределения убытков Комиссия в указанной Белой книге допустила, что они присуждаются представляющей стороне, которая, как правило, напрямую возмещает средства потерпевшим, но которая в то же время использует их исключительно для этих целей, размещая в соответствующих организациях. В 2008 году также вышла Зеленая книга о коллективном возмещении вреда в сфере защиты прав потребителей¹⁹, которая стратегически закрепила два направления регуляторной политики Комиссии ЕС в сфере коллективных процедур: потребительские и антимонопольные споры.

3. Рекомендация об общих принципах и механизмах для коллективных исков 2013 года

В 2012 году Европейский парламент принял резолюцию «К согласованному европейскому подходу к коллективной защите прав»²⁰, в которой призвал Европейскую комиссию задействовать горизонтальный подход к коллективному возмещению с целью ликвидации разрозненности внутри Европейского союза и нескоординированных действий. Ответом Комиссии стало принятие в

¹³ «Зеленая книга» — официальный правительственный документ, называемый так из-за зеленого цвета обложки. В «зеленой книге» (англ.: *Green Paper*) разъясняются проблемы широкого общественного интереса (иммиграция, социальные пособия, структура налогов и т. п.) и предлагаются возможные способы, чтобы справиться с ними. В этом документе правительство также обычно предлагает всем заинтересованным лицам выразить свое мнение. После выхода в свет «зеленой книги» выходит «белая книга» (англ.: *White Paper*) в белой обложке. В ней правительство объявляет о своих собственных предложениях. Английский язык: вчера, сегодня и завтра / Брайан Локетт. Русский язык — Медиа, 2005. (Источник: электронный словарь ABBYY Lingvo X5).

¹⁴ *Courage Ltd. v. Bernard Crehan*, Case C-453/99 [2001] ECR-I-6297.

¹⁵ *Vincenzo Manfredi v. Lloyd Adriatico Assicurazioni SpA*, Joined Cases C-295/04 and C298/04 [2006] ECR-I-06619.

¹⁶ Green Paper on Damage Actions for Breach of the EC Antitrust Rules, 2005 with the Annexed Commission Staff Working Paper Annex to the Green Paper - Damages Actions for Breach of the EC Antitrust Rules (COM(2005) 672 final) - Publications Office of the EU (europa.eu) (дата обращения: 22.11.2023).

¹⁷ Commission of the European Communities (2 April 2008) White Paper on Damages Actions for Breach of the EC Antitrust Rules. URL: https://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/files_white_paper/whitepaper_en.pdf. (дата обращения: 22.11.2023).

¹⁸ Там же. Para 52.

¹⁹ Commission of the European Communities (27 Nov 2008) Green Paper On Consumer Collective Redress. URL: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52008DC0794&from=en> (дата обращения: 22.11.2023).

²⁰ European Parliament (2 Feb 2012) Towards a Coherent European Approach to Collective Redress, URL: www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+REPORT+A7-2012-0012+0+DOC+XML+V0//EN (дата обращения: 22.11.2023); Долгачев В.В. *Возбуждение и подготовка дел группового производства*. М. : Статут, 2017.

2013 году Рекомендации об общих принципах и механизмах для коллективных исков по прекращению нарушений и коллективных исков о компенсации, связанных с нарушениями прав, предоставляемых в соответствии с законодательством Европейского союза²¹ (далее — Рекомендация).

Основной целью Рекомендации стало обеспечение доступности коллективных компенсационных механизмов, когда они предоставлены гражданам и компаниям европейским правом. Хотя Рекомендация не устанавливает определенную модель коллективного возмещения, она содержит принципы такого возмещения (как запретительные, так и компенсационные), готовые к применению в национальной системе коллективного возмещения. Эти принципы по замыслу Рекомендации должны действовать горизонтально во всех сферах, где возможно коллективное возмещение. Данная идея, пусть и реализованная в форме Рекомендации, безусловно, стала шагом вперед на пути к согласованной форме коллективной процедуры.

Вот некоторые принципы Рекомендации:

- использование модели «возможность войти» в компенсационных исках коллективного возмещения;
- необходимость установления процессуальных гарантий, позволяющих избежать злоупотребления системой коллективного возмещения. К таким процессуальным гарантиям относятся запрет на штрафные убытки, некоммерческая природа организаций, представляющих истцов, прозрачные требования к условиям правоспособности таких организаций, ограничения финансирования с помощью условного вознаграждения и со стороны третьих лиц;
- требование оплаты проигравшей стороной судебных расходов выигравшей стороны;
- устранение национальных ограничений в вопросе доступности и правоспособности иностранных сторон в коллективных исках;
- поощрение использования альтернативных средств разрешения споров и мировых соглашений;
- создание национального реестра коллективных исков.

Поскольку Рекомендация была составлена в форме пожеланий, она не влекла обязательных последствий для государств-членов. Ученые университетов Левена и Оксфорда по результатам исследований пришли к выводу, что текст Рекомендации мало повлиял на проводимую политику отдельных государств-членов в области коллективных исков²². Отчет Комиссии ЕС 2018 года о ходе имплементации положений Рекомендации в государствах ЕС подтвердил их выводы²³. Было признано, что попытка создать горизонтальную систему коллективного возмещения (в отличие от сложившейся вертикально структурированной системы по отдельным отраслям права) не удалась.

4. Директива 2009/22/ЕС и Директива 2014/104/EU в области коллективного возмещения

Более значимым шагом стало принятие в 2009 году Директивы 2009/22/ЕС о судебных запретах для защиты интересов потребителей²⁴, которая достаточно длительное время определяла регулирование потребительских правоотношений в ЕС наряду с другими директивами. Это была важная веха в развитии мер коллективного возмещения и коллективных процедур в частности. Согласно указанной директиве устанавливались процедуры, направленные на принятие судебных запретов, а также процедуры для прекращения нарушений законодательства ЕС в области защиты прав потребителя. Впервые директива позволяла органам власти, полномочия которых связаны с защитой прав потребителей, и организациям по защите прав потребителей выступать в суде в

²¹ Recommendation of the European Commission of 11 June 2013 on Common Principles for Injunctive and Compensatory Collective Redress Mechanisms in the Member States Concerning Violations of Rights Granted under Union Law, 2013 O.J. (L 201). URL: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A32013H0396> (дата обращения: 22.11.2023).

²² Biard A., Voet S. *Collective Redress in the EU: Will it Finally Come True? / Class Actions in Europe: Holy Grail or a Wrong Trail* / ed. by A. Uzelaç, S. Voet. Springer, 2021. P. 3. URL: www.researchgate.net (дата обращения: 22.11.2023).

²³ Commission, Report from The Commission to the European Parliament, The Council and The European Economic and Social Committee on the Implementation of the Commission Recommendation of 11 June 2013 on Common Principles for Injunctive and Compensatory Collective Redress Mechanisms in the Member States Concerning Violations of Rights Granted under Union Law, (COM(2018) 40 final, Brussels, 2018).

²⁴ Directive 2009/22/EC of The European Parliament and of the Council of 23 April 2009 on Injunctions for the Protection of Consumers' Interests, 2009 O.J. (L 110) (EC). URL: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=CELEX%3A32009L0022> (дата обращения: 22.11.2023).

качестве официального представителя коллективных интересов потребителей. Эти органы власти и организации наделялись правом направлять в суд (или административный орган) обращения и испрашивать запретительные средства защиты, такие как прекращение нарушения или запрет определенной деятельности в отношении любого нарушения. В дальнейшем регулирование было дополнено важным положением Директивы об альтернативных средствах разрешения споров²⁵: европейские потребители на добровольной основе должны иметь возможность направлять обращения в отношении предпринимателей в указанные органы власти и организации, предлагая независимые, беспристрастные, эффективные и справедливые процедуры альтернативных средств разрешения споров.

Стоит коснуться и другого направления процедур коллективного возмещения в ЕС — антимонопольного регулирования. 26 ноября 2014 года Европейским парламентом и Советом была принята Директива 2014/104/EU о некоторых правилах, в соответствии с национальным правом регулирующих иски о возмещении убытков за нарушения законодательных положений о конкуренции государств-членов и Европейского союза²⁶, где коллективные механизмы также нашли свое отражение. Хотя данная директива явным образом не создает самостоятельной коллективной процедуры возмещения, она призвана оптимизировать взаимодействие между публичной и частной реализацией европейского конкурентного права. Одна из задач директивы — содействие частным искам для возмещения убытков по антимонопольным нарушениям и устранение таким образом чрезмерного публичного принуждения, роль которому отведена лишь на стадии исполнения окончательного судебного акта. Данная директива нацелена облегчить потерпевшим от антимонопольных нарушений взыскание компенсаций в национальных судах во всех государствах — членах ЕС путем внедрения минимального набора правил, действующих в отношении исков о возмещении убытков.

Базовым положением Директивы 2014/104/EU является требование о внедрении государствами-членами режима раскрытия доказательств и установлении общего срока исковой давности в пять лет²⁷. Указанная директива также устанавливает правило о том, что окончательное решение национального органа власти в области контроля конкуренции относительно нарушения автоматически служит доказательством этого нарушения в судах государств ЕС, где оно имело место. Директива также переносит бремя доказывания, устанавливая опровержимую презумпцию (англ.: *rebuttable presumption*) того, что картель причинил вред. Относительно ответственности нескольких нарушителей, действовавших совместно, признается ответственность солидарно и индивидуально за весь ущерб.

5. Директива 2020/1828 о представительских исках по потребительским спорам

В 2020 году Директива 2009/22 о судебных запретах для защиты интересов потребителей была отменена и заменена новым проектом Европейской комиссии — Директивой 2020/1828 о представительских исках для защиты коллективных интересов потребителей, принятой Европейским парламентом и Советом 25 ноября 2020 года²⁸ (далее — Директива 2020/1828), где многие положения прежней директивы были дополнены и переработаны с учетом актуальных потребностей ЕС. Новая директива охватывает широкий спектр потребительских правоотношений, включая среди прочего: финансовые услуги, защиту информации, путешествия и туризм, энергетику и телекоммуникации. В этой связи неважно, как обозначены сами потребители в складывающихся правоотношениях: «путешественники», «пользователи», «клиенты розничной

²⁵ Directive 2013/11/EU of the European Parliament and of the Council of 21 May 2013 on Alternative Dispute Resolution for Consumer Disputes and Amending Regulation (EC) No 2006/2004 and Directive 2009/22/EC (Directive on consumer ADR). URL: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex%3A32013L0011> (дата обращения: 22.11.2023).

²⁶ Directive 2014/104/EU of the European Parliament and of the Council of 26 November 2014 on Certain Rules Governing Actions for Damages under National Law for Infringements of the Competition Law Provisions of the Member States and of the European Union, O.J. (L 349). URL: EUR-Lex - 32014L0104 - EN - EUR-Lex (europa.eu) (дата обращения: 22.11.2023).

²⁷ Начиная с момента прекращения нарушения, когда истец узнает или разумным образом должен был знать о нарушении, вреде и личности нарушителя. Директива также вводит требование о том, что срок исковой давности приостанавливается на время проведения расследования.

²⁸ Directive (EU) 2020/1828 of the European Parliament and of the Council of 25 November 2020 on representative actions for the protection of the collective interests of consumers. URL: EUR-Lex - 32020L1828 - EN - EUR-Lex (europa.eu) (дата обращения: 22.11.2023).

торговли», «субъекты данных» или иным образом. Соответствующая привязка к непосредственному регулированию содержится в Приложении I Директивы 2020/1828.

5.1. Вопросы представительства

Директива 2020/1828 сохранила общую архитектуру предыдущей директивы, возложив основную роль в возмещении за коллективное нарушение на официальный или независимый публичный орган или некоммерческое юридическое лицо (фонд или ассоциацию), получившее аккредитацию, (квалифицированную организацию) в судебном или административном порядке, а также предусмотрела возможность назначения этих структур в качестве защитников интересов потребителей по принципу *ad hoc*. Такой механизм был знаком многим европейским правовым порядкам еще до принятия Директивы 2020/1828 и потому не вызвал острого отторжения. Однако сам вопрос представительства всегда вызывает много сложностей в практической реализации. Публичные отношения в данном случае останутся в стороне, поскольку это выходит за рамки статьи.

В рамках Директивы 2020/1828 были предложены следующие принципы деятельности квалифицированных организаций: единство критериев аккредитации в рамках всего Европейского союза (юридическая личность в соответствии с правом государства-члена; устойчивая и подтвержденная временем активная практика; некоммерческий характер; законная цель, отраженная в учредительных документах); здоровое финансовое положение (организация не должна находиться в состоянии банкротства); независимость от иных лиц, кроме затронутых процессом потребителей, как, например, лиц, финансирующих представительский иск; отсутствие конфликта интересов с потребителями; открытость информации об организации (ее уставных документах, текущей и прошлой деятельности) и информации о соответствии организации критериям аккредитации, ее источникам финансирования, ее организационной, управленческой и членской структуре. Для реализации изложенных принципов разработаны механизмы плановых и процессуальных проверок и санкций.

Политика ЕС по внедрению организационного представительского иска определяется вполне оправданными целями. Обеспечивается «адекватность и типичность» посредством выбора стороны, которая ожидаемо предоставит квалифицированные, отвечающие интересам участников услуги, в особенности когда речь идет об отсутствующих участниках группы. Можно предположить, что услуги специализированной организации отличает лучшая экспертная оценка предмета спора, обусловленная большим узконаправленным практическим опытом. Однако порождает сомнения сравнительная эффективность таких организаций в деле защиты коллективных интересов. Стоит признать, что работой по ведению судебного процесса все-таки занимаются люди, то есть кадровые возможности станут определяющими в данном вопросе. Большинство современных потребительских организаций выражают самостоятельные идеологические установки, которые не всегда совпадают или могут совпадать с интересами потребителей. Кроме того, на Западе достаточно привычной и зримой стала *de facto* зависимость этих организаций от различного рода политического и коммерческого спонсорства, что зачастую превращает их в элемент лоббирования и подкованного давления. Все это влияет на их объективность и способность проявлять социальный альтруизм. Можно лишь признать, что сама по себе прописанная уставная идеалистическая задача по улучшению мира, качества жизни людей не может гарантировать всестороннюю защиту прав потерпевших лиц. Смягчить данную ситуацию могла бы твердая политика, направленная на то, чтобы наделить статусом представителя организации с отличными независимыми взглядами. Такой подход позволил бы им, например, ставить под сомнение стандарты потребительской безопасности, которые формируются в процессе массового производства товаров и услуг и являются «серой зоной» (как, например, использование ГМО и добавок в пищевой промышленности, различных технических стандартов, не отвечающих целям и назначениям конкретного изделия, и т. д.). Это по меньшей мере могло бы повысить шансы на объективную оценку ситуации.

Кроме того, защита интересов группы лиц в потребительских спорах с привлечением квалифицированной организации не отменяет вероятную ситуацию конфликта интересов с ее менеджментом. Эффективность работы любой организации может быть существенно снижена

недобросовестным распоряжением ее имущественным фондом, завышением «бонусов» ее первым лицам, назначением сотрудников по критерию родства и своячества без оценки их деловых качеств (непотизм) и т. д. В случае если организация выступает ведущим представителем по делу, существует опасность, что основная и самая ценная юридическая работа достанется юридическим фирмам, обеспечивающим руководству организации финансовый «откат». Все это в конечном счете негативно влияет на результаты ее деятельности.

Отсюда следует вывод, что защита коллективных интересов через квалифицированную организацию не имеет принципиальных преимуществ по сравнению с их защитой посредством частного механизма (например, американского варианта). Решающим фактором становится персональная эффективность ответственных лиц.

На практике квалифицированные организации не всегда обладают достаточным объемом ресурсов (финансовых, экспертных, кадровых), чтобы успешно вести все дела. Это хорошо иллюстрирует опыт Нидерландов²⁹. Ограничение истцов только рамками квалифицированной организации ставит их в угнетенное положение.

Отсюда можно сделать вывод, что механизм Директивы 2020/1828 (европейский подход) не идеален по существу, и он должен иметь альтернативы, доступные истцам.

5.2. Положительные изменения в регулировании коллективных исков в Директиве 2020/1828

В соответствии с Директивой 2020/1828 представительские иски предъявляются для принятия мер по прекращению нарушения и/или получения возмещения. Включение в регулирование Директивы 2020/1828 компенсаторных мер стало еще одним шагом вперед на пути к полноценной горизонтальной процедуре. Меры по прекращению нарушения испрашиваются у суда независимо от наличия реального убытка у индивидуальных потребителей и независимо от того, было ли деяние ответчика преднамеренным или совершенным по небрежности. Например, требование исключить несправедливые условия договора, восполнить недостающую информацию о товаре и т. д. Индивидуальные потребители, затронутые противоправной практикой ответчика, подлежащей исправлению путем мер по прекращению нарушения, сохраняют право предъявить индивидуальные иски для получения возмещения. Меры по получению возмещения испрашиваются в форме компенсации, ремонта, замены, уменьшения покупной цены, возврата уплаченной стоимости, прекращения договора в зависимости от обстоятельств дела и норм применимого национального права или права Европейского союза. Директивой 2020/1828 охвачены не только длящиеся нарушения, но и прекратившиеся на момент предъявления представительского иска согласно правилам о сроках исковой давности, действующим в национальном праве государств-членов. Предъявление представительского иска для принятия мер по прекращению нарушения или возмещению ущерба при определенных условиях приостанавливает течение срока исковой давности для потребителей, затронутых иском.

Директива 2020/1828 в то же время умалчивает о том, на возмещение какого ущерба (материального или нематериального) она направлена. На национальном уровне некоторые государства — члены ЕС ограничили использование представительского иска определенной категорией ущерба. Например, во Франции коллективное возмещение в потребительских спорах возможно только в отношении материального ущерба, причиненного потребителям. Напротив, иски, предъявленные в сфере защиты информации, могут содержать требования о возмещении нематериального ущерба³⁰.

Выбор модели участия в группе по искам, направленным на принятие мер по получению возмещения, предполагает свободу государств-членов: допустимы механизм «возможность войти» (англ.: *opt-in*), «возможность выйти» (англ.: *opt-out*) или комбинация обоих подходов исходя из

²⁹ Например, такое явление можно было отчетливо наблюдать в нидерландском коллективном потребительском иске по делу компании «Vie d'Or». См.: Tzankova I. N. *Funding of Mass Disputes: Lessons from the Netherlands* // Journal of Law, Economics & Policy. 2012. Vol. 8. № 3. P. 577. Tzankova I. N. *Collective Redress in Vie d'Or: a Reflection on a European Cultural Phenomenon* / Class Actions in Context. Edward Elgar Publishing / ed. by D. R. Hensler, C. Hodges, I. N. Tzankova. Elgar Publishing, 2014; Tzankova I. N. *Resolving Mass Claim Disputes in Europe: Lessons from the Netherlands*. IADC Newsletter, February 2013; *Collective Redress and Competition Damages Claims*. The European Law Institute, 2014. P. 22.

³⁰ European Commission, Consumer PRO project, Collective Redress. Theoretical Background Document 2022–2023. P. 12. URL: https://www.beuc.eu/sites/default/files/publications/ConsumerPro_TBD_Collective_Redress.pdf (дата обращения: 24.04.2023).

«правовых традиций государств-членов». Что касается мер по прекращению нарушения, то они могут испрашиваться квалифицированной организацией независимо от желания истцов участвовать в процессе и быть связанными его результатом (статья 8(3) Директивы 2020/1828), образуя таким образом модель участия по принципу «возможность выйти», поскольку выводы суда по такому коллективному разбирательству образуют доказательства (статья 15 Директивы 2020/1828).

Отдельное регулирование получил вопрос о финансировании квалифицированных организаций, где была формально закреплена возможность финансирования процесса лицами, не являющимися сторонами спора (например, таким «третьим лицом», как коммерческая компания для извлечения прибыли) (статья 10 Директивы 2020/1828).

5.3. Информирование и сотрудничество между истцами

Для группового производства важно распространить информацию о находящемся на рассмотрении групповом иске. Актуальным становится участие в процессе всех потенциальных истцов, отсекающие параллельных разбирательств по тому же спору с тем же составом лиц. Такая необходимость возникает в связи с особенностями ЕС, обуславливающими тесное взаимопроникновение систем отправления правосудия.

Решение обозначенных задач некоторые юрисдикции видят в создании электронного реестра, который хранит информацию о групповых делах, рассмотренных или находящихся на рассмотрении, включая как минимум информацию о предмете спора, сторонах и результатах вынесенных судебных актов. Мировой опыт показывает, что необходимость в такой работе возникает независимо от того, выбрана ли тем или иным государством модель «возможность войти» или «возможность выйти». Кроме того, у истцов возникает насущная потребность иметь электронную платформу, где они могли бы не только узнавать информацию о рассмотренных или находящихся на рассмотрении групповых исках, но и взаимодействовать между собой по организационным вопросам. Безусловно, такие возможности должны предоставляться государством на бесплатной основе в рамках общих расходов на отправление правосудия.

В ЕС необходимость электронного реестра коллективных исков признавалась еще в Рекомендации об общих принципах и механизмах для коллективных исков по прекращению нарушений и коллективных исков о компенсации, связанных с нарушениями прав, предоставляемых в соответствии с законодательством Европейского союза³¹ 2013 года (пункты 35–37), что было продиктовано сложностями трансграничного ведения процесса. Вступление в силу Директивы 2020/1828 стало очередным шагом вперед. В соответствии со статьей 14 учреждаются национальные электронные базы данных и единая общеевропейская база данных, в которой аккумулируется информация, поступившая от государств-членов. База в первую очередь поддерживается для проверки и контроля правоспособности квалифицированных организаций, а также для координации деятельности между ними. Это очень прогрессивная мера, поскольку согласованные действия различных квалифицированных организаций из разных государств позволяют экономить ресурсы сторон и судов, способствуют единообразию практики по единому правонарушению, позволяют достичь глобального урегулирования конфликта.

В недавно принятых нормативных актах все чаще прослеживается тенденция обязательного информирования участников потенциального коллективного иска. Так, Директива ЕС о представительских исках 2020/1828 предписывает квалифицированным организациям обеспечить публичный доступ на постоянной основе и, в частности, на своих веб-сайтах, к информации о представительских исках, которые они подают в суд или административный орган. Более того, квалифицированные организации должны поддерживать информацию о статусе и результатах рассмотрения этих исков (статья 13(1) Директивы). Шагом вперед является и включение в Директиву 2020/1828 статьи 14, согласно которой для государств-членов оговаривается возможность учредить электронный реестр или базу данных для коллективных исков, которые находятся на рассмотрении или были рассмотрены компетентными органами.

³¹ Recommendation of the European Commission of 11 June 2013 on Common Principles for Injunctive and Compensatory Collective Redress Mechanisms in the Member States Concerning Violations of Rights Granted under Union Law, 2013 O.J. (L 201).

В государствах — членах ЕС правила информирования потребителей и оплаты расходов, вызванных распространением информации, различаются. Например, во Франции организация-истец вправе разрекламировать иск только после того, как суд вынес свое решение об ответственности, и данное решение стало окончательным. Ряд других государств учредили реестры, содержащие информацию о коллективных исках³².

6. Имплементация Директивы 2020/1828 в государствах-членах ЕС (на примере ФРГ)

Директива 2020/1828 вступила в силу 25 июня 2023 года, однако реализация ее на практике уже вызвала неоднозначный результат: в то время как в отдельных государствах она была сразу же успешно имплементирована (Нидерланды, Франция, Португалия, Венгрия, Литва), в ряде других государств ЕС имплементация столкнулась со сложностями принятия соответствующих поправок в закон в связи с отсутствием консолидированного большинства в парламенте (ФРГ, Испания, Люксембург). Тем не менее 13 октября 2023 года в ФРГ вступил в силу новый закон о коллективных процедурах, который принят в соответствии с механизмом, обозначенным в Директиве 2020/1828: закон «О коллективной защите прав потребителей» (нем.: *Gesetz zur gebündelten Durchsetzung von Verbraucherrechten — VDuG*, далее — Закон). В нем отражены основные направления реформы коллективного возмещения в Европе.

Новое регулирование сохранило механизм коллективной защиты, который предусмотрен законом о модельной процедуре для защиты прав инвесторов на рынке капитала 2005 года (нем.: *KapMuG*), по крайней мере до сентября 2024 года и устранило так называемый иск для получения декларативного решения (нем.: *Musterfeststellungsklage*), принятый в виде поправок в ГПК ФРГ в 2018 году. В этом законопроекте немецкий законодатель даже вышел за пределы параметров Директивы 2020/1828, включив в сферу применения представительских исков все гражданско-правовые споры между потребителем и продавцом (статья 1(1) Закона). Таким образом, немецкий закон охватывает, например, также и правоотношения, вытекающие из деликта.

Механизм построен строго по принципу «возможность войти», где 50 потребителей посредством квалифицированной организации отстаивают «схожие» интересы. Степень идентичности поднятых в деле вопросов права и факта в законе прописана поверхностно, что позволяет прийти к заключению, что она будет определяться исходя из конкретных обстоятельств. До предъявления иска потребители должны пройти обязательную регистрацию (статья 46 Закона), которая завершается по истечении трех недель с момента завершения слушания по делу. Принципиально новым явлением для немецкого коллективного иска оказался механизм распределительного фонда (нем.: *Umsetzungsfonds*), в который ответчик перечисляет средства для исполнения решения суда. Кроме того, в Законе уточнены положения о финансировании процесса лицом, не являющимся стороной по делу («третьего лица» в интерпретации Директивы 2020/1828).

В прочих государствах — членах ЕС приняты свои механизмы представительского иска, как более, так и менее благоприятные для потребителей. Это может порождать конфликт юрисдикций (параллельные разбирательства), хотя такая возможность исключена статьей 9(4) Директивы 2020/1828. Тем не менее, учитывая, что государства ЕС находятся в режиме полисистемного выбора формы участия в представительском иске («возможность выйти», «возможность войти» или комбинации обеих систем), указанная проблема в некотором отношении сохраняет свою актуальность.

Выводы

Процесс гармонизации права ЕС по вопросам коллективных исков представляет большой интерес и для России — участницы Евразийского экономического союза (далее — ЕАЭС) и Содружества независимых государств. Раздел XII Договора об Евразийском экономическом союзе посвящен вопросу защиты прав потребителей. Гражданам ЕАЭС предоставляется национальный режим защиты нарушенных прав, а на государствах-членах лежит обязанность проводить согласованную

³² Например, в Нидерландах реестр доступен по веб-адресу: URL: www.rechtspraak.nl/Registers/centraal-register-voor-collectieve-vorderingen/. В ФРГ реестр доступен по веб-адресу Министерства юстиции: URL: https://www.bundesjustizamt.de/DE/Themen/Verbraucherrechte/Verbandsklageregister/Musterfeststellungsklagenregister/Musterfeststellungsklagenregister_node.html. (Последнее посещение 6.08.2024).

политику в сфере защиты прав потребителей, направленную на формирование равных условий защиты интересов граждан государств-членов от недобросовестной деятельности хозяйствующих субъектов (статья 61 указанного Договора). Создание единой концепции коллективного возмещения (по существу — средств защиты потребителей) в рамках ЕАЭС могло бы стать перспективным начинанием, поскольку современные коллективные формы защиты имеются лишь в России. Одной из фактических сложностей, с которыми столкнулись институты ЕС при разработке общих норм, являлось то, что ряд государств-членов уже обладал своим набором правил коллективной процедуры, наработанной судебной практикой, что затрудняло достижение консенсуса по тем или иным вопросам коллективной процедуры. В случае объединений в рамках евразийской интеграции такого препятствия не возникает, потому что все государства ЕАЭС находятся лишь в начале пути. Единый международный стандарт позволил бы лучше адаптировать его к национальному законодательству и снять возможные разногласия.

Европейский опыт особенно ценен для государств — членов ЕАЭС, поскольку их гражданское и процессуальное законодательство преимущественно опирается на романо-германские конструкции. Взгляд европейских институтов на формы коллективного возмещения и выработанные в этой связи подходы становятся особенно востребованными как наукой, так и практикой.

Внедрение общих стандартов для государств — участников ЕАЭС позволит обеспечить фактическое равенство процессуальных возможностей всех потребителей на всем евроазиатском пространстве, что призвано лишь укрепить общий экономический рынок союза. Такие изменения позитивно отразились бы на уровне защищенности граждан в потребительских спорах, а производителям товаров и услуг позволили бы опираться на выверенные стандарты единого экономического пространства.

В заключение отметим европейские тенденции в рассматриваемой области регулирования. В частности, коллективный иск стал неотъемлемой частью гражданского судопроизводства всех государств ЕС. Его внедрение в действующее законодательство становится обязательным. При этом на национальном уровне сохраняется определенная свобода действий государств-членов в вопросах определения формы и порядка самой процедуры коллективного иска. Рамки же, заданные ЕС, достаточно широки. Создание процедуры коллективного иска идет по тернистому пути поиска и адаптации, о чем свидетельствует противоречивость формулировок европейских законодательных проектов и порой откровенный саботаж государств-членов. История развития коллективных процедур измеряется десятилетиями, однако действия структурных органов ЕС отличается заметная последовательность и поступательность в достижении общих результатов и гибкость итоговых документов.

Кроме того, отметим, что общее направление развития института коллективного иска в ЕС отличается ярко выраженный горизонтальный тренд (универсальный подход). Сфера применения этого института расширяется, включает все новые и новые области правоотношений: защиту персональных данных, компенсаторные меры, деликтную ответственность в отдельных государствах-членах и т. д. Активно внедряются достижения IT-технологий для объединения всех заинтересованных лиц, информирования о состоянии находящихся на рассмотрении или уже рассмотренных коллективных дел, в том числе с применением массового оповещения.

Данные тренды активно развиваются и поддерживаются и в национальном праве государств — членов ЕС. Будем надеяться, что опыт регулирования коллективных исков в ЕС (от их идеи до конкретного воплощения в законодательстве отдельных государств-членов) послужит на пользу и отечественному законодателю.

COLLECTIVE ACTIONS IN THE EUROPEAN UNION: HISTORY OF DEVELOPMENT AND MODERN REGULATION

SUTORMIN N.

Nikita Sutormin — Candidate of Legal Sciences, Associate Professor of Department of Civil Law and Procedure of Institute of Law and National Security of the Russian Presidential Academy of National Economy and Public Administration, Moscow, Russia (nsutormin@mail.ru).
ORCID: 0000-0003-1071-5029.

Abstract

The paper is dedicated to the history of collective actions in the law of the European Union and to the current situation in this matter by embracing its major sources of regulation, which are in force. Analysing the way of development from law projects to current directives, the author concludes that the position of collective action is strengthening in the system of European law, its possibilities are widening significantly. Meanwhile, collective action in the EU has unique traits, which take into consideration legal traditions of the Member-states. Final documents, which were adopted by the European Parliament and the Council, are assessed positively, meanwhile the author notes that there are bases for criticising them and that they are not impeccable. As positive traits of collective procedure of the EU the author remarks that they respond to the European legal order, real possibilities of the Member-states. Highly progressive steps in the European law on consumer protection were taken by the implementation of redress measures, flexible choice of the system of group formation for the Member-states, improved mechanisms of notification and registration by IT-technologies. The author criticises the organisational form of collective action, adopted in the EU and notes that the problem of parallel proceedings remained ultimately unsolved. In the final part of the article the procedure of implementation of the latest Directive of the EU on representative actions for the protection of the collective interests of consumers in Germany is analysed. It is concluded that approaches to collective redress in the EU have some value in the development of the group action in the EAEU, since class action litigation is not regulated in that union, but the need in such a procedure (for instance in consumer cases) is undisputed.

Key words

collective action, class action, collective redress, European Union, Directive, consumer disputes, antitrust litigation, information technologies in justice

Citation: Sutormin N. Kollektivnye iski v Evropejskom soyuze: istoriya razvitiya i sovremennoe regulirovanie [Collective Actions in the European Union: History of Development and Modern Regulation] // Zhurnal VSHÉ po mezhdunarodnomu pravu (HSE University Journal of International law). 2024. Vol. 2. № 2. P. 59–71.

<https://doi.org/10.17323/jil.2024.22262>

References / Список источников

- Biard A., Voet S. (2021) Collective redress in the EU: will it finally come true? In: Uzelac A., Voet S. (eds) *Class Actions in Europe: Holy Grail or a Wrong Trail*. Springer.
- Wrbka S., van Uytsel S., Siems M. (eds) (2012) *Collective Actions: enhancing access to justice and reconciling multilayer interests?* Cambridge University Press.
- Dolganichev V. V. (2017) *Vozbuzhdenie i podgotovka del gruppovogo proizvodstva* [Initiation and preparation of class action cases]. M., Statut. (In Russian).
- Sahin E. (2018) *Collective Redress and EU Competition Law*. 1st ed. Routledge.
- Hensler D. R., Hodges C., Tzankova I. N. (eds) (2014) *Class Actions in Context*. Edward Elgar Publishing.
- Hodges C. (2008) *The Reform of Class and Representative Actions in European Legal Systems: A New Framework for Collective Redress in Europe*. Bloomsbury.
- Backhaus J. G., Cassone A., Ramello G. B. (eds) (2012) *The Law and Economics of Class Actions in Europe: Lessons from America*. Edward Elgar Publishing.
- Lebon G. (2022) *Psichologiya narodov i mass*. [Psychology of nations and masses]. M., AST (In Russian).

Tzankova I. N. (2012) Funding of Mass Disputes: Lessons from the Netherlands. *Journal of Law, Economics & Policy*, vol. 8, no. 3, pp. 549–591.

Tzankova I. N. (2013) Resolving Mass Claim Disputes in Europe: Lessons from the Netherlands. *IADC Newsletter*, February 2013.

Tzankova I. N. (2014) Collective redress in *Vie d'Or*: a Reflection on a European Cultural Phenomenon. In: Hensler D. R., Hodges C., Tzankova I. N. (eds) *Class Actions in Context*. Edward Elgar Publishing.

Voet S. (2014) *Evropeyskoe kollektivnoe vozmeshchenie vreda: status quaestionis* [European collective redress]. *Vestnik grazhdanskogo protsessa*, vol. 2, pp. 164–198. (In Russian).

HOW TO MAKE INTERNATIONAL LAW MORE EFFECTIVE: THE EFFECTIVENESS OF THE UNITED NATIONS CONVENTION AGAINST CORRUPTION

SCHLÜTER N.

Nils Schlüter — Doctoral Student, Expert in International Law, Göttingen, Federal Republic of Germany (nilsschluter95@gmail.com).
ORCID: 0009-0004-4253-8690.

Abstract

This paper deals with how to make international law more *de facto* effective. There are countless conventions on topics such as human rights, environmental law, or, in our case, corruption prevention. The central thesis is that lawyers and policymakers can make existing treaties more effective using a multidisciplinary approach. It consists of the empirical studies of other science fields, including behavioural economics, sociology, and criminology. This approach is compatible with international law, specifically with the rules of interpretation laid out in the Vienna Convention on the Law of Treaties (hereinafter — VCLT), through an evolutionary interpretation. An effective anticorruption policy needs to be tailor-made for the specific country's condition. The assumption that a successful approach in one state in one specific situation will necessarily be successful in another is flawed. This paper presents different policy concepts to curb corruption: rational choice, self-concept maintenance, principal-agent theory, and collective action problem. The concepts are evaluated through the lens of empirical studies. To exemplify this approach an application of the criterion "culture" will be shown. G. Hofstede discovered in his research different cultural dimensions: power distance, individualism, masculinity, and uncertainty avoidance. Each dimension has a unique interaction with corruption. These interactions explain why the same approach does not yield the same result. For example, a state that has a very high-power distance would not benefit as strongly from a principal-agent theory approach. In high-power distance countries the average citizen has little to no influence on the state's politics. The accountability of principles, however, is one of the key elements of the principal-agent approach. On the contrary such an approach would certainly backfire. Giving principals more money and monitoring powers, as the approach suggests, would only consolidate existing structures. In a state with high accountability (low-power distance) this approach would strengthen the fight against corruption.

Keywords

multidisciplinary approach, evolutionary interpretation, effectiveness, VCLT, UNCAC, behavioural economics, sociology

Citation: Schlüter N. How to Make International Law More Effective: the Effectiveness of the United Nations Convention against Corruption // Zhurnal VSHÉ po mezhdunarodnomu pravu (HSE University Journal of International law). 2024. Vol. 2. № 2. P. 72–94.

<https://doi.org/10.17323/jil.2024.22264>

Introduction

One of the most critical aspects of international law (or law in general) is its effectiveness. What is the function of international law if it does not change the *de facto* behaviour?

For example, if the United Nations Convention against Corruption (hereinafter — UNCAC) is considered, there are 190 ratifications, but levels of corruption around the globe are still high. One of the newest indices (2022) shows that on a scale from 0 being extremely corrupt to 100 being exceptionally clean, 2/3 of the countries score below 50 with an average score of 43.¹ The reason why this is a catastrophic event is manifold.

Corruption reduces economic growth.² The World Bank estimates that the world loses 1 trillion US Dollars annually to corruption. The World Economic Forum even estimates a loss of 2.6 trillion US Dollars.³ Moreover, corruption prevents foreign investments,⁴ diminishes competition that could lead to

¹ World Economics. Corruption Perceptions Index. URL: <https://www.worldeconomics.com/Indicator-Data/Corruption/Corruption-Perceptions-Index.aspx> (accessed: 27.07.2024).

² Aidt T. S. *Corruption and Sustainable Development / International Handbook on the Economics of Corruption* / ed. by S. Rose-Ackerman, T. Soreide. Edward Elgar Publishing, 2011.

³ European Parliamentary Research Service. *The Cost of Non-Europe in the area of Organised Crime and Corruption*. Annex II-Corruption, 2016. URL: [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2016/579319/EPRS_STU\(2016\)579319_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2016/579319/EPRS_STU(2016)579319_EN.pdf) (accessed: 17.07.2024).

⁴ Lambsdorff J. G. *How Corruption Affects Persistent Capital Flows* // Economics of Governance. 2003. Vol. 4. № 3. P. 229; Mohsin H., Zurawicki L. *Corruption and Foreign Direct Investment* // Journal of International Business Studies. 2002. Vol. 33. № 2. P. 291; Aizenman J., Spiegel M. *Institutional Efficiency, Monitoring Costs and the Investment Share of FDI* // Review of International Economics. 2006. Vol. 14. № 4. P. 683.

innovation,⁵ and furthers the gap between the rich and the poor.⁶ Confidence in the political and legal systems⁷ diminished, for example, in Bulgaria,⁸ China,⁹ Egypt,¹⁰ Kenya,¹¹ Peru,¹² Romania,¹³ Russia,¹⁴ and Venezuela.¹⁵ Thus, it is not surprising that countries perceived as corrupt have a lot of violent conflicts.¹⁶

The World Bank¹⁷ and the United Nations Development Program¹⁸ stressed the importance of fighting corruption to mitigate poverty, provide education, and improve health care.

Bruno Simma states that

Today, it can be delicate to point out that corruption may be the single most important obstacle to development; that there is a clear relationship between corruption and inequality in countries; and that corruption is both a driver and facilitator of illegal migration.¹⁹

This short overview alone poses crucial questions.

If the fight against corruption is essential, why does corruption prevail despite decades-long efforts to fight it?²⁰ Why did some states successfully achieve significantly lower levels of corruption than others,²¹ and why do some countries with widespread corruption seem to have become even more corrupt along with the efforts to limit it?²²

1. Hypothesis

The central idea of this paper is to use an interdisciplinary approach to international law. This paper uses Article 5 UNCAC as an example, as it is the fundamental article dealing with preventive measures and focuses on “effectiveness”.

Article 5 UNCAC states (emphasis added):

1. Each State Party shall, in accordance with the fundamental principles of its legal system, develop and implement or maintain effective, coordinated anti-corruption policies that promote the participation of society and reflect the principles of the rule of law, proper management of public affairs and public property, integrity, transparency and accountability.

⁵ Reiter S., Steensma H. K. *Human Development and Foreign Direct Investment in Developing Countries: The Influence of FDI Policy and Corruption* // World Development. 2010. Vol. 38. № 12. P. 1678.

⁶ See Organization for Economic Growth and Development, *Consequences of Corruption at the Sector Level and Implications for Economic Growth and Development*. OECD, 2015.

⁷ Richey S. *The Impact of Corruption on Social Trust* // American Politics Research. 2010. Vol. 38. № 4. P. 676.

⁸ Yotova D. *Bulgaria's Anti-corruption Protests Explained: and Why They Matter for the EU*. ECFR. 28 July 2020. URL: https://ecfr.eu/article/commentary_bulgarias_anti_corruption_protests_explained_and_why_they_matter/ (accessed: 3.08.2024).

⁹ Ka Sing C. *China's War on Corruption Turns into High Wire Act*. Reuters. 18.01.2024. URL: <https://www.reuters.com/breakingviews/chinas-war-corruption-turns-into-high-wire-act-2024-01-18/> (accessed: 23.07.2024).

¹⁰ Hassan M. *Corruption in Egypt — its Guards are its Thieves!* Middleeastmonitor. 31.01.2024. URL: <https://www.middleeastmonitor.com/20240131-corruption-in-egypt-its-guards-are-its-thieves/> (accessed: 23.07.2024).

¹¹ Odula T. *Kenyan Police Teargas Anti-corruption Protesters in Nairobi*. 21.08.2020. URL: https://www.washingtonpost.com/world/africa/kenyan-police-teargas-anti-corruption-protesters-in-nairobi/2020/08/21/bb4cd452-e3ab-11ea-82d8-5e55d47e90ca_story.html (accessed: 15.05.2024).

¹² Lopez M. D. *Agents of Corruption: The Real Culprits of Peru's Endless Graft*. 30.03.2023. URL: <https://perureports.com/agents-of-corruption-the-real-culprits-of-perus-endless-graft/10077/> (accessed: 23.07.2024).

¹³ Rankin J. *"We Are Watching You": the 500-day Protest Against Corruption in Romania*. URL: <https://www.theguardian.com/world/2019/jul/23/we-are-watching-you-protesters-corruption-romania-sibiu> (accessed: 19.05.2024).

¹⁴ Holzer A. *Russia: Increased Corruption and Deterioration of Freedom. Is there Hope?* // Journal of Nonprofit Innovation. 2024. Vol. 4. № 1. P. 58.

¹⁵ Reuters. *New Round of Protests Shakes Venezuela as Public Services Fail*. 29.09.2020. URL: <https://www.reuters.com/article/us-venezuela-protests-idUSKBN26K3A6/> (accessed: 19.05.2024).

¹⁶ Marquette H., Cooley L. *Corruption and Post-Conflict Reconstruction* // *Handbook of International Security and Development* / ed. by P. Jackson. Edward Elgar Publishing, 2015. P. 349.

¹⁷ *Brief: Combating Corruption*. World Bank, 2021. URL: <https://www.worldbank.org/en/topic> (accessed: 19.05.2024).

¹⁸ UNDP Global Anti-Corruption Initiative (GAIN) 2014-2017. United Nations Development Programme, 2014. URL: https://www.undp.org/sites/g/files/zskgke326/files/publications/globalanticorruption_final_web2.pdf (accessed: 28.03.2024).

¹⁹ Simma B. *Foreword: The United Nations Convention against Corruption: A Commentary* // *The United Nations Convention against Corruption: A commentary* / ed. by C. Rose, M. Kubiciel, O. Landwehr. Oxford commentaries on international law, 1st ed. Oxford University Press, 2019.

²⁰ Persson A., Rothstein B., Teorell J. *Why Anticorruption Reforms Fail-Systemic Corruption as a Collective Action Problem* // Governance. 2013. Vol. 26. № 3. P. 449, 449.

²¹ *Ibid.* P. 450.

²² Lawson L. *The Politics of Anti-Corruption Reform in Africa* // The Journal of Modern African Studies. 2009. Vol. 47. № 1. P. 73.a.

2. Each State Party shall endeavour to establish and promote effective practices aimed at the prevention of corruption.

The word “effectiveness” allows policymakers to read the multidisciplinary into the existing treaty text. The goal is to uncover the fundamental assumptions or paradigms on which the drafters based their articles. To gain a more complete and more accurate picture of corruption, different studies should be conducted and then put into context to answer the question: Why do people behave corruptly? The suggested studies are behavioural economics, sociological, and criminology studies. The result is a practical, actionable approach applicable to specific countries' situations.

If the approach is fruitful, the application does not end with the fight against corruption. Instead, every field of law could optimise its strategies customised to the specific challenges. The focus on interdisciplinary studies is relevant for many other treaties that rely on “effectiveness”. There are numerous examples of treaties using “effectiveness” Article 7 (VII) (Nr. D) in the Paris Agreement, Art. 7(V)(f) of the Convention on International Trade in Endangered Species of Wild Fauna and Flora (CITES), Article 5 (f)(i) of the Stockholm Convention on Persistent Organic Pollutants, Article 15(5)(a) of the Basel Convention on the Control of Transboundary Movements of Hazardous Wastes and their Disposal, Article 5 of the United Nations Convention concerning the Protection of the World Cultural and Natural Heritage, Article 146 of the United Nations Convention on the Law of the Sea, Article 24(3) of the United Nations Convention on the Rights of the Child. Some of the world's most significant and most signed treaties have sections that specifically require “effectiveness”.

This paper is meant as a starting point to show how to connect interdisciplinary insights with international law. Due to the limited pages, the general idea is presented with a few examples.

The state of research is in its infancy. A plethora of research describes corruption from an empirical point of view.²³ Researchers developed overarching theories on how to stop corruption.²⁴ However, combining these insights with the existing law is in its early days.²⁵ This article is one of the first attempts to combine an evolutionary approach with the effectiveness of the UNCAC.

2. The interdisciplinary approach and international law

This part describes the interdisciplinary approach, shows how the approach can be incorporated into international law using the Vienna Convention on the Law of Treaties (VCLT), and exemplifies this approach using Article 5 UNCAC.

Generally, when applying law, it is shown how the law can be understood or implemented. Scientists can understand law X in different ways, such as A, B, C, and D. Then, we argue for and against different ways, resulting in the solution. Provokingly stated, we use our biases and gut feelings to apply the law. However, instead of arguing for and against it, we use empirical studies from other sciences to verify whether the presented method would work in the given situation. For example, path A only works in small countries, and path C works exceptionally well in countries with a strong rule of law.

The relevant fields of study need to be devoted to the subject of the Convention. For the UNCAC, this paper will utilise behavioural economics, sociology, and criminology. Treaties regarding the climate, for example, would not utilise criminology but rather include studies from natural sciences.

The idea of behavioural economics builds on the rational choice theory²⁶ which postulates that individuals always act “rational” by conducting a cost-benefit analysis before deciding on any action.²⁷ The term “*homo economicus*” refers to the understanding that humans act in this perfect manner.²⁸ Similarly, the “rational economic approach” stipulates that the optimal way to reduce corruption is to break

²³ For a comprehensive overview: Lambsdorff J. G. *The Institutional Economics of Corruption and Reform: Theory, Evidence, and Policy*. Cambridge University Press, 2007.

²⁴ Persson A., Rothstein B., Teorell J. *Op. cit.*; Rothstein B. *Controlling Corruption: The Social Contract Approach*. 1st. ed. Oxford University Press, 2021; *A Research Agenda for Studies of Corruption* / ed. by A. Mungiu-Pippidi, P. M. Heywood. Edward Elgar Publishing, 2020; Lambsdorff J. *Op. cit.*

²⁵ Aaken A., van. *Behavioral Approaches to International Corruption Fighting*. Verfassungsblog. URL: <https://verfassungsblog.de/behavioral-approaches-to-international-corruption-fighting/> (accessed: 27.07.2024).

²⁶ *Ökonomische Methoden im Recht: Eine Einführung für Juristen* / ed. by E. V. Towfigh, N. Petersen. Mohr Lehrbuch, 2. überarbeitete und aktualisierte Auflage. Mohr Siebeck, 2017. S. 238; Brooks G. *Criminology of Corruption: Theoretical Approaches*. Palgrave Macmillan, UK, 2016. P. 18.

²⁷ Scott J. *Rational Choice Theory // Understanding Contemporary Society: Theories of the Present* / ed. by G. Browning, A. Halcli, F. Webster. SAGE Publication Ltd., 2000. P. 126.

²⁸ Sunstein C. R., Jolls C., Thaler R. H. *A Behavioral Approach to Law and Economics* // *Stanford Law Review*. 1998. Vol. 50. P. 1471, 1476.

incentives, increasing the possibility of getting caught.²⁹ According to this approach, individuals, organisations, and states act only out of self-interest.³⁰ Behavioural economics criticises the notion that humans act in *this* perfect manner.³¹ The most prominent proponent of this theory is D. Kahneman, who was awarded the Nobel Memorial Prize in Economic Sciences for his work on behavioural economics.³² In addition, C. Sunstein, C. Jolls, and R. Thaler simplified the idea of studying how “real people” and not hypothesised humans behave.³³ The central idea is that humans deviate from the optimal behaviour, but scientists can calculate this deviation,³⁴ or as D. Ariely phrased it, the deviation is “predictably irrational”.³⁵ Understanding how humans behave is essential in guiding the behaviour in a less corrupt manner.

Sociology is more well-known than behavioural economics. Sociology is the systematic study of human societies.³⁶ It aims to describe and explain social phenomena as part of an integrated social structure.³⁷ Scientists can explore social phenomena on a large scale, such as entire cultures (macro), or they can explore small groups, like a small tribe in a small African town (micro).³⁸ The general idea is that no individual decides in a complete vacuum and that the given environment influences behaviour, for better or worse. Sociology is an essential building block of the proposed multidisciplinary approach. Through the lens of sociology or, more specifically, the lens of culture, the approach can be tailor-made to the specific country's situation. Therefore, this paper focuses on culture as one of the primary criteria for the approach.

Like sociology, criminology does not need an extensive introduction. Criminologists study behaviour that is sanctionable by criminal law.³⁹ They focus on measuring crime and preventing it.⁴⁰ Criminology is a multidisciplinary science that draws heavily on behavioural and social sciences such as sociology.⁴¹

3. Vienna Convention on the Law of Treaties and Article 5 UNCAC

Nonetheless, a general idea of how the interdisciplinary approach to international law should work is insufficient in and of itself to make it applicable. It is essential to verify whether the approach works within the framework of international law. Does international law, specifically Article 5 UNCAC, prescribe an interdisciplinary approach?

We need to interpret the wording carefully to gauge the meaning of conventions. No matter the motivation and idea underlying the interpretation, it must always adhere to the rules of interpretation.⁴² Article 31 VCLT codifies the general rule of interpretation.⁴³ The interpretation task aims to give effect to the expressed intentions of the parties.⁴⁴ The ICJ establishes that the interpretation must be based “above all upon the text of the treaty”, as this is the most adequate expression of the party's intent.⁴⁵ Article 31 VCLT focuses on the three main aspects of interpretation: wording, context, and object and purpose.⁴⁶ The interpreter must utilise these three pillars through the lens of good faith.⁴⁷ Article 31 VCLT

²⁹ Brooks G. *Op. cit.* P. 21.

³⁰ *Ibid.*

³¹ Towfigh E. V., Petersen N. (eds) *Op. cit.* P. 238.

³² Kahneman D., Tversky A. *Prospect Theory: An Analysis of Decision under Risk* // *Econometrica*. 1979. Vol. 47. № 2. P. 263; Kahneman D., Slovic P., Tversky A. *Judgment Under Uncertainty: Heuristics and Biases*. Cambridge University Press, 2008.

³³ Sunstein C. R., Jolls C., Thaler R. H. *Op. cit.* P. 1476.

³⁴ Thaler R. H. *Quasi Rational Economics*. 1st paperback / ed. Russell Sage Foundation, 1994; Kahneman D., Slovic P., Tversky A. *Op. cit.*

³⁵ Ariely D. *Predictably Irrational: The Hidden Forces that Shape Our Decisions*. (3rd. ed., rev. and expanded). Harper Collins Publishers, 2009.

³⁶ Giddens A. *Sociology*. 5th. ed. (fully rev. and updated), reprint. Polity Press, 2008. P. 28.

³⁷ Klamberg M. *Power and Law in International Society: International Relations as the Sociology of International Law*. Routledge, 2015. P. 57.

³⁸ Kelle U. *Sociological Explanations Between Micro and Macro and Tech Integration of Qualitative and Quantitative Methods* // *Historical Social Research*. 2005. Vol. 30. № 1. P. 95.

³⁹ Giddens A. *Op. cit.* P. 795; Sutherland E. H. *Principles of Criminology*. 11th. ed. General Hall, 1992. P. 1.

⁴⁰ *Ibid.*

⁴¹ Barkan S. E. *Criminology: A Sociological Understanding*. 2nd ed. Prentice-Hall, 2001.

⁴² Venzke I. *How Interpretation Makes International Law: On Semantic Change and Normative Twists*. Oxford University Press, 2012. P. 47–50.

⁴³ Dörr O., Schmalenbach K. *Vienna Convention on the Law of Treaties*. Springer, 2011. P. 522.

⁴⁴ McNair L. *The Law of Treaties*. Vol. 1. Oxford University Press, 1986. P. 365; Dörr O., Schmalenbach K. *Op. cit.* P. 522.

⁴⁵ International Court of Justice. *Territorial Dispute (Libya v Chad)* (1994). ICJ Report 6 para. 41; International Court of Justice. *Legality of the Use of Force (Serbia and Montenegro v Belgium)* (2004). ICJ Report 279 100.

⁴⁶ Dörr O., Schmalenbach K. *Op. cit.* P. 523.

⁴⁷ *Ibid.*

expresses through the singular word “rule” that all means of interpretation shall be applied simultaneously and form one rule of interpretation.⁴⁸ Though only one “*single combined operation*” exists, the operator must decide the importance of each means of interpretation on a case-by-case basis.⁴⁹ Extra-legal considerations, such as institutional or legal-political considerations, can influence the treaty interpretation.⁵⁰ Even though the interpretation is one combined step for readability, the following part describes the interpretation in three pillars: wording, context, and object and purpose.

3.1. Wording

The general rule of interpretation requires giving an ordinary meaning to the “*terms of the treaty*”, which refers to the written words and phrases used by the parties.⁵¹

Interpretation begins with linguistic and grammatical analysis of the treaty text, focusing on ordinary meanings. The way readers would regularly or customarily understand the term(s).⁵² International judicial bodies use dictionaries to determine the meaning of terms used in treaties, focusing on informed understanding rather than layman's understanding to establish the treaty's context.⁵³ The ordinary meaning test considers two aspects: the temporal aspect, which involves static or dynamic interpretation of the treaty's ordinary meaning at the time of conclusion, and the language aspect, which requires consultation of each authentic treaty language for the term's ordinary meaning.⁵⁴

Shifting the focus to Article 5 UNCAC, the relevant wording is “*effective*”. The Oxford Dictionary describes *effective* as “*producing the desired or intended result*”.⁵⁵ The wording is compatible with a multidisciplinary approach, assuming that the approach is indeed superior in combating corruption. If the interdisciplinary approach strengthens the fight against corruption, then the approach would be practical, thus within the meaning of the wording. However, the multidisciplinary approach is not the only way this could be interpreted. Other options could be effective, too. To be sure which interpretation is correct, we need to have recourse to the other means of interpretation, such as the context and the object and purpose.

3.2. Context

Treaty interpretation is not a purely grammatical exercise, as Article 31(1) VCLT requires interpreting terms “*in their context*”. Interpreters must consider the treaty as a whole and, beyond that, consider the systematic structure of the treaty as equally important as the ordinary linguistic meaning of words used.⁵⁶

The treaty's context includes its title, preamble, annexes, protocols, and position within the ensemble. Interpreters can find interpretative value in the position of a word, phrase, paragraph, article, or article within the treaty's structure or scheme.⁵⁷

The ICJ's *Oil Platforms* case highlighted the relevance of treaty titles in defining terms like “*commerce*” in bilateral agreements between Iran and the US.⁵⁸ The ICJ highlighted the significance of punctuation and syntax in the *Aegean Sea Continental Shelf* case, explicitly addressing the French phrase “*et, notamment*”.⁵⁹ In the *Land, Island, and Maritime Frontier Dispute (El Salvador v Honduras)*, the ICJ had to

⁴⁸ Waldock H. *Yearbook of the International Law Commission*. New York, 1966. P. 219.

⁴⁹ *Ibid.*

⁵⁰ Pauwelyn J., Elsig M. *The Politics of Treaty Interpretation // Interdisciplinary Perspectives on International Law and International Relations* / ed. by J. L. Dunoff, M. A. Pollack. Cambridge University Press, 2013. P. 445; Peat D. *Comparative Reasoning in International Courts and Tribunals*. Cambridge University Press, 2019. P. 18–21; Lippold M. *The Interrelationship of the Sources of Public International Law // Beiträge zum ausländischen öffentlichen Recht und Völkerrecht*. 2023. Volume 323. № 1. Nomos, 2023. S. 9.

⁵¹ Gardiner R. K. *Treaty Interpretation*. Oxford University Press, 2017. P. 164.

⁵² *Ibid.*

⁵³ International Court of Justice. *Oil Platforms (Islamic Republic of Iran v. United States of America) Preliminary Objection, Judgment* (1996). I.C.J. Reports 1996. P. 803–845. European Court of Human Rights. *Case of Golder v. The United Kingdom* (1975). Application no. 4451/70 32; European Court of Human Rights. *Case of Luedicke, Belkacem and Koc v. Germany* (1978). Application no. 6210/73; 6877/75; 7132/75 40; World Trade Organization. *Canada-Measures Affecting the Export of civilian aircraft* (1999) WT/DS70/R 11.

⁵⁴ Dörr O., Schmalenbach K. *Op. cit.* P. 543.

⁵⁵ Oxford Dictionary. URL: <https://www.oed.com/search/dictionary/?scope=Entries&q=effective> (accessed: 27.07.2024).

⁵⁶ International Court of Justice. *Constitution of the Maritime Safety Committee of the Inter-Governmental Maritime Consultative Organization* (1960). I.C.J. Reports 1960. P. 150–158.

⁵⁷ Dörr O., Schmalenbach K. *Op. cit.* P. 543.

⁵⁸ International Court of Justice. *Oil Platforms (Islamic Republic of Iran v. United States of America) Preliminary Objection, Judgment*. P. 47.

⁵⁹ International Court of Justice. *Aegean Sea Continental Shelf Case (Greece v. Turkey)* (1978). I.C.J. Reports 1978. P. 3–53.

determine its authority to delimit disputed maritime boundaries. The Chamber held that the word “*determine*” should be read in its context, as the object of the verb “*determine*” is not the maritime spaces themselves but the legal situation of these spaces.⁶⁰

The preamble to a treaty, typically a set of recitals, helps determine its object and purpose by stating its aims and objectives. It is often referenced in international jurisprudence to clarify specific provisions.⁶¹ Comparing the term with a related treaty can aid contextual interpretation.⁶²

The question is whether the context speaks in favour of the multidisciplinary approach or whether the context excludes this interpretation.

The preamble states, “*A comprehensive and multidisciplinary approach is required to prevent and combat corruption effectively*”. This direct statement combining effectiveness with a multidisciplinary approach could be a robust contextual hint that the UNCAC requires a multidisciplinary approach. The preamble further states they want to “*foster a culture of rejection of corruption*”. The multidisciplinary approach (part IV,2, a, aa) heavily focuses on culture. The drafters understood that political or legal change does not occur in a vacuum but depends on the culture surrounding it. The drafters do not flat-out state that they want to utilise sociology, but that is the logical choice if they want to influence culture.

Article 5(1) UNCAC promotes the participation of society, which is accompanied by Article 13 (Participation of society). Similarly to the preamble, the drafters stress the importance of addressing the society to effectively fight corruption, thus hinting (again) at the relevance of sociology.

Article 5(4) UNCAC stresses that collaboration “*may include participation in international programs and projects aimed at the prevention of corruption*”. Here, the drafters did not refer to participation in other legal instruments or bi- or multilateral treaties but rather projects outside of the field of law, again accepting other fields as an essential cornerstone in preventing corruption. Article 6 (1)(b) UNCAC states that state parties shall prevent corruption by “*increasing and disseminating knowledge about the prevention of corruption*”. Article 6 is in Chapter II, Preventive Measures of the UNCAC, and directly states that the increase in knowledge of the phenomenon of corruption is essential for its prevention. The drafters did not state what specific fields of science shall illuminate corruption, but logically, these fields are outside the scope of the legal field itself. The context of Article 5(1) UNCAC does not stand in the way of the multidisciplinary approach. On the contrary, the overall picture does speak in favour of the approach.

As seen above, other related treaties may give further guidance for the correct interpretation. The preamble of the UNCAC names (with appreciation) other multilateral instruments to prevent and combat corruption. The Inter-American Convention against Corruption speaks in its Article III, Preventive Measures, of an oversight body (or bodies) that shall implement modern mechanisms for preventing corruption (Nr. 9) and stresses, similar to the UNCAC, the importance of encouraging civil society and nongovernmental organisations (Nr. 11).⁶³ The Convention on Combating Bribery of Foreign Public Officials in International Business Transactions states in its preamble that they “*call for effective measures to deter, prevent... corruption*” and that they “*welcome other recent developments which further advance international understanding and cooperation... including actions of the United Nations... and the World Bank*”.⁶⁴ The Convention thus combines effective measures with further developments and understanding of corruption.

However, the most substantial support for the multidisciplinary approach is visible throughout the African Union Convention on Preventing and Combating Corruption. The preamble already states a “*need to address the root causes of corruption on the continent*”. The root causes of corruption are outside the law field. Thus, states can only address the causes through a multidisciplinary approach.

Article 2(4)(5) Objectives of the convention states that Parties want to “*promote socio-economic development by removing obstacles*” and that they want to “*establish the necessary conditions to foster transparency and accountability*”. Again, the drafters understand that states must remove those obstacles

⁶⁰ International Court of Justice. *Land, Island and Maritime Frontier Dispute (El Salvador/Honduras: Nicaragua intervening)*. P.373.

⁶¹ International Court of Justice. *Sovereignty over Pulau Ligitan and Pulau Sipadan (Indonesial Malaysia)* (2002). I.C.J. Reports 2002. P. 625–651.

⁶² *Land, Island and Maritime Frontier Dispute (El Salvador/Honduras: Nicaragua intervening)*. P. 374; Dörr O., Schmalenbach K. *Op. cit.* P. 545.

⁶³ Inter-American Convention Against Corruption (B-58). Article 3, 9, 11.

⁶⁴ Convention on Combating Bribery of Foreign Public Officials in International Business Transactions (Preamble).

before policies can take effect. Article 5(8) stresses the importance of “*promoting the education of populations to respect the public good... including school education programs and sensitization of the media, and the promotion of an enabling environment for the respect of ethics*”. Article 5(8) supports the multidisciplinary approach as it focuses on the criteria of education and ethics, which the approach considers. Further, Article 12 stresses the importance of the “*Civil Society at large*”. Lastly, Article 22 (Follow-up Mechanism) mentions a plethora of aspects that support the multidisciplinary approach. For example, Article 22(b) focuses on “*collect and document information on the nature and scope of corruption*” or in Article 22(d) “*advise governments on how to deal with the scourge of corruption-related offences in their domestic jurisdiction*”. The drafters stress the relevance of understanding corruption, which is at the heart of the multidisciplinary approach, and they show their understanding that different governments/cultures need different mechanisms.

Throughout the different related conventions, there are strong hints that states can achieve effectiveness only through a multidisciplinary approach, and more importantly, no convention stands in the approach's path.

The United Nations Office on Drugs and Crime (hereinafter — UNDOC) governs the UNCAC. The UN governs UNDOC itself; thus, development in the UN is relevant to the UNCAC. Considering the broader UN context, the United Nations shifted its approach to a multidisciplinary approach, precisely a behavioural approach, to conquer its challenges.⁶⁵ The UN Secretary-General Antonio Guterres describes behavioural science as a critical tool for the UN and the achievement of sustainable development goals.⁶⁶ The UN lays out its blueprint for a more sustainable future in its development goals.⁶⁷ In their development goal number 16, “Peace, Justice, and Strong Institutions”, the UN lays out their plan to combat corruption. The UN follows the example of the World Bank, which already in 2015 published a lengthy report on using behavioural and sociological science to combat corruption.⁶⁸

Considering the UNCAC itself, the related treaties, and the broader context of the UN, the context speaks in favour of the multidisciplinary approach. Thus, both the wording and the context demand a multidisciplinary approach. Nonetheless, the approach must still align with the object and purpose of the UNCAC.

3.3. Object and purpose

Article 31 paragraph 1 VCLT introduces the teleological element into interpretation, promoting effectiveness by ensuring treaty terms advance its aims and avoid superfluous or diminishing practical effects.⁶⁹ Put otherwise, the goal is to establish the true intention of the parties. The intent of the parties links to the evolutionary interpretation.⁷⁰ It is not a separate method of interpretation but the genuine application of the standard methods of interpretation to distil the actual intent.⁷¹ The principle of effectiveness is closely linked to evolutionary interpretation, as treaty interpretation heavily relies on the emphasis on effectiveness.⁷² The principle of effectiveness and the evolutionary treaty interpretation are mutually dependent. As seen in the *Iron Rhine Tribunal*,⁷³ the effectiveness principle can lead to an evolutionary interpretation.⁷⁴ The phrase “*evolutionary interpretation*” refers to circumstances in which an international court or tribunal determines that a treaty provision is flexible and not set in stone, allowing for future advancements in international law. Put otherwise, this is an instance where the meaning of the

⁶⁵ United Nations. The Secretary-General's Guidance Note on Behavioural Science. URL: <https://www.un.org/en/content/behaviouralscience/> (accessed: 27.07.2024).

⁶⁶ Ibid.

⁶⁷ United Nations. Take Action for the Sustainable Development Goals. URL: <https://www.un.org/sustainabledevelopment/sustainable-development-goals/> (accessed: 3.08.2024).

⁶⁸ *World Development Report 2015: Mind, Society, and Behavior*. World Bank, 2015.

⁶⁹ *Constitution of the Maritime Safety Committee of the Inter-Governmental Maritime Consultative Organization*. P. 160–161, 166.

⁷⁰ Bjorge E. *The Evolutionary Interpretation of Treaties*. Oxford University Press, 2014.

⁷¹ Ibid.

⁷² International Court of Justice. *Fisheries Jurisdiction (Spain v. Canada)* (1998). ICJ Reports, 1998. P. 432–452; International Court of Justice. *Questions Relating to the Obligation to Prosecute or Extradite (Belgium v. Senegal)* (2012). ICJ Reports, 2012. P. 422–474.

⁷³ *Award in the Arbitration regarding the Iron Rhine (“Ijzeren Rijn”) Railway between the Kingdom of Belgium and the Kingdom of the Netherlands* (2005). Volume XXVII. P. 35–125.

⁷⁴ Bjorge E. *Op. cit.* P. 8.

treaty's terms upon their application, rather than the original meaning, is decisive.⁷⁵ Without the evolutionary interpretation, it is not easy to achieve an adequate interpretation.

The principle of effectiveness (sometimes referred to as *effet utile*) states, in essence, that any interpretation should produce intended results within the existing law.⁷⁶ The interpretation allowing a phrase or provision in a treaty to work should be understood, not the interpretation that would lessen its significance. The goal of the effectiveness principle is to interpret the states-parties' initial assent and agreement effectively rather than as fictitious or unreal.⁷⁷

An evolutionary interpretation of the UNCAC is necessary as the drafters did not envision a multidisciplinary approach. The non-consideration is evident from the *travaux préparatoires*.⁷⁸ Multidisciplinary in this paper is the utilisation of different sciences, while multidisciplinary in the *travaux préparatoires* means that the field of law needs to address various (multiple) forms of corruption.⁷⁹ While there are substantial context clues regarding the interpretation, the original drafters did not intend to incorporate other disciplines, or at the very least, they did not think of doing so. Since the drafters did not explicitly demand a multidisciplinary approach in Article 5 UNCAC, an evolutionary interpretation is the only way to interpret it into the text.

The question remains whether international law allows for an evolutionary interpretation of international law, specifically the UNCAC. There are some obstacles that evolutionary interpretation needs to address. First is the potential problem of fragmentation of international law, second is whether all types of treaties should use an evolutionary interpretation, and third, what are the scope and limits of the approach.

3.3.1. Fragmentation

The first question in answering if an evolutionary interpretation leads to a potentially dangerous fragmentation of law is what fragmentation of international law is.

Fragmentation of international law refers to the growth of new subfields of international law, the rise of new actors like international organisations, NGOs, and multinational corporations, and the emergence of new types of international norms outside recognised sources, resulting in a fragmented state of the law.⁸⁰

Fragmentation in international law results from the absence of a central world legislator, originating in domestic spheres where different government departments handle various issues, negotiating and applying different treaties. This fragmentation is a response to globalisation, with global problems such as climate change, migration, terrorism, and financial crises requiring more international and specialised regulation.⁸¹

The claim is that legal certainty is unclear when words have different meanings depending on the treaty.⁸² Other scholars believe that the discourse on international law's fragmentation is invalid, as evidenced by the scarcity of conflicts, the parallelism and reconciliation of norms from different regimes, and the migration of norms between regimes.⁸³ The diversification of international legal regimes is a positive sign of law entrepreneurs' political will and the capacity of international law to tackle diverse global issues.⁸⁴ International law has evolved to address global societal complexity despite the potential

⁷⁵ International Court of Justice. *Dispute Regarding Navigational and Related Rights (Costa Rica v. Nicaragua)* (2009). I.C.J. Reports 2009. P. 213–263.

⁷⁶ *Dispute between Argentina and Chile concerning the Beagle Channel* (1977). Volume XXI. P. 53–264, 231.

⁷⁷ Orakhelashvili A. *The Interpretation of Acts and Rules in Public International Law*. Oxford University Press, 2008. P. 393.

⁷⁸ United Nations Office on Drugs and Crime. *Travaux Préparatoires of the Negotiations for the Elaboration of the United Nations Convention Against Corruption*. United Nations, 2010.

⁷⁹ Ibid.

⁸⁰ Peters A. *Fragmentation and Constitutionalization // The Oxford Handbook of the Theory of International Law* / ed. by A. Orford, F. Hoffmann. Oxford University Press, 2016. P. 1012.

⁸¹ Ibid. P. 1014.

⁸² Maxwell F. *Missed Communications and Miscommunications: International Courts, the Fragmentation of International Law and Judicial Dialogue // Goettingen Journal of International Law*. 2022. Vol. 12. № 1. P. 49, 51.

⁸³ Lanovoy V., Izaguerri A. *The WTO's Influence on Other Dispute Settlement Mechanisms: A Lighthouse in the Storm of Fragmentation // TRAD*. 2013. Vol. 47. № 3. P. 481; Simma B. *Fragmentation in a Positive Light // Michigan Journal of International Law*. 2004. Vol. 25. № 4. P. 845; Koskenniemi M., Leino P. *Fragmentation of International Law? Postmodern Anxieties // Leiden Journal of International Law*. 2002. Vol. 15. № 3. P. 553.

⁸⁴ Peters A. *Op. cit.* P. 1028.

exploitation by powerful states that can manage and negotiate multiple regimes.⁸⁵ Nonetheless, many justices have favourably presented the so-called fragmentation of the international judiciary.⁸⁶

The continuing task for law applicants and observers will be to improve the institutions, processes, and guiding principles for integrating, harmonising, and coordinating diverse international regimes, given the likelihood that international law will continue to be differentiated.⁸⁷ The autonomation of the legal field leads to a growing intensity in confronting texts and procedures with social realities, facilitated by increasing differentiation, competition, and influence of dominated groups within the juridical field.⁸⁸ The fear of potential fragmentation does not prevent the multidisciplinary approach.

3.3.2. Classification of treaties

Regardless of whether fragmentation is good or bad, the question remains: Is the promotion of international law more effective with one set of interpretation tools (evolutionary/effective interpretation) or with specialised interpretation tools for special treaties?⁸⁹ Do different treaties demand different ways of interpretation? Could or should the UNCAC use the same interpretation rules as other treaties?

Some scholars argued that the evolutionary interpretation is unique to human rights treaties, as they focus more on object and purpose.⁹⁰ While it is true that human rights courts and tribunals regularly apply the evolutionary interpretation, it does not make them the only users. The reliance is not unique to human rights treaties, as the ICJ and the PCIJ use it throughout their jurisprudence.⁹¹ It is a component of national and international court practice of several other aspects of international law and law in general, and it goes well beyond this particular setting.⁹²

Another type of treaty that some claim requires special interpretive tools is constituent treaties. A constituent treaty creates and controls a non-state entity with an international legal personality.⁹³ The ICJ in the *Nuclear Weapons Advisory Opinion* affirmed that international organisations' instruments are multilateral treaties, subject to established rules of treaty interpretation.⁹⁴ D. Akande emphasised that the UN Charter is a living instrument using evolutionary interpretation, allowing the organisation to adapt to changing circumstances.⁹⁵ Akande⁹⁶ concludes that interpreting constitutional treaties differs from interpreting ordinary treaties by nature, basing his conclusions mostly on assessments of *Namibia*⁹⁷ and *Reparation for Injuries*.⁹⁸ High hurdles to treaty changes (Article 40 VCLT) make an evolutionary interpretation necessary to keep up with emerging difficulties and effectively execute the tasks allocated

⁸⁵ Ibid.

⁸⁶ Higgins R. *A Babel of Judicial Voices? Ruminations from the Bench* // ICLQ. 2006. Vol. 55. № 4. P. 791.

⁸⁷ Peters A. *Op. cit.* P. 1029.

⁸⁸ Bourdieu P. *The Force of Law: Toward a Sociology of the Juridical Field* // The Hastings Law Journal. 1987. Vol. 38. P. 851–852.

⁸⁹ McLachlan C. *The Evolution of Treaty Obligations in International Law // Treaties and Subsequent Practice* / ed. by. G. Nolte. Oxford University Press, 2013. P. 69.

⁹⁰ Bernhardt R. *Evolutionary Treaty Interpretation, Especially of the European Convention on Human Rights* // German Yearbook of International Law. 1999. Vol. 42. P. 11; Letsas G. *Strasbourg's Interpretive Ethic: Lessons for the International Lawyer* // European Journal of International Law. 2010. Vol. 21. № 3. P. 509; Weiler J. *The Interpretation of Treaties - A Re-examination Preface* // European Journal of International Law. 2010. Vol. 21. № 3. P. 507.

⁹¹ Borge E. *Op. cit.* P. 36; Permanent Court of International Justice. *Rights of Minorities in Upper Silesia (Minority Schools)* (1928) P.C.I.J. A. № 15–33; International Court of Justice. *Reservation to the Convention on Genocide* (1951) I.C.J. Reports, 1951. P. 15–23; International Court of Justice. *Ambatielos case (jurisdiction)* (1952). I.C.J. Reports, 1952. P. 28–45; *Constitution of the Maritime Safety Committee of the Inter-Governmental Maritime Consultative Organization*. P. 170; International Court of Justice. *Case concerning United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran* (1980). I.C.J. Reports 1980. P. 3; International Court of Justice. *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America) Merits Judgment* (1986). I.C.J. Reports 1986. P. 14–273; International Court of Justice. *Oil Platforms (Islamic Republic of Iran v. United States of America) Preliminary Objection, Judgment*. P. 820; International Court of Justice. *LaGrand (Germany v. United States of America)* (2001). I.C.J. Reports, 2001. P. 466, 99–104; International Court of Justice. *Questions Relating to the Obligation to Prosecute or Extradite (Belgium v. Senegal)*. P. 74, 86.

⁹² Sicilianos L.-A. *Interpretation of the European Convention on Human Rights: Remarks on the Court's Approach*. 23.09.2020. P. 2.

⁹³ Quayle P. *Treaties of a Particular Type: The ICJ's Interpretative Approach to the Constituent Instruments of International Organizations* // Leiden Journal of International Law. 2016. Vol. 29. № 3. P. 853, 854.

⁹⁴ International Court of Justice. *Legality of the Use by a State of Nuclear Weapons in Armed Conflict* (1996). I.C.J. Reports, 1996. P. 66; Quayle P. *Op. cit.*

⁹⁵ Akande D. *International Organizations // International law* / ed. by M. D. Evans. 5th ed. Oxford University Press, 2018.

⁹⁶ Ibid.

⁹⁷ International Court of Justice. *Legal consequences for States of the continued presence of South Africa in Namibia (South West Africa) notwithstanding security council resolution 276* (1970). I.C.J. Reports, 1971. P. 16.

⁹⁸ International Court of Justice. *Reparation for injuries suffered in the service of the United Nations* (1949). I.C.J. Reports, 149. P. 174–179.

to specific organs, as outlined in the UN Charter. The concept of effectiveness governs the interpretation of treaties that form international organisations to a significant extent.⁹⁹

Comparing different types of treaties and analysing the actual interpretation practices shows that evolutionary interpretation is ubiquitous. The principles outlined in Articles 31–33 of the Vienna Convention and the traditional canons of construction naturally incorporate evolutionary interpretation. Evolutionary interpretation has been routinely used in international law in domains unrelated to human rights, even before establishing human rights organisations.¹⁰⁰ The interpretation of international rules should consider the broader normative environment.¹⁰¹

In any event, as P. Reuter argues,¹⁰² distinguishing treaties based on their subject matter, in general, is challenging due to the heterogeneity of treaty content, as seen in the 1919 Versailles Treaty, which regulated various issues such as international organisations' charters and territorial status questions, as illustrated by numerous cases.¹⁰³ This understanding aligns nicely with the Vienna Convention's approach, which does not address this kind of differentiation in the principles of treaty interpretation.¹⁰⁴ As mentioned, the International Law Commission and VCLT saw treaty law as a single entity.¹⁰⁵ Neither fragmentation nor different types of treaties inhibit the evolutionary interpretation.

3.3.3. Scope and application

However, to interpret the UNCAC, knowing that one must apply an evolutionary interpretation is not sufficient. It is necessary to define the boundaries of the evolutionary approach to fulfil the VCLT's obligations.¹⁰⁶ Former president of the European Court of Human Rights (hereinafter — ECtHR, the Court) A.-L. Sicilianos set out three limitations to the evolutionary approach.¹⁰⁷ As seen above, the interpretation in international law does not distinguish between types of treaties; thus, the same criteria are helpful starting points. The first limitation is that the interpretation cannot be against the existing law (*contra legem*). Second, it must be consistent with the object and purpose of the treaty, and third, it must be based on “present-day” circumstances and not on a potential future.¹⁰⁸

Contra legem

The interpretation can be *prater legem*, but it cannot be *contra legem*.¹⁰⁹ There are clear examples where the ECtHR reached the end of the evolutionary interpretation, as seen in *Johnston and Others v. Ireland*¹¹⁰ or *Pretty v. the United Kingdom*.¹¹¹ In the *Johnston* case, the Court could not interpret the right to marry to include the right to divorce.¹¹² In the *Pretty* case, the Court stated that the right to life does not incorporate the right to die.¹¹³

In contrast, the ECtHR used an evolutionary interpretation in the case of *Magyar Helsinki v. Hungary*.¹¹⁴ The question was whether the right to seek, impart, or receive information (Article 10 ECHR Freedom of expression) incorporates the right to seek information.¹¹⁵ The “shall include” indicates that these are not the only rights. Thus, Article 10 includes the freedom to seek information.¹¹⁶

⁹⁹ Herdegen M. *Interpretation in International Law*. Max Planck Encyclopedias of International Law (MPIL). 2020. P. 41.

¹⁰⁰ Borge E. *Op. cit.* P. 10; Sicilianos A.-L. *Op. cit.* P. 1.

¹⁰¹ Paulus A. L., Leiss J. R. *Constitutionalism and the Mechanics of Global Law Transfers // Goettingen Journal of International Law*. 2018. № 9. P. 65; Study Group of the International Law Commission. *Fragmentation of international law: Difficulties arising from the diversification and expansion of international law*. 18.07.2006. A/CN.4/L.702.

¹⁰² Reuter P., Haggenmacher P., Mico J. *Introduction to the Law of Treaties* (A Publication of the Graduate Institute of International Studies). Geneva : Routledge, 2011. P. 21.

¹⁰³ Permanent Court of International Justice. *German Settlers in Poland* (1923). P.C.I.J. Series B. № 6. P. 19; *Rights of Minorities in Upper Silesia (Minority Schools)*. P. 31.

¹⁰⁴ Borge E. *Op. cit.* P. 34–35.

¹⁰⁵ Crawford J. *Brownlie's Principles of Public International Law*. 8th ed. Oxford University Press, 2012. P. 370.

¹⁰⁶ Sicilianos A.-L. *Op. cit.* P. 3.

¹⁰⁷ *Ibid.*

¹⁰⁸ *Ibid.*

¹⁰⁹ *Ibid.*

¹¹⁰ European Court of Human Rights. *Case of Johnston and Others v. Ireland* [1986]. Application no. 9697/82.

¹¹¹ European Court of Human Rights. *Case of Pretty v. United Kingdom* (2002). Application no. 2346/02. § 39.

¹¹² Sicilianos A.-L. *Op. cit.* P. 3.

¹¹³ *Case of Pretty v. United Kingdom*. § 39.

¹¹⁴ European Court of Human Rights. *Case of Magyar Helsinki Bizottsag v. Hungary (GC)* (2016) Application no. 18030/11.

¹¹⁵ Sicilianos A.-L. *Op. cit.* P. 4.

¹¹⁶ *Ibid.*

Are there any rules that contradict or prohibit the multidisciplinary approach or not? Nothing in the 71 Articles of the UNCAC forbids an interdisciplinary approach that derives from an evolutionary interpretation.

Quite the opposite, UNCAC, in different parts, calls for a practical approach. For example, Article 1(a) UNCAC states (emphasis added): “*The purpose of this Convention are: To promote and strengthen measures to prevent and combat corruption more efficiently and effectively*”. The drafters laid a strong focus on effectiveness. Article 5 UNCAC focuses on effectiveness (“*maintain effective, coordinated anti-corruption policies*” (Article 5(1)), “*promote effective practices*” (Article 5(2)), “*evaluate... measures... to determining their adequacy to prevent... corruption*” (Article 5(3)). Specifically, Article 5(3) indicates that the drafters understood that to keep up with the development of corruption, policies must be adaptable and professional to stand a chance in the fight against corruption. Article 5(3) fulfils even the rigorous understanding that a living instrument needs to have an inherent dynamic for change.¹¹⁷ The drafters by no means intended to exclude such a possibility. The multidisciplinary approach is not *contra legem*.

Object and purpose

The second limit of evolutionary interpretation is its compatibility with the Convention's object and purpose, as emphasised in Article 31(1) VCLT, as ignoring this would betray the parties' intentions.¹¹⁸

In the *Magyar Helsinki Bizottsag* case,¹¹⁹ the Court paid particular attention to the object and purpose of Article 10 and the object and purpose of the entire Convention.¹²⁰

The Palena Tribunal highlighted that the parties' intentions may derive from sources other than the treaty language.¹²¹ It is possible to derive this intent from preliminary papers or the Parties' subsequent actions.¹²²

The criterion, “object and purpose”, is the most crucial. The evolutionary interpretation and the multidisciplinary approach stand and fall with it. The object and purpose of the Convention can be seen in different parts throughout. The most prominent is Article 1(a) UNCAC, whose purpose is “*to promote and strengthen measures to prevent and combat corruption more efficiently and effectively*”. The preamble states, “*The State Parties to this Convention... [are] convinced also that a comprehensive and multidisciplinary approach is required to prevent and combat corruption effectively*”.¹²³ The text of the preamble is relevant for the interpretation according to 31(2) VCLT. To summarise, the object and purpose of the UNCAC is to fight corruption effectively.

The multidisciplinary approach breathes life into effectiveness by producing objective criteria for effectively targeting corruption in different circumstances. The multidisciplinary approach is in line with the object and purpose of the UNCAC and Article 5 UNCAC.

"Present-day"

The third and final boundary is that the interpretation must reflect the present day. This criterion is essential as it prevents excessive interpretation via evolutionary interpretation.¹²⁴ The ECtHR explicitly stated that the “living instrument” doctrine should adapt the Convention to the present-day conditions.¹²⁵ The Court typically requires a “European consensus” or significant trend in legislation or practice of contracting states towards the chosen interpretation, indicating common acceptance or regional custom at the time of judgement delivery. The aim is to accompany and channel change.¹²⁶ Put another way, even while the interpretation is “evolutionary”, it must be grounded in the present. It would be dangerous to extrapolate future events outside the judiciary's purview.¹²⁷

¹¹⁷ Moeckli D., White N. D. *Treaties as “Living Instruments” / Conceptual and Contextual Perspectives on the Modern Law of Treaties* // ed. by M. Bowman, D. Kritsiotis. Cambridge University Press, 2018. P. 170.

¹¹⁸ Sicilianos A.-L. *Op. cit.* P. 4.

¹¹⁹ *Case of Magyar Helsinki Bizottsag v. Hungary (GC)* (n 121) § 155.

¹²⁰ Sicilianos A.-L. *Op. cit.* P. 4–5.

¹²¹ *Argentine-Chile Frontier Case (Argentina, Chile)* (1966) (Ad hoc Arbitration).

¹²² *Ibid.* P. 89; Nolte G. *Introductory Report of the Study Group on Treaties over Time // Treaties and Subsequent Practice* / ed. by G. Nolte. Oxford University Press, 2013; Mortenson J. D. *The Travaux de Travaux : Is the Vienna Convention Hostile to Drafting History?* // *American Journal of International Law*. 2013. Vol. 107. № 4. P. 780.

¹²³ United Nations Convention against Corruption 14 December 2005, UNCAC (United Nations) Preamble.

¹²⁴ Sicilianos A.-L. *Op. cit.* P. 5.

¹²⁵ European Court of Human Rights. *Case of Tyrer v. The United Kingdom* (1978). Application no. 5856/72.

¹²⁶ European Court of Human Rights. *Case of X and Others v. Austria (GC)* (19 February 2013). Application no. 1910/07.

¹²⁷ Sicilianos A.-L. *Op. cit.* P. 5.

The last criterion, “present day”, is the most difficult to fulfil. Lawmakers have not applied a similar widespread approach. However, the reason behind the hesitancy is the infancy of this train of thought.

While not fully developed, the approach is on the rise. More and more UN agencies are investigating the use of behavioural science, as parts of the multidisciplinary approach would suggest. Thus far, they have employed several methodologies and behavioural science in several areas of concentration, encompassing the Sustainable Development Goals.¹²⁸ The UN uses behavioural science for internal bureaucratic and administrative procedures. The thematic areas of gender, education, health, avoiding crime and violence, labour, and the environment have seen the most extensive and advanced uses of behavioural science, with various UN entities conducting pilot projects or randomised control trials.¹²⁹

To summarise, the multidisciplinary approach has not yet been used extensively concerning the field of corruption, but the approach has permeated other UN agencies and various fields of international law. The multidisciplinary approach is modern, but not so modern that it is irreconcilable with the criterion of “present day”.

4. Example of the UNCAC

We now know that we must interpret Article 5 UNCAC in an evolutionary manner to incorporate the multidisciplinary approach. The following section shows an example how the approach would work in practice. This part shows a selection of different Options that “effective” can be understood in the context of Article 5 UNCAC and shows how those Options interact with the empirical studies.

4.1. Options

4.1.1. Option 1: rational choice/simple model of rational crime

Option 1 is called rational choice, specifically, a simple model of rational crime (SMORC). This Option became known through the work of Nobel-prize winner G. S. Becker.¹³⁰ The general idea is that dishonesty and, thus, corruption consist of three essential elements that influence behaviour.

The first element is the potential gain from the crime.¹³¹ The second relevant criterion is the probability of getting caught,¹³² and the third is the expected severity of punishment. The dishonest person undertakes a cost-benefit analysis. If the reward outweighs the probability of severe punishment, the person will commit the dishonest act.¹³³ This understanding leads to the intuitive approach to focus on reducing the amount of money (or other things) gained in the corrupt process and investing in actions that strengthen the possibility of being caught.¹³⁴ So, for example, one way to achieve higher apprehension and conviction rates is by spending more money on police officers, court personnel, or other specialised tools.¹³⁵ Those specialised tools include, among other things, fingerprinting,¹³⁶ wiretapping,¹³⁷ computer control,¹³⁸ monitoring in general,¹³⁹ accounting and auditing standards,¹⁴⁰ and monitoring bank accounts and transactions.¹⁴¹ Another essential aspect of this approach would be to invest in transparency. Transparency can take the form of the publication of relevant laws and regulations.¹⁴²

¹²⁸ The UN Innovation Network (UNIN). United Nations Behavioural Science Report, 2021. P. 5.

¹²⁹ Ibid.

¹³⁰ Becker G. S. *Crime and Punishment: An Economic Approach I The Economic Dimensions of Crime II* ed. by N. G. Fielding, A. Clarke, R. Witt. Palgrave Macmillan UK, 2000.

¹³¹ Becker G. S. *Crime and Punishment: An Economic Approach II* Journal of Political Economy. 1968. Vol. 76. № 2. P. 169, 173.

¹³² Ibid. P. 184.

¹³³ Hechter M. *The Attainment of Solidarity in Intentional Communities II* Rationality and Society. 1990. Vol. 2. № 2. P. 142.

¹³⁴ Becker G. S. *Op. cit.*

¹³⁵ Ibid. P. 174.

¹³⁶ Ibid.

¹³⁷ Ibid.

¹³⁸ Ibid.

¹³⁹ United Nations Office on Drugs and Crime. *Technical Guide to the United Nations Convention Against Corruption*. New York, 2009. P. 56. URL: https://www.unodc.org/documents/treaties/UNCAC/Publications/TechnicalGuide/09-84395_Ebook.pdf (accessed: 17.07.2024).

¹⁴⁰ Ibid.

¹⁴¹ Ibid.

¹⁴² Ibid. P. 30.

4.1.2. Option 2: behavioural economics “self-concept maintenance”

People act dishonestly intentionally and deliberately by balancing the predicted external rewards and costs of the dishonest conduct, just like in the traditional economic model (also known as *homo economicus*) (Option 1).¹⁴³

Option 2 stipulates that another crucial psychological perspective is internal rewards.¹⁴⁴ People internalise the values and norms of their society, which serve as an internal benchmark against which they compare their behaviour.¹⁴⁵ People struggle to balance gaining from cheating and maintaining a positive self-concept as honest.¹⁴⁶ The point of departure for this Option is that people derive financial benefits from dishonesty while maintaining their positive self-concept.¹⁴⁷ People find a balance between honesty and dishonesty by defining them for themselves, regardless of whether their definition matches the objective definition.¹⁴⁸ People can categorise their actions into more compatible terms and find rationalisations for their actions, allowing them to cheat without negatively updating their self-concept.¹⁴⁹ This understanding of corruption opens the door for policies to influence the maintenance of the positive self-concept.¹⁵⁰ For example, reminding people about their moral standards¹⁵¹ or giving them less opportunity to justify their behaviour (categorisation malleability¹⁵²) morally could reduce corruption. As categorisation malleability increases, the magnitude of dishonesty a person can commit increases without affecting their self-concept.¹⁵³ One example could be that stealing a 10-cent pen from a friend is more accessible to justify than stealing 10 cents from his wallet.¹⁵⁴ However, there is a limit to stretching the truth. After a certain threshold, the conceptualisation loses its effect.¹⁵⁵

4.1.3. Option 3: principal-agent theory

Another famous theoretical approach to corruption is the principal-agent theory.¹⁵⁶ This approach stipulates that we have “principals” who are assumed to embody public interest and “agents” who prefer acting corruptly.¹⁵⁷ For example, in cases of bureaucratic corruption, the state officials are the “principals”, and the bureaucracy is the “agents”.¹⁵⁸ The corruption problem arises when the “principal” and the “agent” have diverging interests, and the agent pursues his interest.¹⁵⁹ Corruption becomes possible when there is an information asymmetry between “principals” and “agents”.¹⁶⁰ Policymakers must design policies to lower the number of transactions the “agent” can undertake, the value of the potential bribe, the possibility of being detected, and the potential punishment.¹⁶¹ Adding a supervisor/auditor to the principal-agent

¹⁴³ Becker G. S. *Op. cit.*

¹⁴⁴ Mazar N., Amir O., Ariely D. *The Dishonesty of Honest People: A Theory of Self-Concept Maintenance* // Journal of Marketing Research. 2008. Vol. 45. № 6. P. 633.

¹⁴⁵ Campbell E. Q. *The Internalization of Moral Norms* // Sociometry. 1964. Vol. 27. № 4. P. 391; Henrich J., Boyd R., Bowles S. et al. *In Search of Homo Economicus: Behavioral Experiments in 15 Small-Scale Societies* // American Economic Review. 2001. Vol. 91. № 2. P. 73.

¹⁴⁶ Aronson E. *The Theory of Cognitive Dissonance: A Current Perspective* // Advances in Experimental Social Psychology. 1969. Vol. 4. P. 1; Harris S., Mussen P., Rutherford E. *Some Cognitive, Behavioral and Personality Correlates of Maturity of Moral Judgment* // The Journal of Genetic Psychology. 1976. Vol. 128. P. 123.

¹⁴⁷ Mazar N., Amir O., Ariely D. *Op.cit.* P. 632.

¹⁴⁸ Ibid.

¹⁴⁹ Gur R. C., Sackeim H. A. *Self-Deception: A Concept in Search of a Phenomenon* // Journal of Personality and Social Psychology. 1979. Vol. 37. № 2. P. 147.

¹⁵⁰ Mazar N., Amir O., Ariely D. *Op. cit.* P. 632.

¹⁵¹ Ibid. P. 635.

¹⁵² To allow people to reinterpret their behaviour in a self-serving manner.

¹⁵³ Cunha M. P. E., Cabral-Cardoso C. *Shades of Gray: A Liminal Interpretation of Organizational Legality-Illegality* // International Public Management Journal. 2006. Vol. 9. № 3. P. 209; Schweitzer M. E., Hsee C. K. *Stretching the Truth: Elastic Justification and Motivated Communication of Uncertain Information* // Journal of Risk and Uncertainty. 2002. Vol. 25. № 2. P. 185.

¹⁵⁴ Mazar N., Amir O., Ariely D. *Op. cit.* P. 634.

¹⁵⁵ Ibid. P. 634–635.

¹⁵⁶ Brooks G. *Op. cit.* P. 24; Gemperle S., Panov S. *How to Research Anti-Corruption // How to Research Corruption? Conference Proceedings: Interdisciplinary Corruption Research Forum* / ed. by A. K. Schwickerath, A. Varrach, L.-L. Smith. SSOAR, 2016. P. 60; Rose-Ackerman S. *Corruption: A study in political economy*. Academic Press, 1978.

¹⁵⁷ Persson A., Rothstein B., Teorell J. *Op. cit.* P. 452.

¹⁵⁸ Rijckeghem C., van, Weder B. *Bureaucratic Corruption and the Rate of Temptation: Do Wages in the Civil Service Affect Corruption, and by How Much?* // Journal of Development Economics. 2001. Vol. 65. № 2. P. 307.

¹⁵⁹ Ross S. A. *The Economic Theory of Agency: The Principal's Problem* // The American Economic Review. 1973. Vol. 63. № 2. P. 134; Harris M., Raviv A. *Optimal Incentive Contracts with Imperfect Information* // Journal of Economic Theory. 1979. Vol. 20. № 2. P. 231; Lamsdorff J. *The Institutional Economics of Corruption and Reform*. P. 58; Aidt T. A. *Economic Analysis of Corruption: A Survey* // The Economic Journal. 2003. Vol. 113. № 491. P. 632.

¹⁶⁰ Persson A., Rothstein B., Teorell J. *Op. cit.* P. 452.

¹⁶¹ Ibid. P. 453; Marquette H., Pfeiffer C. *Corruption and Collective Action* // Governance. 2015. Vol. 31. № 3. P. 2.

paradigm shall mitigate the informal asymmetries the principal encounters.¹⁶² However, if a supervisor colludes with her, the agent may be coerced into fabricating her reports. For a bribe, she may overlook the agent's disobedience.¹⁶³

The recommendations for action under this approach would be:

Deregulation, meritocratic recruitment, reducing monopoly by promoting political and economic competition, increasing accountability by supporting democratisation and bureaucratisation (for administrative accountability), improving salaries of public officials, thereby increasing the opportunity cost of corruption if detected, improving the rule of law so that corrupt bureaucrats and politicians can be prosecuted and punished and encouraging greater transparency of government decision-making through deepening decentralisation, increased public oversight through parliament an independent media, creation and encouragement of civil society watchdogs.¹⁶⁴

4.1.4. Option 4: collective action problem

A collective action problem is a situation where a group fails to work toward producing a public good or a "common pool resource".¹⁶⁵ This approach underlines the relevance of how individuals act according to group dynamics, most notably the expectation of how others act.¹⁶⁶

E. Ostrom illustrates this with the example of fishers.¹⁶⁷ Many fishermen cast their nets in the same lake. Each one has the incentive to fish quickly and as much as possible. As H. Gordon stated years before, "*The fish in the [lake] are valueless to the fisherman because there is no assurance that they will be there for him tomorrow if they are left behind today.*"¹⁶⁸ In the long term, this leads to overfishing, resulting in natural resource exhaustion. This problem is called the "tragedy of the commons".¹⁶⁹ In this scenario, the first one to not overfish or act "honestly" has a competitive disadvantage.¹⁷⁰ The fishermen or our corrupt actors are not oblivious to the danger of their actions or the potential benefit they would generate by changing their behaviour.¹⁷¹ The problem is that they cannot credibly rely on the other actors.¹⁷² The crucial criterion for changing behaviour under this approach is "changing the expected behaviour of the other actors".¹⁷³ This problem consists of three sub-problems E. Ostrom refers to as the *behavioural theory of rational action*:¹⁷⁴ 1) the problem of supply, 2) the problem of making credible commitments, and 3) the problem of mutual monitoring.¹⁷⁵

How does this approach connect to corruption? Corruption similarly supposes that individuals put themselves ahead of a common goal. In that case, corruption is the "manifestation of free riding itself".¹⁷⁶ Another point of comparison with a shared pool resource is that corruption destabilises a state's ability to provide public goods and services efficiently.¹⁷⁷ A long list explains variables in collective action — based

¹⁶² Khalil F., Lawarree J. *Collusive Auditors* // American Economic Review. 1995. Vol. 85. № 2. P. 442.

¹⁶³ Ibid.

¹⁶⁴ Ivanov K. I. *The Limits of a Global Campaign against Corruption* // *Corruption and Development: The Anti-Corruption Campaigns* / ed. by S. Bracking. Palgrave Macmillan, 2007.

¹⁶⁵ Olson M. *The Logic of Collective Action: Public Goods and the Theory of Groups*. Harvard University Press, 1971.

¹⁶⁶ Marquette H., Pfeiffer C. *Op. cit.*; Seabright P. *Managing Local Commons: Theoretical Issues in Incentive Design* // Journal of Economic Perspectives. 1993. Vol. 7. № 4. P. 113; Ostrom E. *Governing the Commons: The Evolution of Institutions for Collective Action*. Cambridge University Press, 1990; Elster J. *Rationality, Morality, and Collective Action* // Ethics. 1985. Vol. 96. № 1. P. 136.

¹⁶⁷ Ostrom E. *Governing the Commons...*

¹⁶⁸ Gordon H. S. *The Economic Theory of a Common-Property Resource: The Fishery* // The Journal of Political Economy. 1954. Vol. 62. № 2. P. 124.

¹⁶⁹ Rothstein B. *Controlling Corruption...* P. 72.

¹⁷⁰ Rothstein B. *Social Traps and the Problem of Trust*. Cambridge University Press, 2005.

¹⁷¹ Persson A., Rothstein B., Teorell J. *Op. cit.* P. 457.

¹⁷² Ibid.

¹⁷³ *Toward a Political Economy of Development: A Rational Choice Perspective* / ed. by R. H. Bates. University of California Press, 1988.

¹⁷⁴ Ostrom E. *A Behavioral Approach to the Rational Choice Theory of Collective Action Presidential Address, American Political Science Association* // The American Political Science Review. 1998. Vol. 92. № 1. P. 1.

¹⁷⁵ Ostrom E. *Governing the Commons...* P. 37.

¹⁷⁶ Marquette H., Pfeiffer C. *Op. cit.* P. 3.

¹⁷⁷ Ibid. P. 4.

on them E. Ostrom¹⁷⁸ H. Marquette, and C. Pfeiffer distilled a smaller list with criteria regarding corruption.¹⁷⁹

This list includes eleven factors:

- group size;¹⁸⁰
- group heterogeneity;¹⁸¹
- face-to-face communication;¹⁸²
- repeated interaction;¹⁸³
- trust/good reputations;¹⁸⁴
- group interdependence;¹⁸⁵
- voluntary group membership;¹⁸⁶
- heuristic/norms;¹⁸⁷
- monitoring/transparency (contributions & collective good);¹⁸⁸
- long time horizons;¹⁸⁹ and
- salience of collective good.¹⁹⁰

4.2. Empirical studies

This section exemplifies how studies can predict the effectiveness of the different Options. Here is only a tiny overview of one criterion: culture.¹⁹¹

One approach that works in a country/situation could be fatal if applied to a different one. For example, Hong Kong¹⁹² and Singapore¹⁹³ successfully applied similar measures (establishing effective anti-corruption agencies) to fight corruption sustainably.¹⁹⁴ Since then, Singapore has been the 5th cleanest while Hong Kong is the 12th cleanest country in the world. However, countries like Uganda and Tanzania could not achieve similar effects with the same measure.¹⁹⁵ The effectiveness of an approach thus heavily relies on the context.¹⁹⁶

Culture is the central aspect investigated to establish the proper context. There are various and vastly different cultures worldwide. If minds are not receptive, even powerful foreign states cannot convert entire populations from their deeply held values.¹⁹⁷

¹⁷⁸ Poteete A. R., Janssen M. A., Ostrom E. *Working Together: Collective Action, the Commons, and Multiple Methods in Practice*. Princeton University Press, 2010.

¹⁷⁹ Marquette H., Pfeiffer C. *Op. cit.* P. 5.

¹⁸⁰ Ostrom E., Walker J. R., Gardner R. *Covenants With and Without a Sword: Self-Governance Is Possible // American Political Science Review*. 1992. Vol. 86. № 2. P. 404; Olson M. *Op. cit.*

¹⁸¹ Banerjee A., Iyer L., Somanthan R. *History, Social Divisions, and Public Goods in Rural India // Journal of the European Economic Association*. 2005. Vol. 3. № 2/3. P. 639; Kanbur R. *Heterogeneity, Distribution, and Cooperation in Common Property Resource Management*. Background Paper for the 1992 World Development Report; Olson M. *Op. cit.*; Hardin R. *Collective Action*. Taylor and Francis, 1982.

¹⁸² Ostrom E., Gardner R., Walker J. R. *Rules, Games, and Common-Pool Resources*. University of Michigan Press, 1994; Kerr N. L., Kaufman-Gilliland C. M. *Communication, Commitment, and Cooperation in Social Dilemma // Journal of Personality and Social Psychology*. 1994. Vol. 66. № 3. P. 513.

¹⁸³ Ostrom E. *Collective Action and the Evolution of Social Norms // Journal of Economic Perspectives*. 2000. Vol. 14. № 3. P. 137; Schlager E. *Policy Making and Collective Action: Defining Coalitions within the Advocacy Coalition Framework // Policy Sciences*. 1995. Vol. 28. № 3. P. 243.

¹⁸⁴ Seabright P. *Op. cit.*; Elster J. *Op. cit.*; Ostrom E. *Governing the Commons...*

¹⁸⁵ Hardin R., Karen C. S. *Norms of Cooperativeness and Networks of Trust // Social norms / ed. by M. Hechter, K.-D. Opp*. Russell Sage Foundation, 2005.

¹⁸⁶ Hauk E., Nagel R. *Choice of Partners in Multiple Two-Person Prisoner's Dilemma Games: An Experimental Study // The Journal of Conflict Resolution*. 2001. Vol. 45. № 6. P. 770.

¹⁸⁷ Crawford S., Ostrom E. *A Grammar of Institutions // Understanding Institutional Diversity / ed. by E. Ostrom*. Princeton University Press, 2005.

¹⁸⁸ Ostrom E. *Governing the Commons...*

¹⁸⁹ Bendor J., Mookherjee D. *Institutional Structure and the Logic of Ongoing Collective Action // American Political Science Review*. 1987. Vol. 81. № 1. P. 129.

¹⁹⁰ Agrawal A. *Common Resources and Institutional Sustainability // The Drama of the Commons / ed. by E. Ostrom et al*. National Academy Press, 2002.

¹⁹¹ Other areas could be: Governments & Institutions, corruption networks, religion, freedom (of press, judiciary, electoral process), punishments & incentives (including studies to monitoring, whistleblowing, auditing and asymmetric penalties).

¹⁹² Root H. L. *Small Countries, Big Lessons: Governance and the Rise of East Asia*. Oxford University Press, 1996. P. 52; Tanzi V. *Corruption Around the World: Causes, Consequences, Scope, and Cures*. International Monetary Fund Working Paper, 1998.

¹⁹³ Root H. L. *Op. cit.* P. 42; Tanzi V. *Corruption Around the World...*

¹⁹⁴ Persson A., Rothstein B., Teorell J. *Op. cit.* P. 465–466.

¹⁹⁵ Yeh S. S. *Ending corruption in Africa through United Nations inspections // International Affairs*. P. 629, 632.

¹⁹⁶ Marquette H., Pfeiffer C. *Op. cit.* P. 11.

¹⁹⁷ Hofstede G., Hofstede G. J., Minkov M. *Cultures and Organizations: Software of the Mind: Intercultural Cooperation and its Importance for Survival*. McGraw-Hill, 2010. P. 126–127.

To compare cultures, G. Hofstede developed five criteria to differentiate world cultures.¹⁹⁸ In the beginning, Hofstede studied survey data about the societal values of people in more than fifty countries worldwide.¹⁹⁹ He studied questionnaires of employees of the extensive international cooperation IBM (International Business Machines). Statistical analysis showed that the values from one country to another almost matched perfectly, except for the nationality. They showed that these questionnaires are an excellent tool for distinguishing national values.²⁰⁰ These different “dimensions of culture” matched other studies exceptionally closely.²⁰¹ Scientists replicated the IBM questionnaire at least six times and reached almost identical results.²⁰² Different “dimensions of culture” matched other studies exceptionally closely.²⁰³

Additionally, the World Values Survey collects questionnaires from more than a hundred countries worldwide in ten-year intervals, and the surveys correlate with the original IBM study.²⁰⁴ *Culture's Consequences* by G. Hofstede is one of the most cited books in sociology.²⁰⁵

The resulting criteria are the following: power distance, uncertainty avoidance, masculinity, individualism, and long-term orientation. This article focuses on power distance, and individualism/collectivism.

4.2.1. Power distance

Power distance refers to the belief and acceptance among less powerful members of a country's institutions and organisations of how they can affect power.²⁰⁶ In a community, power distance refers to the degree to which members accept that some people hold more power than others.²⁰⁷ The less powerful members define the power distance, while the influential members typically define the power distribution with their behaviour.²⁰⁸ The power distance index (hereinafter — PDI) ranks countries from 1 to 100, with a low number indicating a small power distance and a high number indicating a considerable power distance.²⁰⁹ Significant power distance correlates strongly with corruption.²¹⁰

4.2.2. Individualism/collectivism

One main difference between cultures is the individual's role versus the group's role in human societies. Most people live in societies where group interests prevail over individual interests, leading to a fundamental difference in human societies.²¹¹ These societies are collectivist, referring to the power of the group rather than the state's influence on individuals. The term may have political connotations but does not refer to the state's power over individuals.²¹² The IBM database uses a process to calculate individualism index values (IDV), ranging from 0 for collectivist countries to 100 for individualist ones. Approximation formulas are used for follow-up studies, allowing for direct calculation of individualism index values.²¹³ The relationship between national wealth and individualism in culture is strong.²¹⁴

¹⁹⁸ Ibid.

¹⁹⁹ Ibid. P. 30.

²⁰⁰ Ibid.

²⁰¹ Inkeles A., Levinson D. J. *The Personal System and the Sociocultural System in Large-Scale Organizations* // *Sociometry*. 1963. Vol. 26. № 2. P. 217.

²⁰² Hoppe M. H. *A Comparative Study of Country Elites: International Differences in Work-Related Values and Learning and Their Implications for Management Training and Development*. U.M.I., 1990; Shane S., MacMillan I., Venkataraman S. *Cultural Differences in Innovation Championing Strategies* // *Journal of Management*. 1995. Vol. 21. № 5. P. 931; Helmreich R. L. Merritt A. C. *Culture at Work in Aviation and Medicine: National, Organizational, and Professional Influences*. Routledge, 2016; Mooij M. K., de. *Consumer Behavior and Culture: Consequences for Global Marketing and Advertising*. SAGE Publishing, 2011; Mouritzen P. E. *Leadership at the Apex: Politicians and Administrators in Western Local Governments*. University of Pittsburgh Press, 2002; Nimwegen T., van. *Global Banking, Global Values: The In-House Reception of the Corporate Values of ABN AMRO*. Eburon, 2002.

²⁰³ Inkeles A., Levinson D. J. *Op. cit.*

²⁰⁴ Hofstede G., Hofstede G. J., Minkov M. *Op. cit.* P. 44.

²⁰⁵ Other scientists cited the book (according to Google) 64192 times as of May 2024.

²⁰⁶ Hofstede G., Hofstede G. J., Minkov M. *Op. cit.* P. 61.

²⁰⁷ Ibid.

²⁰⁸ Ibid. P. 61.

²⁰⁹ Ibid. P. 56.

²¹⁰ Getz K. A., Volkema R. J. *Culture, Perceived Corruption, and Economics* // *Business & Society*. 2001. Vol. 40. № 1. P. 7.

²¹¹ Hofstede G., Hofstede G. J., Minkov M. *Op. cit.* P. 90.

²¹² Ibid. P. 90–91.

²¹³ Ibid. P. 94.

²¹⁴ Ibid.

A quote that symbolises the different attitudes of collectivist countries and individualist countries towards corruption is: "A [individualist] will say of [collectivists]: 'They cannot be trusted because they will always help their friends.' Collectivists will say of individualists: 'You cannot trust them; they would not even help a friend'."²¹⁵

Collectivist officials are likelier to hand out favours when dealing with acquaintances, friends, and relatives and are less likely to report corrupt activity.²¹⁶ The emphasis is on maintaining relationships, which supports nepotism and favouritism.²¹⁷ Not handing out favours might even be considered a *faux pas*.²¹⁸ Another factor in corruption is the practice of gift-giving in collectivist cultures, as boundaries between gift-giving and corruption are blurred.²¹⁹

Power distance and individualism are negatively correlated. Countries with a considerable power distance are more likely to be collectivist; consequently, a small power distance indicates more individualist countries.²²⁰ A cross-country analysis of 99 countries shows a robust relationship between individualist countries and lower levels of corruption, even when checking for a rich set of control variables (especially national wealth).²²¹

4.2.3. Application to the Options

We apply those criteria to our established Options for the grand finale. The principal-agent theory works best in countries with indeed principled agents. Principal agents are interested in reducing corruption. In countries with a considerable power distance, principal agents have more freedom to abuse their power, as the "normal" person has less influence than in cultures with a low PDI, and the "normal" people accept potentially corrupt behaviour.

The principal-agent theory proposes improving public oversight, improving officials' salaries, or supporting public watchdogs. In systemically corrupt countries, the person who spends most of the money to acquire a specific position is most likely to abuse it.²²² These proposals would thus backfire in a high PDI country. The society is not capable of holding the principals accountable. Giving principals more money and tools to monitor gives an already powerful entity even more unchecked power.

However, civil society can hold agents more accountable in countries with low PDI. Improving monitoring, reporting on corruption, and supporting watchdog groups would effectively deter corruption. The suggestion would be to utilise the principal-agent theory only in countries with a relatively low PDI. A collective action problem approach would probably be fruitful in collectivist countries.

The Option builds significantly on group dynamics, interdependence, trust/good reputations, face-to-face communication, and group heterogeneity. Under the conditions that most relevant people are part of a group with strong ties to one another, such as family or tribal/clan structures, the approach can overcome the tragedy of the commons.

On the other hand, a country with a significant IDV would likely not have the same success. In individualist countries, group members can easily switch groups, and close ties primarily only exist towards their own (core) family. Organising many different individuals would be significantly more challenging compared to fixed groups.

The strength of the multidisciplinary approach lies in its adaptability to different circumstances. Generally speaking, the more scientists utilise studies, the more tailored an approach can be to a country's situation. Here is already an example of two criteria.

²¹⁵ Trompenaars F., Hampden-Turner C. *Riding the Waves of Culture: Understanding Cultural Diversity in Business*. Brealey, 2011. P. 31–32.

²¹⁶ Jha C., Panda B. *Individualism and Corruption: A Cross-Country Analysis* // Journal of Applied Economics and Policy. 2017. Vol. 36. № 1. P. 60, 62.

²¹⁷ Ibid.

²¹⁸ Tanzi V. *Corruption, Governmental Activities, and Markets*. IMF Working Papers Working Paper № 94/99. International Monetary Fund, 1994.

²¹⁹ Zheng X., El Ghouli S., Guedhami O., Kwok C. C. Y. *Collectivism and Corruption in Bank Lending* // Journal of International Business Studies. 2013. Vol. 44. P. 363.

²²⁰ Hofstede G., Hofstede G. J., Minkov M. *Op. cit.* P. 102–103.

²²¹ Jha C., Panda B. *Op. cit.* P. 60.

²²² Persson A., Rothstein B., Teorell J. *Op. cit.*

Conclusion

In conclusion, despite all the good that international law does, we can do more to improve *de facto* compliance with treaties. A multidisciplinary approach enhances compliance with (international) law. We must utilise empirical studies from other sciences, such as behavioural economics or sociology. This multidisciplinary approach targets the specific state's conditions when focusing on cultural dimensions. This approach is compatible with the rules of interpretation set out in the VCLT, specifically with an evolutionary interpretation. The general approach exemplified here can enhance other fields of law as well. In the future, policymakers shall rely more and more on empirical evidence when drafting conventions to enhance overall compliance.

КАК СДЕЛАТЬ МЕЖДУНАРОДНОЕ ПРАВО БОЛЕЕ ЭФФЕКТИВНЫМ: ЭФФЕКТИВНОСТЬ КОНВЕНЦИИ ОРГАНИЗАЦИИ ОБЪЕДИНЕННЫХ НАЦИЙ ПРОТИВ КОРРУПЦИИ

Шлютер Н.

Нильс Шлютер — докторант, эксперт в области международного права, Гёттинген, Федеративная Республика Германия (nilsschluter95@gmail.com). ORCID: 0009-0004-4253-8690.

Аннотация

В статье рассматривается вопрос о том, как сделать международное право более эффективным де-факто. Существует бесчисленное множество конвенций, посвященных защите прав человека, охране окружающей среды или, как в нашем случае, предотвращению коррупции. Главный тезис заключается в том, что юристы и политики могут сделать существующие договоры более эффективными, используя междисциплинарный подход. Он состоит в применении результатов эмпирических исследований других научных областей, включая поведенческую экономику, социологию и криминологию. Этот подход совместим с международным правом, в частности с правилами толкования, изложенными в Венской конвенции о праве международных договоров (далее — ВКПМД), посредством эволюционного толкования. Эффективная антикоррупционная политика должна быть адаптирована к условиям конкретного государства. Если один подход сработал в определенном государстве в конкретной ситуации, это не значит, что эта политика будет иметь такие же результаты везде. В данной статье представлены различные концепции политики по борьбе с коррупцией: рациональный выбор, поддержание я-концепции, теория принципала-агента и проблема коллективных действий. Эти концепции оцениваются через призму эмпирических исследований. Для иллюстрации этого подхода показано применение критерия «культура». В своих исследованиях Г. Хофстеде обнаружил различные культурные измерения: дистанция власти, индивидуализм, маскулинность и избегание неопределенности. Каждое измерение имеет уникальное взаимодействие с коррупцией. Эти взаимодействия объясняют, почему один и тот же подход не дает одинаковых результатов. Например, в государстве с очень высоким индексом дистанции власти подход, основанный на теории принципала-агента, будет не столь эффективен. В странах с высоким индексом дистанции власти средний гражданин практически не влияет на политику государства. Однако подотчетность принципов является одним из ключевых элементов подхода принципал-агент. Напротив, такой подход может привести к обратному результату. Если дать принципалам больше денег и полномочий по контролю, как предполагает подход, это только укрепит существующие структуры. В государстве с высокой степенью подотчетности (низкий индекс дистанции власти) такой подход усилил бы борьбу с коррупцией.

Ключевые слова

междисциплинарный подход, эволюционное толкование, эффективность, ВКПМД, UNCAC, поведенческая экономика, социология

Для цитирования: Шлютер Н. Как сделать международное право более эффективным: эффективность Конвенции Организации Объединенных Наций против коррупции // Журнал ВШЭ по международному праву (HSE University Journal of International Law). 2024. Т. 2. № 2. Р. 72–94.

<https://doi.org/10.17323/jil.2024.22264>

References / Список источников

Agrawal A. (2002) Common Resources and Institutional Sustainability. In: Ostrom E., Dietz T., Dolšak N., Stern P., Stonich S., Weber E. (eds.) *The Drama of the Commons*, National Research Council.

- Aidt T. S. (2003) Economic Analysis of Corruption: A Survey. *The Economic Journal*, vol. 113, no. 493, pp. 632–652.
- Aidt T. S. (2011) Corruption and Sustainable Development. In: Rose-Ackerman S., Soreide T. (eds.) *International Handbook on the Economics of Corruption*, Edward Elgar Publishing.
- Aizenman J., Spiegel M. (2006) Institutional Efficiency, Monitoring Costs and the Investment Share of FDI. *Review of International Economics*, vol. 14, no. 4, pp. 683–697.
- Akande D. (2018) International Organizations. In: Evans M. (ed.) *International Law*, Oxford University Press.
- Ariely D. (2009) *Predictably Irrational: The Hidden Forces that Shape our Decisions*, Harper Collins Publishers.
- Aronson E. (1969) The Theory of Cognitive Dissonance: A Current Perspective. *Advances in Experimental Social Psychology*, vol. 4, pp. 1–34.
- Banerjee A., Iyer L., Somanthan R. (2005) History, Social Divisions, and Public Goods in Rural India. *Journal of the European Economic Association*, vol. 3, nos. 2–3, pp. 639–647.
- Barkan S. E. (2001) *Criminology: A Sociological Understanding*, Prentice-Hall.
- Bates R. (ed.) (1988) *Toward a Political Economy of Development: A Rational Choice Perspective*, University of California Press.
- Becker G. S. (1968) Crime and Punishment: An Economic Approach. *Journal of Political Economy* vol. 76, no. 2, pp. 169–217.
- Becker G. S. (2000) Crime and Punishment: An Economic Approach. In: Fielding N., Clarke A. Witt R. (eds) *The Economic Dimensions of Crime*, Palgrave Macmillan UK.
- Bendor J., Mookherjee D. (1987) Institutional Structure and the Logic of Ongoing Collective Action. *American Political Science Review*, vol. 81, no. 1, pp. 129–154.
- Bernhardt R. (1999) Evolutive Treaty Interpretation, Especially of the European Convention on Human Rights. *German Yearbook of International Law*, vol. 42, pp. 11–14.
- Bjorge E. (2014) *The Evolutionary Interpretation of Treaties*, Oxford University Press.
- Bourdieu P. (1987) The Force of Law: Toward a Sociology of the Juridical Field. *The Hastings Law Journal*, vol. 38, pp. 805–851.
- Brooks G. (2016) *Criminology of Corruption: Theoretical Approaches*, Palgrave Macmillan UK.
- Simma B. (2019) Foreword: The United Nations Convention against Corruption: A Commentary. In: Rose C., Kubiciel M., Landwehr O. (eds.) *The United Nations Convention against Corruption: A commentary*, Oxford University Press.
- Campbell E. Q. (1964) The Internalization of Moral Norms. *Sociometry*, vol. 27, no. 4, pp. 391–412.
- Crawford J. (2012) *Brownlie's Principles of Public International Law*, Oxford University Press.
- Crawford S., Ostrom E. (2005) A Grammar of Institutions. In: Ostrom E. (ed.) *Understanding Institutional Diversity*, Princeton University Press.
- Cunha M. P. E., Cabral-Cardoso C. (2006) Shades of Gray: A Liminal Interpretation of Organizational Legality-Illegality. *International Public Management Journal*, vol. 9, no. 4, pp. 209–225.
- Dörr O., Schmalenbach K. (2011) *Vienna Convention on the Law of Treaties*, Springer.
- Elster J. (1985) Rationality, Morality, and Collective Action. *Ethics*, vol. 94, no. 1, pp. 136–155.
- Gardiner R. K. (2017) *Treaty Interpretation*, Oxford University Press.
- Gemperle S., Panov S. (2016) How to Research Anti-Corruption. In: Schwickerath A., Varraich A., Smith L.-L. (eds.), *How to Research Corruption? Conference Proceedings: Interdisciplinary Corruption Research Forum*.
- Getz K. A., Volkema R. J. (2001) Culture, Perceived Corruption, and Economics. *Business & Society*, vol. 40, no. 1, pp. 7–30.

- Giddens A. (2008) *Sociology*, Polity Press.
- Gordon H. S. (1954) The Economic Theory of a Common-Property Resource: The Fishery. *The Journal of Political Economy*, vol. 62, no. 2, pp. 124–142.
- Gur R. C., Sackeim H. A. (1976) Self-Deception: A Concept in Search of a Phenomenon. *Journal of Personality and Social Psychology*, vol. 37., no. 2, pp. 147–169.
- Habib M., Zurawicki L. (2002) Corruption and Foreign Direct Investment. *Journal of International Business Studies*, vol. 33, no. 2, pp. 291–307.
- Hardin R. (1982) *Collective Action*, Taylor and Francis.
- Hardin R., Karen C. (2005) Norms of Cooperativeness and Networks of Trust. In: Hechter M., Opp K.-D. (eds.) *Social norms*, Russell Sage Foundation.
- Harris M., Raviv A. (1979) Optimal Incentive Contracts with Imperfect Information. *Journal of Economic Theory*, vol. 20, no. 2, pp. 231–259.
- Harris S., Mussen P., Rutherford E. (1976) Some Cognitive, Behavioral and Personality Correlates of Maturity of Moral Judgment. *The Journal of Genetic Psychology*, vol. 128, pp. 123–135.
- Hauk E., Nagel R. (2001) Choice of Partners in Multiple Two-Person Prisoner's Dilemma Games: An Experimental Study. *The Journal of Conflict Resolution*, vol. 45, no. 6, pp. 770–793.
- Hechter M. (1990) The Attainment of Solidarity in Intentional Communities. *Rationality and Society*, vol. 2, no. 2, pp. 142–155.
- Helmreich R. L., Merritt A. C. (2016) *Culture at Work in Aviation and Medicine: National, Organizational, and Professional Influences*, Routledge.
- Henrich J. and others. (2001) In Search of Homo Economicus: Behavioral Experiments in 15 Small-Scale Societies. *American Economic Review*, vol 91, no. 2, pp. 73–78.
- Herdegen M. (2020) Interpretation in International Law. *Max Planck Encyclopedias of International Law (MPIL)*.
- Higgins R. (2006) A Babel of Judicial Voices? Ruminations from the Bench. *International & Comparative Law Quarterly*, vol. 55, no. 4, pp. 791–804.
- Hofstede G., Hofstede, Minkov M. (2010) *Cultures and Organizations: Software of the Mind: Intercultural Cooperation and its Importance for Survival*, McGraw-Hill.
- Hoppe M. H. (1990) *A Comparative Study of Country Elites: International Differences in Work-Related Values and Learning and their Implications for Management Training and Development*, U. M. I.
- Inkeles A., Levinson D. J. (1963) The Personal System and the Sociocultural System in Large-Scale Organizations. *Sociometry*, vol. 26, no. 2, pp. 217–229.
- Ivanov K. S. (2007) The Limits of a Global Campaign against Corruption. In: Bracking S. (ed) *Corruption and Development: The Anti-Corruption Campaigns*, Palgrave Macmillan.
- Jha C., Panda B. (2017) Individualism and Corruption: A Cross-Country Analysis. *Journal of Applied Economics and Policy*, vol. 36, no. 1, pp. 60–74.
- Kahneman D., Slovic P., Tversky A. (2008) *Judgment under Uncertainty: Heuristics and Biases*, Cambridge University Press.
- Kahneman D., Tversky A. (1979) Prospect Theory: An Analysis of Decision under Risk. *Econometrica*, vol. 47, no. 2, pp. 263–292.
- Kanbur R. Heterogeneity, Distribution, and Cooperation in Common Property Resource Management. Background Paper for the 1992 World Development Report.
- Kelle U. (2005) Sociological Explanations between Micro and Macro and the Integration of Qualitative and Quantitative Methods. *Historical Social Research*, vol. 30, no. 1, pp. 95–117.
- Kerr N. L., Kaufman-Gilliland C. M. (1994) Communication, Commitment, and Cooperation in Social Dilemma. *Journal of Personality and Social Psychology*, vol. 66, no. 3, pp. 513–529.

- Khalil F., Lawarree J. (1995) Collusive Auditors. *American Economic Review*, vol. 85, no. 2, pp. 442–446.
- Klamberg M. (2015) *Power and Law in International Society: International Relations as the Sociology of International Law*.
- Koskenniemi M., Leino P. (2002) Fragmentation of International Law? Postmodern Anxieties. *Leiden Journal of International Law*, vol. 15, no. 2, pp. 553–579.
- Lambsdorff J. G. (2003) How Corruption Affects Persistent Capital flows. *Economics of Governance*, vol. 4, no. 3, pp. 229–243.
- Lambsdorff J. G. (2007) *The Institutional Economics of Corruption and Reform: Theory, Evidence, and Policy*, Cambridge University Press.
- Lanovoy V., Izaguerri A. (2013) The WTOs Influence on Other Dispute Settlement Mechanisms: A Lighthouse in the Storm of Fragmentation. *Journal of World Trade*, vol. 47, no. 3, pp. 481–243.
- Lawson L. (2009) The politics of Anti-Corruption Reform in Africa. *The Journal of Modern African Studies*, vol. 47, no. 1, pp. 73–100.
- Letsas G. (2010) Strasbourg's Interpretive Ethic: Lessons for the International Lawyer. *European Journal of International Law*, vol. 21, no. 3, pp. 509–541.
- Lippold M. (2003) *The Interrelationship of the Sources of Public International Law*, vol. 323, Nomos.
- Lord M. (1986) *The Law of Treaties*, vol. 1, Oxford University Press.
- Marquette H., Cooley L. (2015) Corruption and Post-Conflict Reconstruction. In: Jackson P. (ed.) *Handbook of International Security and Development*, Edward Elgar Publishing.
- Marquette H., Pfeiffer C. (2015) *Corruption and Collective Action*.
- Maxwell F. (2022) Missed Communications and Miscommunications: International Courts, the Fragmentation of International Law and Judicial Dialogue. *Goettingen Journal of International Law*, vol. 12, no. 1, pp. 49–104.
- Mazar N., Amir O., Ariely D. (2008) The Dishonesty of Honest People: A Theory of Self-Concept Maintenance. *Journal of Marketing Research*, vol. 45, no. 6, pp. 633–644.
- McLachlan C. (2013) The Evolution of Treaty Obligations in International Law. In: Nolte G. (ed.) *Treaties and subsequent practice*, Oxford University Press.
- Moeckli D., White N. D. (2018) Treaties as "Living Instruments". In: Bowman M., Kritsiotis D. (eds.) *Conceptual and Contextual Perspectives on the Modern Law of Treaties*, Cambridge University Press.
- Mooij M. K., de. (2011) *Consumer Behavior and Culture: Consequences for Global Marketing and Advertising*, SAGE Publications Ltd.
- Mortenson J. D. (2013) The Travaux of Travaux: Is the Vienna Convention Hostile to Drafting History?. *American Journal of International Law*, vol. 107, no. 4, pp. 780–822.
- Mouritzen P. E. (2002) *Leadership at the Apex: Politicians and Administrators in Western Local Governments*, University of Pittsburgh Press.
- Mungiu-Pippidi A., Heywood P. M. (eds.) (2020) *A Research Agenda for Studies of Corruption*, Edward Elgar Publishing.
- Nolte G. (2013) Introductory Report of the Study Group on Treaties over Time. In: Nolte G. (ed.) *Treaties and Subsequent Practice*, Oxford University Press.
- Olson M. (1971) *The Logic of Collective Action: Public Goods and the Theory of Groups*. Harvard Economic Studies, vol. 124, Harvard University Press.
- Orakhelashvili A. (2008) *The Interpretation of Acts and Rules in Public International Law*, Oxford University Press.
- Ostrom E. (1990) *Governing the Commons: The Evolution of Institutions for Collective Action*, Cambridge University Press.

- Ostrom E. (1998) A Behavioral Approach to the Rational Choice Theory of Collective Action Presidential Address, American Political Science Association. *The American Political Science Review*, vol. 91, no. 2, pp. 1–22.
- Ostrom E. (2000) Collective Action and the Evolution of Social Norms. *Journal of Economic Perspectives*, vol. 14, no. 3, pp. 137–158.
- Ostrom E., Gardner R., Walker J. R. (1994) *Rules, Games, and Common-Pool Resources*, University of Michigan Press.
- Ostrom E., Walker J. R., Gardner R. (1992) Covenants with and without a Sword: Self-Governance Is Possible. *American Political Science Review*, vol. 86, no. 2, pp. 404–417.
- Paulus A. L., Leiss J. R. (2018) Constitutionalism and the Mechanics of Global Law Transfers. *Goettingen Journal of International Law*, vol. 9, no. 1, pp. 35–66.
- Pauwelyn J., Elsig M. (2013) The Politics of Treaty Interpretation. In: Dunoff J. L., Pollack M. A. (eds.) *Interdisciplinary Perspectives on International Law and International Relations*, Cambridge University Press.
- Peat D. (2019) *Comparative Reasoning in International Courts and Tribunals*, Cambridge University Press.
- Persson A., Rothstein B., Teorell J. (2013) Why Anticorruption Reforms Fail-Systemic Corruption as a Collective Action Problem. *Governance*, vol. 26, no. 3, pp. 449–471.
- Peters A. (2016) Fragmentation and Constitutionalization. In: Orford A., Hoffmann F. (eds.) *The Oxford Handbook of the Theory of International Law*, Oxford University Press.
- Poteete A. R., Janssen M. A., Ostrom E. (2010) *Working Together: Collective Action, the Commons, and Multiple Methods in Practice*, Princeton University Press.
- Quayle P. (2016) Treaties of a Particular Type: The ICJ's Interpretative Approach to the Constituent Instruments of International Organizations. *Leiden Journal of International Law*, vol. 29, no. 3, pp. 853–877.
- Reiter S. L., Steensma H. K. (2010) Human Development and Foreign Direct Investment in Developing Countries: The Influence of FDI Policy and Corruption. *World Development*, vol. 38, no. 12, 1678–1691.
- Reuter P., Haggenmacher P., Mico J. (2011) *Introduction to the Law of Treaties*. Graduate Institute of International Studies, Routledge.
- Richey S. (2010) The Impact of Corruption on Social Trust. *American Politics Research*, vol. 38, no. 4, pp. 676–690.
- Williams R. (1999) New Concepts for Old? *Third World Quarterly*, vol. 20, no. 3, pp. 503–513.
- Root H. L. (1996) *Small Countries, Big Lessons: Governance and the Rise of East Asia*, Oxford University Press.
- Rose-Ackerman S. (1978) *Corruption: A Study in Political Economy*, Academic Press.
- Ross S. A. (1973) The Economic Theory of Agency: The Principal's Problem. *The American Economic Review*, vol. 63, no. 2, pp. 134–139.
- Rothstein B. (2005) *Social Traps and the Problem of Trust*, Cambridge University Press.
- Rothstein B. (2021) *Controlling Corruption: The Social Contract Approach*, Oxford University Press.
- Schlager E. (1995) Policy Making and Collective Action: Defining Coalitions within the Advocacy Coalition Framework. *Policy Sciences*, vol. 28, no. 3, pp. 243–270.
- Schweitzer M. E., Hsee C. K. (2002) Stretching the Truth: Elastic Justification and Motivated Communication of Uncertain Information. *Journal of Risk and Uncertainty*, vol. 25, no. 2, pp. 185–201.
- Scott J. (2000) Rational Choice Theory. In: Browning G. and others (eds.) *Understanding Contemporary Society: Theories of the Present*, SAGE Publishing.

- Seabright P. (1993) Managing Local Commons: Theoretical Issues in Incentive Design. *Journal of Economic Perspectives*, vol. 7, no. 4, pp. 113–134.
- Shane S., MacMillan I., Venkataraman S. (1995) Cultural Differences in Innovation Championing Strategies. *Journal of Management*, vol. 21, no. 5, pp. 931–952.
- Sicilianos L-A. (2020) Interpretation of the European Convention on Human Rights: Remarks on the Court's Approach, Council of Europe, 23 September 2020.
- Simma B. (2004) Fragmentation in a Positive Light. *Michigan Journal of International Law*, vol. 25, no. 4, pp. 845–847.
- Sunstein C. R., Jolls C., Thaler R. H. (1998) A Behavioral Approach to Law and Economics. *Stanford Law Review*, vol. 50, pp. 1471–1550.
- Sutherland E. H. (1992) *Principles of Criminology* (11 edn.), General Hall.
- Tanzi V. (1994) Corruption, Governmental Activities, and Markets. IMF Working Papers Working Paper No. 94/99, International Monetary Fund.
- Thaler R. H. (1994) *Quasi Rational Economics* (1 paperback edn.), Russell Sage Foundation.
- Towfigh E. V., Petersen N. (eds.) (2017) *Ökonomische Methoden im Recht: Eine Einführung für Juristen* (Mohr Lehrbuch, 2 überarbeitete und aktualisierte Auflage), Mohr Siebeck.
- Trompenaars F., Hampden-Turner C. (2011) *Riding the Waves of Culture: Understanding Cultural Diversity in Business* (2 edn. repr. with corrections), Brealey.
- van Aaken A. (2021) Behavioral Approaches to International Corruption Fighting. *Verfassungsblog* Available at: <https://verfassungsblog.de/behavioral-approaches-to-international-corruption-fighting/> (accessed: 27.07.2024).
- van Nimwegen T. (2002) *Global Banking, Global Values: The In-house Reception of the Corporate Values of ABN AMRO*, Eburon.
- van Rijckeghem C., Weder B. (2001) Bureaucratic Corruption and the Rate of Temptation: Do Wages in the Civil Service Affect Corruption, and by How Much?. *Journal of Development Economics*, vol. 65, no. 2, pp. 307–331.
- Venzke I. (2012) *How Interpretation Makes International Law: On Semantic Change and Normative Twists*, Oxford University Press.
- Waldock H. (1966) *Yearbook of the International Law Commission*.
- Weiler J. H. H. (2010) The Interpretation of Treaties - A Re-examination Preface. *European Journal of International Law*, vol. 21, no. 3, pp. 507.
- Zheng X., Ghoul S. El, Guedhami O., Kwok C. C. Y. (2013) Collectivism and Corruption in Bank Lending. *Journal of International Business Studies*, vol. 44, no. 4, pp. 363–390.
- Yeh S. S. (2011) Ending Corruption in Africa through United Nations Inspections. *International Affairs*, vol. 87, no. 3, pp. 629–650.

CAUSES OF ACTION BEHIND PARENT COMPANIES' ACCOUNTABILITY FOR HUMAN RIGHTS VIOLATIONS IN THE NATIONAL COURTS

ULANOVA D.

Daria Ulanova — Master of Laws, Lawyer, “SGS-Group” LLC, Moscow, Russia (ulanovaa.darya@gmail.com). ORCID:0009-0008-7196-011X.

Abstract

The vertical nature of international human rights norms presupposes states to be the addressee of human rights obligations. Therefore, there is no corporate liability for human rights abuses under international law. National legislation also does not contain any explicit rule that would allow to hold a parent company liable for human rights violations committed by its subsidiary or supplier abroad. Nevertheless, even in the absence of a clear legal basis, the national courts of Canada, France, the UK and the Netherlands, express their willingness to recognise the existence of responsibility to respect human rights on the part of corporations. Furthermore, modern case law of the aforementioned states represents possibilities to actually hold corporations liable under tort and criminal law for violations of this obligation. The reason for these “bottom — up” developments appears to be the shift of focus from corporate to victims protection. Corporate legal autonomy originated from strict corporate separation principle, as it becomes questionable nowadays. The need for the developments was born from a laissez-faire approach applied to corporations over the years that gave them the possibility to become invisible in their home states and therefore insulate liability for wrongdoings abroad. National courts of Canada, France, the UK and the Netherlands in course of their judicial practice invoke a great variety of possible causes of action to be the ground of imposing the responsibility to respect human rights on corporations and consequently holding them liable for violation of that obligation. Causes of action encompass international human rights law provisions, invocation of duty of care concept, human rights due diligence framework and criminal law provisions. However, the question whether any cause of action invoked by national courts in order to hold parent companies liable for human rights abuses committed by their subsidiaries or suppliers abroad meets the criteria of universality and applicability at the international level.

Keywords

human rights, cause of action, parent company, subsidiary, corporate liability, direct liability, due diligence

Citation: Ulanova D. Causes of Action Behind Parent Companies' Accountability for Human Rights Violations in National Courts // *Zhurnal VSHÉ po mezhdunarodnomu pravu (HSE University Journal of International law)*. 2024. Vol. 2. № 2. P. 95–112.

<https://doi.org/10.17323/jil.2024.22267>

Introduction

On 24 April 2013 at least 1,080 workers died, and 2,500 workers were severely injured in the eight-storey building collapse in Bangladesh, which occurred due to gross negligence of its owners.¹ The building housed five factories, manufacturing clothing for a range of large foreign brands, including Zara, Mango, Benetton.² Despite the fact that evacuation was ordered, seeking to meet delivery deadlines the workers were urged by the suppliers to return to work on the day of the collapse.³ The Rana Plaza tragedy was not the first one but provided a catalyst for global corporate liability developments.

Criminal charges were brought against 38 individuals.⁴ Among them 30 secured bails and 6 remained at large.⁵ A number of civil lawsuits have been filed in foreign jurisdictions.⁶ The victims of human rights abuses encountered a myriad of material and jurisdictional obstacles being deprived of access to justice and substantive remedies.

It may seem that the national courts have their hands tied since corporations are not addressees of international human rights obligations and are not generally exposed to direct liability for human rights

¹ Siddiqui J., Uddin S. *Human Rights Disasters, Corporate Accountability and the State: Lessons Learned from Rana Plaza II Accounting, Auditing and Accountability Journal*. 2016. Vol. 29. № 4. P. 688.

² Foxvog L., Gearhart J., Maher S., Parker L., Vanpeperstraete B., Zeldenrust I. *Still Waiting. Six Months after History's Deadliest Apparel Industry Disaster, Workers Continue to Fight for Reparations II Clean Clothes Campaign*. 2013. P. 21

³ Trebilcock A. *The Rana Plaza Disaster Seven Years on: Transnational Experiments and Perhaps a New treaty? II International Labour Review*. 2020. Vol. 159. № 4. P. 546.

⁴ Ibid.

⁵ Rashad A. *Rana Plaza Trial Progresses at Snail's Pace II Newage*. 21 April 2023. URL: <https://www.newagebd.net/article/199924/rana-plaza-trial-progresses-at-snails-pace> (accessed: 05.05.2024).

⁶ Salminen J. *The Accord on Fire and Building Safety in Bangladesh: A New Paradigm for Limiting Buyers' Liability in Global Supply Chains? II American Journal of Comparative Law*. 2018. Vol. 66. № 2. P. 432–433.

abuses under domestic laws. Nevertheless, shifting the focus from company to victims protection Canadian, Dutch, French and English national courts hugely succeeded in elaboration of substantive causes of action of parent company liability for human rights abuses committed by their subsidiaries or suppliers abroad and provided petitioners with possibilities to alleviate considerable jurisdictional obstacles, including presumption against extraterritoriality and choice of procedural and substantive laws. However, evidential burdens remain unbalanced being primarily imposed on claimants — victims.⁷ It becomes a significant hurdle for petitioners in business–human rights litigation from the standpoint of substantial financial expenses incurred in fulfilling the burden of proof, especially in terms of requiring proficient legal counselling and gaining access to the relevant information.⁸ In the absence of burden of proof reversal, that currently has not been invoked by any procedural rule in the business–human rights litigation field, companies become more advantageous parties to business–human rights litigation with “generous possibilities to defend”.⁹ This issue unequivocally requires further examination, however, the present paper aims to focus on the overriding question of whether any cause of action invoked by national courts to hold parent companies liable for human rights abuses committed by their subsidiaries or suppliers abroad meets the criteria of universality and applicability at the international level.

For this purpose, the paper elaborates on various causes of action being invoked by national courts in order to establish parent company liability and strives for representation of an in-depth comparative analysis of different jurisdictions' approaches to this issue, revealing their potential to become a universal model applicable at the international level. For further comprehensiveness the analysis is divided by national courts' approaches to the applicable cause of action into four sections, discussing causes of action under international law, under duty of care concept, under human rights due diligence legislative framework and, finally, under criminal law.

1. Cause of action under international law

Neither international customary law, nor any international treaty provides for directly expressed legal rule that could bring parent companies accountable for human rights violations. Nevertheless, recognition of parent companies' liability for human rights violations committed by their subsidiaries abroad is not a novelty. During the last years along with “ubiquity of the giant multinational corporation and its ability, through legal structures, to insulate itself from liability for the conduct of its foreign subsidiaries”¹⁰ the urge for direct parental liability has increasingly risen. Due to the lack of success of universal human rights in realisation of universality and extraterritorial jurisdiction principles in practice, large corporations received the ability to operate across the globe with impunity “beyond the reach of states with stricter human rights standards of conduct than often exist in the developing world”.¹¹ These new challenges to international human rights law destabilise the existing framework and require an evolved understanding of existing principles.

In 2020 *Nevsun Resources Ltd. v. Araya* became one of the first steps in the movement towards recognition of the direct parental liability for human rights violations under international law. Three Eritrean workers brought a claim against Nevsun Resources Ltd., a company incorporated in Canada. The plaintiffs were enlisted by the Eritrean military to forced labour at the mine Bisha, 40% owned by an Eritrean state entity and 60% — by Nevsun through its subsidiaries.¹² The plaintiffs claimed damages for domestic torts as well as for breaches of customary international law prohibitions against forced labour, slavery, cruel, inhuman, or degrading treatment, and crimes against humanity.¹³ Nevsun sought to strike the applicants' claim of international customary law violations as it has no reasonable prospect of success.¹⁴

⁷ van Dam C. *Breakthrough in Parent Company Liability: Three Shell Defeats, the End of an Era and New Paradigms* // *European Company and Financial Law Review*. 2021. Vol. 18. № 5. P. 738.

⁸ Farah Y., Kunuji V., Kent A. *Civil Liability Under Sustainability Due Diligence Legislation: A Quiet Revolution?* // *King's Law Journal*. 2023. Vol. 34. № 3. P. 520.

⁹ Fasterling B. *Whose Responsibilities? The Responsibility of the “Business Enterprise” to Respect Human rights* // *Accountability, International Business Operations and the Law* / ed. by L. Enneking, I. Giesen, A.-J. Schaap, C. Ryngaert, F. Kristen, L. Roorda. New York : Routledge, 2020. P. 18–37, 28.

¹⁰ Curran V. *Harmonizing Multinational Parent Company Liability for Foreign Subsidiary Human Rights Violations* // *Chicago Journal of International Law*. 2016. Vol. 17. № 2, art. 3. P. 403.

¹¹ Curran V. *Op.cit.* P. 403.

¹² Supreme Court of Canada. *Nevsun Resources Ltd. v. Araya*. Case no. 37919. Judgment of 28 February 2020. § 7.

¹³ *Ibid.* § 4.

¹⁴ *Ibid.* § 5, 16.

The Supreme Court of Canada raised the question of whether customary international law prohibitions ground a claim for damages under Canadian law. It was held affirmatively. The Court found that the acts indicated by plaintiffs constituted violations of *jus cogens* norms from which no derogation is permitted.¹⁵ Considering the question of whether customary international law is part of Canadian national law, the Court invoked the doctrine of adoption, stating that “the adoption of customary international law as part of domestic law is by way of automatic judicial incorporation”.¹⁶ Therefore, having assumed that international customary law forms a part of the law of Canada, the Court found the applicants' claim to be justified and viable to proceed in Canada.¹⁷

Subsequently, and most importantly, the Court turned to the question of Nevsun's liability for identified violations. It held that some norms of customary international law “prohibit conduct regardless of whether the perpetrator is a state”.¹⁸ Hence, such norms being applicable to private actors could cover corporations.¹⁹ Furthermore, it was stated by the majority that: “it is not ‘plain and obvious’ that corporations today enjoy a blanket exclusion under customary international law from direct liability for violation of ‘obligatory, definable, and universal norms of international law’”.²⁰ In particular, quoting Professor G. H. Koh, the Court emphasised that corporations, being artificial persons created by law, on a par with states and individuals should be held liable for human rights violations.²¹ Moreover, the Court stressed that the argument that customary international law itself does not recognize company liability for human rights violations “misconceives modern international law”.²²

Moving to the question of remedy, the Court noted that treating human rights violations as ordinary domestic torts is not sufficient “to adequately address the heinous nature of the harm caused by this conduct”.²³ The Court further added: “requiring the development of new torts to found a remedy for breaches of customary international law norms automatically incorporated into the common law may not only dilute the doctrine of adoption, it could negate its application”.²⁴

To conclude on this case, it is of high importance to stress that despite the fact that the Court found violations committed by Nevsun to be violations of customary international law, it did not state that any international custom is the cause of action to hold the company liable for such violations. In accordance with the Court, companies' obligation to respect human rights exists merely by virtue of international law. Based on this assumption it accepted the absence of an outright prohibition in international law to hold a company liable for human rights violations²⁵ to be a prenatal direct liability cause of action.

In doing so the Court “[called] on trial judges to examine this novel legal theory and consider the imposition of a new form of civil liability (distinct from traditional common law torts) on private parties”.²⁶ Nevertheless, the *Nevsun* case has never been tried on the merits, being out-of-court settled in October 2020 with the terms of the settlement to be confidential.

The decision at hand appears to be a great breakthrough in the evolution of international approach to corporate liability for human rights abuses and has every prospect of success to become a universally applicable cause of action of a parent company direct liability for human rights abuses by means of its expansion to other jurisdictions and recognition of it to be an international custom. Nevertheless, the aforementioned way of reasoning raises concerns as by far it could lead to serious perversions in the human rights protection regime.²⁷ From the author's point of view, such an approach should be

¹⁵ Ibid. § 73,75, 81–84.

¹⁶ Ibid. § 87.

¹⁷ Ibid. § 95, 132.

¹⁸ Ibid. § 105.

¹⁹ Ibid. § 111.

²⁰ Ibid. § 113.

²¹ Ibid. § 112.

²² Ibid. § 105.

²³ Ibid. § 125, 126.

²⁴ Ibid. § 128.

²⁵ Rusinova V., Ganina O. *Postanovlenie Verkhovnogo suda Kanady ot 28 fevralya 2020 goda po delu “Nevsun” protiv Arayi: “tikhaya revolyutsiya” v. otsenke statusa korporatsiy po mezhdunarodnomu publichnomu pravu? [Judgment of the Supreme Court of Canada of 28 February 2020, on Nevsun v. Araya: a “quiet revolution” in the assessment of the status of corporations under public international law?]* // *Mezhdunarodnoe pravosudie*. 2021. Vol. 11. № 2. P. 37.

²⁶ Wisner R. *Supreme Court of Canada Opens the Door to Novel International Human Rights Claims: The Uncertain Implications for Canadian Resource Companies* // *McMillan*. March 2020. URL: <https://mcmillan.ca/insights/supreme-court-of-canada-opens-the-door-to-novel-international-human-rights-claims-the-uncertain-implications-for-canadian-resource-companies/> (accessed: 28.04.2024).

²⁷ Butler J. *The Corporate Keepers of International Law* // *American Journal of International Law*. 2020. Vol. 114. № 2. P. 216–218.

treated prudently as the nature of international human rights rules suggests that international human rights obligations are mandated by and for states and extend to corporations as long as the states themselves have incorporated such obligations into their domestic legal frameworks and made them applicable to private entities.²⁸ As it was stressed by the dissenting judges, the fact that no international custom exists allowing to hold a company liable for violation of international human rights should have become an insurmountable obstacle.²⁹

2. Cause of action under duty of care concept

On the level of national legislation, the problem appears to remain — “inability to point to a binding obligation stipulated in law” becomes the biggest challenge to litigation.³⁰ However, from another point of view, in the absence of a binding rule, a broad discretion in application of the cause of action of parental liability is accorded to judges. A decent stratum of case law represents judges’ willingness to provide victims of human rights abuses with substantial justice. Canada, the UK and the Netherlands became the trendsetters in this movement. In the course of their judicial practice related to human rights violations committed by multinational corporations the judges have embraced the concept of duty of care. They amount a breach of the corporate responsibility to respect human rights to be a breach of the duty of care “which requires a person that is found liable of having acted with negligence thereby causing harm to another, to compensate the victim of such harm”.³¹

In this regard, attention should be paid to Nevsun’s predecessor — 2013 Canada Supreme Court decision on *Choc v. Hudbay Minerals Inc.*³² In contrast to *Nevsun*, *Choc* being decided on jurisdiction 11 years ago is yet to be decided on the merits. Three related actions (the “Caal action”, the “Choc action”, the “Chub action”) were brought in jurisdiction of Canada by Guatemalan citizens against Canadian mining company Hudbay Minerals Inc. and its wholly owned subsidiaries, HMI Nickel Inc. (HMI) and Compania Guatemalteca de Níquel S.A. (CGN) that owned and operated the Fenix mining project in Guatemala.³³ The claimants asserted Hudbay to be directly liable in negligence for its “on-the-ground management of the Fenix project, and in particular, its negligent management of the Fenix security personnel” who allegedly murdered Adolfo Ich Choc, shot German Chub and left him paralyzed, raped 11 women, including Maria Caal.³⁴

In accordance with the defendants, the claimants failed to provide a reasonable cause of action and it was “plain and obvious” that there was no such recognized duty of care.³⁵ The Supreme Court of Canada stressed that novelty of the allegations is not justification for striking the claim out.³⁶ In this regard, the Court turned to two–stages *Anns/Cooper* test³⁷ that applies to consider the possible existence of a novel duty of care. Stage one includes consideration of whether the harm was “the reasonably foreseeable consequence” of the defendant’s breach and whether “there is sufficient proximity between the parties that it would not be unjust or unfair to impose a duty of care on the defendants”. If the first stage is established, there is a *prima facie* duty of care. At the second stage the Court should identify whether there are broader policy reasons precluding this *prima facie* duty.³⁸

Having found foreseeability of the harm caused,³⁹ the Court focused on the issue of proximity. It stated that proximity should be understood as “the circumstances... of such a nature that the defendant may be said to be under an obligation to be mindful of the plaintiff’s legitimate interests”⁴⁰ and could be defined by “expectations, representations, reliance, and the property or other interests involved”.⁴¹ The Court found

²⁸ Ibid. P. 216.

²⁹ Rusinova V., Ganina O. *Op.cit.* P. 34.

³⁰ Farah Y., Kunuji V., Kent A. *Op.cit.* P. 511.

³¹ van Dam C., Gregor F. *Corporate Responsibility to Respect Human Rights vis-à-vis Legal Duty of Care // Human Rights in Business: Removal of Barriers to Access to Justice in the European Union* / ed. by J. Rubio, K. Yiannibas. London : Routledge, 2017. P. 119–138, 122.

³² Ontario Superior Court of Justice. *Choc v. Hudbay Minerals Inc.* Case no. CV-10-411159. Judgment of 22 July 2013.

³³ Ibid. § 4–10.

³⁴ Ibid. § 5–7, 25.

³⁵ *Choc v. Hudbay Minerals Inc.* § 18, 40.

³⁶ Ibid. § 42.

³⁷ UK House of Lords. *Anns v. Merton London Borough Council*, Judgment of 12 May 1977; Supreme Court of Canada. *Cooper v. Hobart*. Case no. 27880. Judgment of 16 November 2001.

³⁸ *Choc v. Hudbay Minerals Inc.* § 56–59.

³⁹ Ibid. § 65.

⁴⁰ Ibid. § 66.

⁴¹ Ibid. § 69.

that Hudbay made public representations concerning its relationship with local communities and committed itself to respect human rights, “which would have led to expectations on the part of the plaintiffs”.⁴² Furthermore, plaintiffs’ interests “were clearly engaged when... the defendants initiated a mining project near the plaintiffs and requested that they be forcibly evicted”.⁴³ Therefore, having found a *prima facie* duty of care to exist, the Court moved to the second stage of the test.⁴⁴

Notwithstanding “competing policy considerations” were identified,⁴⁵ the Court noted that precedent case law has advised against dismissing a claim “based on policy reasons” on a pre-trial stage.⁴⁶ Hence, the Court came to the following conclusion: a novel claim of negligence should be dismissed at the pre-trial stage only if it is “clearly unsustainable” or “untenable” that is not the case in the situation at hand.⁴⁷

Therefore, the Supreme Court of Canada found itself competent to “create” the cause of action of parental liability. By means of the *Anns/Cooper test* it introduced the “novel” duty of care that resonates with the rationale applied by the Court in 2020 to *Nevsun*: while *Nevsun* is grounded on international law, *Hudbay’s* “novel” duty of care arises from domestic common law negligence developments. Nevertheless, it is possible to see that in both those cases the absence of a strict legal framework allowed the Canadian courts to exercise their discretion in application of the cause of action of parental liability in order to place the protection of human rights abuse victims in the first place.

In 2019, the UK Supreme Court handed down its decision on *Vedanta Resources PLC v. Lungowe*⁴⁸ and, hereby, “delivered a promising ruling... that [opened up] the litigation against UK parent companies for extraterritorial human rights abuses”.⁴⁹ 1,826 Zambian citizens, brought a claim in England alleging that their health and farming activities had been damaged by toxic water pollution caused by Nchanga Copper Mine.⁵⁰ The mine was operated by Zambian local company Konkola Copper Mines PLC (KCM), which is a subsidiary of Vedanta Resources PLC (Vedanta), incorporated in the UK.⁵¹ The claimants alleged human rights violations committed by companies at issue under common law negligence and breach of statutory duty.⁵²

The High Court and the Court of Appeal established jurisdiction over Vedanta based on Article 4.1 of the Recast Brussels Regulation,⁵³ which allows any claimants to sue a party domiciled in a member state in that same state, and over KCM, being a “necessary or proper party” to the litigation as provided by the English Civil Procedure rules, enshrined in paragraph 3.1(3) of Practice Direction 6B.⁵⁴ Therefore, the aforementioned provision forms the basis on which the claimants are permitted to sue the local subsidiary in England while the English parent company becomes an “anchor” defendant. Defendants appealed to the Supreme Court alleging absence of a real triable issue against Vedanta and England to be improper jurisdiction.⁵⁵

The Supreme Court dismisses the appeal. It found that the claimants had a legitimate claim against Vedanta, as the parent company exercised “sufficiently high level” of control and supervision on its subsidiary operations “with sufficient knowledge of the propensity of those activities to cause toxic escapes into surrounding watercourses”, as well as published materials in which Vedanta asserted its own responsibility for implementation of environmental control and sustainability standards.⁵⁶ In accordance with the Court parent company duty of care emerges not from mere existence of parent–subsidiary relationships but “depends on the extent to which, and the way in which, the parent availed itself of the opportunity to take over, intervene in, control, supervise or advise the management of

⁴² Ibid. § 69.

⁴³ Ibid.

⁴⁴ Ibid. § 70.

⁴⁵ Ibid. § 74.

⁴⁶ Ibid; Ontario Court of Appeal. *Haskett v. Equifax Canada Inc.* Case no. C37573, C37574. Judgment of 14 April 2003. § 52.

⁴⁷ *Choc v. Hudbay Minerals Inc.* § 75.

⁴⁸ UK Supreme Court. *Vedanta Resources PLC et al. v. Lungowe et al.*, Case no. 2017/0185. Judgment of 20 April 2019.

⁴⁹ Palombo D. *Op.cit.* P. 238.

⁵⁰ *Vedanta Resources PLC et al. v. Lungowe et al.* § 1.

⁵¹ Ibid. § 2.

⁵² Ibid.

⁵³ Regulation (EU) No 1215/2012 of the European Parliament and of the Council on Jurisdiction and the Recognition and Enforcement of Judgments in Civil and Commercial Matters of 12 December 2012.

⁵⁴ *Vedanta Resources PLC et al. v. Lungowe et al.* § 16–20.

⁵⁵ Ibid. § 22.

⁵⁶ Ibid. § 55.

the relevant operations of the subsidiary".⁵⁷ Consequently, the Court asserted that a claim for parent company liability for its subsidiary violations could not raise any controversies as it falls under general liability for common law negligence and does not comprise a distinct category of liability.⁵⁸ Therefore, in accordance with the Court *Vedanta* owes duty of care under the English tort of negligence.

Concerning the issue of the proper place for litigation the Court provided summary examination of potential jurisdictions' connecting factors⁵⁹ and found Zambia to be "overwhelmingly" the proper place for the claim to be tried.⁶⁰ Despite those findings, the Court reminded that it may permit service of English proceedings on the foreign defendant "if satisfied, by cogent evidence, that there is a real risk that substantial justice will not be obtainable in that foreign jurisdiction".⁶¹ The lack of practical ability to fund such group claims when claimants are "at the poorer end of the poverty scale in one of the poorest countries of the world"⁶² and absence of sufficiently experienced legal teams within Zambia able to deliver effective litigation against a well-resourced rival as KCM are the two factors representing the real risk of substantial justice non-availability in Zambia.⁶³ Thus, despite the determination of Zambia to be the proper place for litigation, the Court admitted the claim should proceed in England. In 2021 *Vedanta*' and KCM' expressed consent "without admission of liability" to settle all the claims brought against them by Zambian claimants.⁶⁴

Therefore, from the author's point of view, *Vedanta* appears to be revolutionary. The Court, similarly to the Canadian Court in *Hudbay*, chose common law tort of negligence to be the cause of action for a parent company liability. However, it did not turn to the "creation" of a "novel" duty of care but stated that the parent direct liability originates from general principles of common law negligence. Therefore, the English court significantly lowered the victims' evidential burden by means of elimination of any additional level of verification of whether the duty of care exists on the part of the parent company.

Maintaining the pace of its evolved judicial practice, in 2021 the UK Supreme Court held on *Okpabi et al. v. Royal Dutch Shell*.⁶⁵ More than 40,000 citizens of Niger Delta brought a claim in England against Royal Dutch Shell (RDS), a UK domiciled company, and its Nigerian subsidiary, Shell Petroleum Development Company of Nigeria Ltd. (SPDC) for substantial environmental damage caused by oil spills and pollution from pipelines resulting in water sources contamination.⁶⁶ The Claimants alleged SPDC, being an operator of the pipeline, to be liable for damage as well as RDS to owe them a common law duty of care on the basis that it exercised significant control over SPDC's operations and undertook responsibility for SPDC's operations by means of mandatory health, safety and environmental policies implementation.⁶⁷

In 2017 the High Court held that although it has jurisdiction over the claims against RDS, it found "no arguable duty of care on the part of RDS to the claimants under English law".⁶⁸ Therefore, in the absence of an "anchor" defendant it is invalid to serve the claim on SPDC under the "necessary or proper party" jurisdictional gateway.⁶⁹ In 2018 the Court of Appeal agreed with the High Court and grounded its decision on a generalised presumption that a parent company is not liable for its subsidiaries acts.⁷⁰ It stated that mere implementation of group-wide policies could not suffice to incur a parent company duty of care in respect of its subsidiary activities, as it does not "demonstrate a sufficient degree of control of SPDC's operations in Nigeria by RDS to establish the necessary degree of proximity".⁷¹

⁵⁷ Ibid. § 49.

⁵⁸ Ibid.

⁵⁹ Ibid. § 66.

⁶⁰ Ibid. § 85–87.

⁶¹ Ibid. § 88.

⁶² Ibid. §90.

⁶³ Ibid. § 88–93.

⁶⁴ *Vedanta Resources Limited and Konkola Copper Mines Plc Joint Statement of 19 January 2021*. URL: https://www.vedantaresources.com/uploads/media_pdf/press_release/vrll/2021/vedanta-statement-on-kcm.pdf (accessed: 25.04.2024).

⁶⁵ UK Supreme Court. *Okpabi at. al. v. Royal Dutch Shell PLC. at. al.* Case no. 2018/0068. Judgment of 12 February 2021.

⁶⁶ Ibid. § 3–6.

⁶⁷ UK Supreme Court. *Okpabi at. al. v. Royal Dutch Shell PLC. at. al.* § 7.

⁶⁸ England and Wales High Court. *Okpabi at al. v. Royal Dutch Shell PLC. at al.* Case no. HT-2015-000241, HT-2015-000430. Judgment of 26 January 2017. §118.

⁶⁹ Ibid.

⁷⁰ England and Wales Court of Appeal. *Okpabi at al. v. Royal Dutch Shell PLC. at al.* Case no. A1/2017/0407 and 0406 Judgment of 14 February 2018. § 207.

⁷¹ Ibid. § 127.

The Court of Appeal findings are not surprising as they predated the revolutionary *Vedanta* decision. In 2021 the Supreme Court brought *Okpabi* into compliance with its up-to-date case law. The way of reasoning presented by the Supreme Court resembles the “consistency check” procedure of the Court of Appeal ruling on *Okpabi* to the Supreme Court decision on *Vedanta*. Primarily, the Court stated that no presumption against parent company liability exists,⁷² and therefore, the Court of Appeal erred in applying a “limiting principle” that parent companies “could never incur a duty of care in respect of the activities of a particular subsidiary merely by laying down group-wide policies”.⁷³ On the contrary, that sort of policies “may be shown to contain systemic errors which, when implemented as of course by a particular subsidiary, then cause harm to third parties”.⁷⁴ Secondly, in accordance with the Supreme Court, the Court of Appeal had inappropriately focused on the issue of control that should be seen just as “a starting point”.⁷⁵ The relevant inquiry is “the extent to which the parent did take over or share with the subsidiary the management of the relevant activity”.⁷⁶

Moving directly to the matter of parent company duty of care, the UK Supreme Court reminded that in accordance with *Vedanta*, parent company liability in negligence is not a special category of liability, therefore, it “require[s] no added level of rigorous analysis”.⁷⁷ Building on an earlier elaborated approach to invoke general principles of common law negligence to be the cause of action of a parent company liability instead of a “special” category of law to be applied, the Supreme Court concluded that claimants showed an arguable case, and it could proceed in English courts. That said, to the author’s knowledge, neither decision on the merits has been issued, nor the case has been settled by the parties, yet.

Learning lessons from the Supreme Court decision on *Vedanta*, in *Hamida Begum v. Maran (UK) Ltd.* case the High Court and the Court of Appeal went even further expanding the parent duty of care not only to acts of its foreign subsidiaries but to acts of its foreign suppliers. This way of reasoning provides for similarities with legislative aims and intentions of human rights due diligence legislation around the globe.

In the *Maran* case a claim was brought by Ms. Begum, on behalf of Mr. Mohammed Khalil Mollah, against Maran Ltd., a UK-domiciled company. In 2017 Maran, being a shipbroker, acted as an agent for the oil tanker owner, Centaurus Special Maritime Enterprise (CSME), in relation to the sale of the tanker with the purpose of its demolition.⁷⁸ Maran had arranged for the oil tanker to be sold to a third party — Hsejar Maritime Inc. (Hsejar) located in Singapore — a “demolition cash buyer” that then sold the tanker to shipyard company Zuma Enterprise Yard (Zuma) in Bangladesh where it finally was demolished.⁷⁹ On 30 March 2018 Mr. Mohammed Khalil Mollah was working on the demolition of the tanker in Bangladesh when he fell to his death.⁸⁰ In 2019, Mr. Mollah’s widow, Ms. Begum, brought proceedings against Maran in English courts for negligence based on the existence of a duty of care arising out of Maran’s “autonomous control of the sale of the vessel and the [Maran’s] knowledge that, as a result of that sale, the vessel would be broken up in Bangladesh in highly dangerous working conditions”.⁸¹

The High Court found that “it is artificial and overly restrictive to say that the danger was created solely by the acts and omissions of the yard employer in Bangladesh <...>. It was a danger which inhered in this end-of-life vessel once it was broken up”, therefore it is “arguable” that, by selling the oil tanker to Hsejar, Maran had acted in a way that would expose the shipyard workers to risk of injury.⁸² Maran appealed the decision.

The Court of Appeal emphasised that “claims based on a duty of care, in circumstances where the damage has been caused by a third party, are currently at the forefront of the development of the law of negligence”.⁸³ Under general rule a person could not be held liable for harm caused by the actions of a third party, however the Court took into account the “creation of danger” exception.⁸⁴ Under the exception

⁷² UK Supreme Court. *Okpabi at. al. v. Royal Dutch Shell PLC. at. al.* § 150.

⁷³ *Ibid.* § 143–145.

⁷⁴ *Ibid.* § 145.

⁷⁵ *Ibid.* § 146–147.

⁷⁶ *Ibid.* §147.

⁷⁷ *Ibid.* § 151.

⁷⁸ England and Wales Court of Appeal. *Hamad Begum v. Maran (UK) Ltd.* Case no. B3/2020/1263. Judgment of 10 March 2021. § 6–8.

⁷⁹ England and Wales Court of Appeal. *Hamad Begum v. Maran (UK) Ltd.* § 8.

⁸⁰ *Ibid.* § 5.

⁸¹ *Ibid.* § 14.

⁸² England and Wales High Court. *Hamad Begum v. Maran (UK) Ltd.* Case no. QB-2019-1331. Judgment of 13 July 2020. § 61.

⁸³ England and Wales Court of Appeal. *Hamad Begum v. Maran (UK) Ltd.* § 71.

⁸⁴ *Ibid.* § 64; UK House of Lords. *Smith v. Littlewoods Organization Ltd.* Case no. J0205-1. Judgment of 5 February 1987. § 270.

the danger should have been “reasonably foreseeable” by Maran in order for duty of care for Zuma’s actions to be assigned to Maran.⁸⁵ The Court stressed that the “beaching” method of demolition carried out in Bangladesh is “an inherently dangerous working practice” that “has been the subject of international concern for years”.⁸⁶ The Court also paid particular attention to the fact that the agreement to sell the oil tanker concluded between CSME (seller) and Hsejar (demolition cash buyer) included a “safe demolition” provision that was “well within the reasonable control” of Maran, being the sales agent of the seller.⁸⁷ Building on this issue the Court concluded that Maran “could, and should, have insisted on the sale to a so-called ‘green’ yard, where proper working practices were in place... [when] there were a number of such yards round the world where this vessel could have been safely demolished”.⁸⁸

Hence, the Court found that while Maran did not have control over working conditions in Bangladesh, it did have control over “whether the Claimant’s husband would be exposed to the risk of death or serious injury from working on its ship”.⁸⁹ It was further stressed by the Court that this way of reasoning represents “an unusual extension of an existing category of cases where a duty has been found, but it would not be an entirely new basis of tortious liability”.⁹⁰ Nevertheless, similarly with *Okpabi* the trial stage on *Maran* has not taken place yet.

Therefore, as compared to Canadian “novel” duty of care, unequivocal rejection of any “special” category of liability and acknowledgement of general principles of common law negligence to be applied as the cause of action of a parent direct liability proposed by English courts provide victims with easier access to justice. Nevertheless, from the author’s point of view the aforementioned English and Canadian decisions should not be overestimated. All of the analysed rulings were made at a pre-trial stage that provides for the conclusion that “duties of care considered were held to be arguable rather than actual”.⁹¹ Furthermore, answering the question of whether the duty of care concept being invoked as a parental liability cause of action could meet the criteria of universality and applicability at the international level, it should not be overlooked that the concept at hand has limited prevalence in civil law jurisdictions as compared to common law countries.

However, the UK jurisdictional developments have another particularity that could fuel involvement of other jurisdictions into the problem at issue — they represent specific importance for the former British colonies that retained in the frames of common law legal system. For such countries it is the UK Supreme Court that develops the rules on parent company liability through its recent decisions in the absence of any case law concerning the issue at hand in the jurisdictional field of former colonies.⁹² This particularity becomes of vast significance while Western multinational companies take advantage of the highest protection standards of their commercial interests in developed countries but outsource their production, often according to the lowest human rights standards, in developing countries.⁹³

A vivid example of the UK jurisdictional developments influence on former colonies became the *Four Nigerian Farmers and Milieudensie v. Royal Dutch Shell* decision handed down by The Hague Court of Appeal in 2021. The Court applied Nigerian law, parent company liability provisions of which were elaborated by the UK Supreme Court. The decision at hand became the first one in Europe to actually hold a parent company liable for human rights violations committed by its subsidiary in the third state.

In 2008 three individual but parallel lawsuits were brought in the Netherlands by Nigerian farmers and fisherfolks with the support of Milieudensie, a Dutch environmental and human rights protection association. The lawsuits concerned separately pipeline leaks in the Nigerian Delta villages of *Oruma*⁹⁴ and *Goj*.⁹⁵ The claimants alleged RDS, and its Nigerian subsidiary, SPDC, to be liable in tort of negligence under Nigerian law for damages caused to their farmlands and fishing grounds as well as to their physical

⁸⁵ England and Wales Court of Appeal. *Hamad Begum v. Maran (UK) Ltd.* § 53.

⁸⁶ *Ibid.* § 26.

⁸⁷ *Ibid.*

⁸⁸ *Ibid.* § 67.

⁸⁹ England and Wales Court of Appeal. *Hamad Begum v. Maran (UK) Ltd.* § 130.

⁹⁰ *Ibid.* § 65.

⁹¹ *ESG in the UK: A Shift to Mandatory Corporate Responsibility? II* Simmons and Simmons. 22 September 2021. URL: <https://www.simmons-simmons.com/en/publications/cku434xpg25s80a0702jei63n/esg-in-the-uk-a-shift-to-mandatory-corporate-responsibility> (accessed: 24.04.2024).

⁹² van Dam C. *Op.cit.* P. 747.

⁹³ Palombo D. *Op.cit.* P. 42.

⁹⁴ The Hague District Court. *Oguru and Efanga v. Shell (Oruma)*. Case no. C/09/330891 / HA ZA 09-0579. Judgment of 30 January 2013.

⁹⁵ The Hague District Court. *Dooh v. Shell (Goj)*. Case no. C/09/337058 / HA ZA 09-1581. Judgment of 30 January 2013.

integrity due to living in a polluted living environment.⁹⁶ According to defendants, the leaks were caused by sabotage and therefore there is no liability under Nigerian law.⁹⁷

District Court of The Hague and further the Court of Appeal found themselves competent to hear the case, being authorised by Article 7 of the Dutch Code of Civil Procedure that provides for “case joinder” mechanism allowing Dutch courts to exercise jurisdiction over a second (foreign or domestic) defendant in the same proceedings in case there is a sufficient connection between claims “in such a way that a joint consideration is justified for reasons of efficiency”.⁹⁸ It was identified that due to connecting factors Nigerian law should be applied to the substance of the claims while Dutch law to the procedural aspects.⁹⁹ The Court in particular stressed that “Nigerian law is a common law system based on English law”.¹⁰⁰

Considering a parent company liability in the *Oruma* pipeline leak under Nigerian law, the Court stressed that the importance must be attached to the UK Supreme Court *Vedanta* ruling.¹⁰¹ For the circumstances of the case at hand the *Vedanta* rule was represented as follows: “if the parent company knows or should know that its subsidiary unlawfully inflicts damage on third parties in an area where the parent company involves itself in the subsidiary, the starting point is that the parent company has a duty of care in respect of the third parties to intervene”.¹⁰² Nevertheless, it appears that the Dutch Court misinterpreted *Vedanta*, as it tied up the parent's duty of care with its subsidiary's negligent conduct, while *Vedanta* refused this interconnection.¹⁰³

Moving to the substantial part of the duty of care, the Court stated that it had not been established beyond reasonable doubt that the leak in *Oruma* was caused by sabotage.¹⁰⁴ The Court stressed that SPDC was aware that a leak could occur and it was foreseeable that in such a case it would be refused access to the leak.¹⁰⁵ Taking these facts into account, the Court found SPDC liable in tort of negligence for not installing a Leak Detection System (hereinafter — LDS) on *Oruma* pipeline that could have prevented damage to a great extent.¹⁰⁶ Referring to the formulated *Vedanta* rule, the Court concluded that RDS as well owed the people of *Oruma* a duty of care to ensure that an LDS was installed¹⁰⁷ as it “was and still is fairly intensively involved — directly and indirectly — with [SPDC]”.¹⁰⁸

Remarkably, in its decision on the *Goi* pipeline leak the Court came to quite a different conclusion.¹⁰⁹ It found SPDC exclusively to be liable for the leak while grounding its decision on Article 11(5)(c) of the Nigerian Oil Pipelines Act.¹¹⁰ In this regard, the Court stated that parental duty of care could only be assumed in case the subsidiary's actions amounted to tortious conduct and dismissed the claim against RDS.¹¹¹ This way of reasoning again resonates with the *Vedanta* approach — the UK Supreme Court clearly stated that the parent's duty of care is separate from its subsidiary's conduct.¹¹²

Despite the fact that the aforementioned cases were parallel proceedings grounded on similar circumstances, The Hague Court of Appeal came to quite different conclusions. It held the parent company to be directly liable solely in *Oruma* while, making a step away from English courts' reasoning, imposed liability exclusively on the subsidiary in *Goi*. Nevertheless, the Court appeared to make a real breakthrough from a jurisdictional point of view — notwithstanding the ultimate outcome against the parent company in *Goi*, the Court still upheld its jurisdiction over SPDC where the connecting factors with the Netherlands were extremely limited. The Dutch Court of Appeal has found that Article 7 of the Dutch Code of Civil Procedure allows the Court to proceed with jurisdiction on non-EU entities even when there

⁹⁶ The Hague District Court. *Oruma*, § 2.1–2.2, 3.2.

⁹⁷ The Hague District Court. *Oruma*, § 2.9–2.15; *Goi*, § 2.10–2.16.

⁹⁸ Dutch Code of Civil Procedure, Book 1, Art. 7(1).

⁹⁹ The Hague District Court. *Oruma*, § 4.9.–4.11; *Goi* § 4.9.–4.11.

¹⁰⁰ The Hague District Court. *Oruma*, § 4.11; *Goi* § 4.11.

¹⁰¹ The Hague Court of Appeal. *Oguru and Efanga v. Shell (Oruma)*. Case no. 200.126.804/01 200.126.834/01, Judgment of 29 January 2021. § 3.29, 3.32.

¹⁰² The Hague Court of Appeal. *Oruma*. § 3.31.

¹⁰³ van Dam C. *Op.cit.* P. 739.

¹⁰⁴ The Hague Court of Appeal. *Oruma*. § 5.27.

¹⁰⁵ *Ibid.* § 6.14, 6.24.

¹⁰⁶ *Ibid.* § 6.22.

¹⁰⁷ *Ibid.* § 7.26–7.28.

¹⁰⁸ *Ibid.* § 7.1.

¹⁰⁹ The Hague Court of Appeal. *Dooh v. Shell (Goi)*. Case no. 200,126,843 and 200,126,848. Judgment of 29 January 2021.

¹¹⁰ *Ibid.* § 5.1, 5.27.

¹¹¹ *Ibid.* § 3.31, 5.30–5.31.

¹¹² *Vedanta Resources PLC et al. v. Lungowe et al.* § 44.

is no “anchor” defendant that contrasts with English courts approach and represents positive jurisdictional development in the area of corporate liability for human rights abuses.

In 2021 The Hague District Court issued another ground-breaking decision. Primarily, the ruling invoked the duty of care concept that is not typical for civil law jurisdictions and consequently appeared to be unique as the Court’s findings were not based exclusively on the norms of either international law or national law, but on their combination.

In *Milieudedefensie et al. v. Royal Dutch Shell* a group of seven NGOs and more than 17,000 individual claimants¹¹³ brought a claim against RDS alleging that CO2 emissions of the global Shell group (including Shell subsidiaries and suppliers) constituted a violation of both companies’ duty of care under Dutch law and its international human rights obligations.¹¹⁴ Milieudedefensie et al. have grounded their claims on the “unwritten standard of care” enshrined in Book 6, Section 162 of the Dutch Civil Code which implies a duty of care for individuals and companies to act in accordance with generally accepted norms of social conduct.¹¹⁵ For the interpretation of the “unwritten standard of care” the claimants referred to international human rights, specifically, to the right to life and the right to respect for private and family life, as well as to soft law endorsed by RDS: the UN Guiding Principles on Business and Human Rights (UNGPR), the UN Global Compact (UNGC), and the OECD Guidelines for Multinational Enterprises.¹¹⁶

The Court held that while human rights could not be invoked against Shell company directly, being exclusively “[applied] in relationships between states and citizens”,¹¹⁷ they shall be “[factored] in... the interpretation of the unwritten standard of care”.¹¹⁸ Considering the role of the UNGPR in the course of interpretation of the “unwritten standard of care”, the Court held that “the UNGPR constitute an authoritative and internationally endorsed ‘soft law’ instrument, which set out the responsibilities of states and businesses in relation to human rights” being in line with the UNGC and OECD Guidelines for Multinational Enterprises.¹¹⁹ Although the Court had mentioned that “[the UNGPR] do not create any new right nor establish legally binding obligations”, it still extensively elaborated on the UNGPR to be suitable as a guideline in the interpretation of the “unwritten standard of care”, taking into account their “universally endorsed content”.¹²⁰

In this regard, for the Court it is “irrelevant whether or not [RDS] has committed itself to the UNGPR”¹²¹ — responsibility of legal entities to respect human rights is not optional, it is a global standard of expected conduct that exists independently of states and applies notwithstanding the local legal context to all enterprises “regardless of their size, sector, operational context, ownership and structure”.¹²² Building on this finding, the Court’s assessment culminates in the conclusion that “due to the policy-setting influence [RDS] has over the companies in the Shell group, it bears the same responsibility for these business relations as for its own activities”¹²³ and becomes “responsible for significant CO2 emissions... with serious and irreversible consequences and risks for the human rights of Dutch residents”.¹²⁴

Therefore, the decision at hand becomes a significant example of non-binding instruments, specifically the UNGPR, to be hardened through the interpretation of national hard law.¹²⁵ The Court has applied the domestic law provision of the “unwritten standard of care” as allowing indirect application of international law¹²⁶ and therefore constructed the cause of action for holding parent companies’ liable for human rights violations from two elements: duty of care enshrined in Dutch tort law, and international soft law principles.

¹¹³ The Hague District Court. *Milieudedefensie and Others v. Royal Dutch Shell PLC and Others*. Case no. C/09/571932, Judgment of 26 May 2021. § 2.1.1.–2.1.8.

¹¹⁴ *Ibid.* §3.1.

¹¹⁵ *Milieudedefensie et al. v. Royal Dutch Shell PLC et al.* § 3.2, 4.4.1.

¹¹⁶ *Ibid.* § 3.2, 4.4.9.

¹¹⁷ *Ibid.* § 4.4.9.

¹¹⁸ *Ibid.*

¹¹⁹ *Ibid.* § 4.4.11.

¹²⁰ *Ibid.*

¹²¹ *Ibid.*

¹²² *Milieudedefensie et al. v. Royal Dutch Shell PLC et al.* § 4.4.13, 4.4.15, 4.4.16.

¹²³ *Ibid.* § 4.4.23.

¹²⁴ *Ibid.* § 4.4.16.

¹²⁵ Macchi C., van Zeven J. *Business and Human Rights Implications of Climate Change Litigation: Milieudedefensie et al. v. Royal Dutch Shell II* Review of European, Comparative and International Environmental Law. 2021. Vol. 30. № 3. P. 412.

¹²⁶ Jagers N., Heijden M.-J. *Corporate Human Rights Violations: the Feasibility of Civil Recourse in the Netherlands II* Brooklyn Journal of International Law. 2008. Vol. 33. № 3. art. 2. P. 855, 857.

From the author's standpoint, the implications of the interpretation proposed by the Court in *Milieudefensie et al. v. Royal Dutch Shell* could potentially go beyond the territory of the Netherlands being a solidly substantiated approach to the cause of action of parent companies' direct liability in comparison with the "absence of an outright prohibition" invoked in *Nevsun* that raises concerns and may lead to inconsistency of international human rights law. However, it is crucial to consider that the decision at issue was grounded in a particular rule of Dutch law allowing indirect application of international law in the course of national law provisions' interpretation. Such a provision is not replicated in domestic law of the vast number of other states.

Nevertheless, invocation of the duty of care concept as the cause of action of parental direct liability is represented in the great variety of cases among different jurisdictions. Its active diffusion on a par with its ability to adapt in the face of the need to create new international rules in order to protect victims contribute to its potential universal expansion and applicability at the international level.

3. Cause of action under human rights due diligence legislative framework

Several jurisdictions have implemented or are in the process of implementing the regulatory framework that transmits into binding obligations the principle of human rights due diligence, first endorsed on a voluntary basis by the UNGP. The first such step became the US Dodd-Frank Act of 2010 that introduced sectoral due diligence and required companies from the Democratic Republic of Congo (DRC) and nine adjoining countries to disclose their use of "conflict minerals"¹²⁷ in order to sever the connection between mineral extraction and financing DRC armed conflict.¹²⁸ Introduced in 2017 and entered into force in 2021, the EU Conflict Minerals regulation became the direct result of the US Dodd-Frank Act application.¹²⁹

California Transparency in Supply Chains Act adopted in 2010 and entered into force in 2012 became another targeted mandatory due diligence law that requires all companies carrying on business in California to disclose information regarding their efforts to eradicate human trafficking and slavery within their supply chains.¹³⁰ It became a role model for similar pieces of legislation in the UK¹³¹ and Australia.¹³² Another targeted mandatory due diligence law, being focused exclusively on child labour, was adopted in 2019 in the Netherlands.¹³³

The 2017 French duty of Vigilance Law became revolutionary covering all "severe violations" of human rights and thus not being sector-specific.¹³⁴ It provides for general material and personal scope of application and includes provisions on civil liability for non-compliance.¹³⁵ In 2018 the UN Working Group on Business and Human rights recognized the law to be "the most notable" and "welcome development that other Governments should learn from".¹³⁶

Germany and Norway appear to be following the path set by France. Norwegian Transparency Act¹³⁷ and German Supply Chain Act¹³⁸ were adopted in 2021 and entered into force in 2022 and 2023 respectively. The German and Norwegian Acts are different from that of France, and their main shortcoming is the absence of civil liability provisions. While Norwegian law does not provide for any explicit provision on liability, German law clearly states that "a violation of the obligations under this Act

¹²⁷ US Dodd-Frank Wall Street Reform and Consumer Protection act, Pub. L. № 111-203, § 929-Z, 124 Stat. 1376, 1871 (2010) (codified at 15 U.S.C. § 780).

¹²⁸ Rusinova V., Korotkov S. *Mandatory Corporate Human Rights Due Diligence Models: Shooting Blanks? // Russian Law Journal*. 2021. Vol. 9. № 4. P. 38.

¹²⁹ Regulation (EU) 2017/821 of the European Parliament and of the Council Laying Down Supply Chain Due Diligence Obligations for Union Importers of Tin, Tantalum and Tungsten, Their Ores, and Gold Originating from Conflict-Affected and High-Risk Areas of 17 May 2017.

¹³⁰ California transparency in Supply Chains act of 2010. Civil Code. § 1714.43.

¹³¹ Modern Slavery Act 2015. UK Public General acts. 2015.

¹³² Modern Slavery Act 2018. C2018a00153 № 153, 2018.

¹³³ Wet de invoering van een zorgplicht ter voorkoming van de levering van goederen en diensten die met behulp van kinderarbeid tot stand zijn gekomen, 24.10.2019, Staatsblad van het Koninkrijk der Nederlanden, November 13, 2019.

¹³⁴ Loi relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre, Act no. 2017-399. 27 March 2017. Art. 1. (Hereinafter — French Duty of Vigilance Law).

¹³⁵ Ibid. Art. 1-2.

¹³⁶ UN. *Report of Working Group on the Issue of Human Rights and Transnational Corporations and Other Business Enterprises of 16 July 2018. A/73/163*. URL: <https://www.ohchr.org/en/documents/thematic-reports/a73163-report-working-group-issue-human-rights-and-transnational> (accessed: 16.05.2024).

¹³⁷ Act relating to enterprises' transparency and work on fundamental human rights and decent working conditions (Transparency Act), LOV-2021-06-18-99. 1 July 2022.

¹³⁸ Federal Act on Corporate Due Diligence to Prevent Human Rights Violations in Supply Chains. 22 July 2021.

does not give rise to any liability under civil law”.¹³⁹ It establishes “a duty of effort, but not an obligation to achieve a certain result”.¹⁴⁰

A promising Swiss “Responsible Business Initiative” that suggested partial revision of the Swiss Constitution and stipulated non-sector-specific human rights due diligence as well as included parental liability based on the reversal of the burden of proof did not pass the referendum.¹⁴¹ The Parliament’s Counterproposal was adopted in the form of a separate Ordinance¹⁴² that came into force in 2023 and became a sector-specific piece of due diligence legislation having more in common with the first wave of due diligence laws.

On 24 May 2024, the EU Council approved the Directive on corporate sustainability due diligence (CSDDD)¹⁴³ that has every prospect of success to become a comprehensive piece of mandatory human rights due diligence, establishing civil liability regime for human rights violations, compensation mechanisms and simplification, however, not reversal, of the burden of proof.

Nevertheless, the most part of the aforementioned laws in force does not specify the content of companies’ human rights obligations, offers a fragmented approach to liability mechanisms, and appears to be merely limited to disclosure of information about measures undertaken by companies to mitigate human rights risks within their supply chains. Therefore, while such legal instruments provide for mandatory provisions on due diligence procedure but are not explicit with regard to the content of human rights, it results in “absent or ambiguous standard of behaviour” and “makes corporate human rights due diligence a half-measure, nebulous, and open to interpretation”.¹⁴⁴ For this reason most of the existent legal constructions of human rights due diligence are incapable to become a viable cause of action behind parent companies liability.

In this regard, judicial implementation of French Duty of Vigilance Law being the pioneer among non-sector-specific human rights due diligence laws should be analysed. Provisions of the law at hand are recognized to be specifically evolved.¹⁴⁵ they make clear that due diligence duties extend beyond the company’s own operations; establish a link between due diligence and civil corporate liability; provide for a fault liability for the company’s own acts and omissions on the basis of the general tort of negligence.¹⁴⁶ In accordance with the law, if a company fails to establish, implement or publish a pertinent vigilance plan, two tracks are available for “any person with legitimate interest”: (1) to serve a formal notice on a company, that would instigate a court procedure for injunctive relief, and (2) to initiate a civil lawsuit under French tort law to claim compensation for damages caused by a company’s failure to comply with its vigilance obligations, where compliance would have prevented the harm.¹⁴⁷

Nevertheless, the law at hand represents a fairly large number of drawbacks that do not permit it to become an efficient cause of action of a company liability for human rights abuses. Primarily, while due diligence duties go beyond the company’s own operations they are still limited to the operations of subcontractors and suppliers “with whom the company maintains an established commercial relationship”.¹⁴⁸ Secondly, the law does not provide for any clarification on whether “person[s] with legitimate interest” are limited to natural and legal persons that would have legal standing in a liability case. Thirdly, the French Law does not introduce specific “liability for others” that becomes of high

¹³⁹ Ibid. Sec. 3(3).

¹⁴⁰ Champsaur A. *Supply Chain Due Diligence Obligations in Germany, France, and the EU: An Overview* // Cleary Gottlieb. 5 March 2024. URL: <https://www.clearygottlieb.com/news-and-insights/publication-listing/supply-chain-due-diligence-obligations-in-germany-france-and-the-eu-an-overview> (accessed: 16.05.2024).

¹⁴¹ Bundesbeschluss Entwurf über die Volksinitiative «Für verantwortungsvolle Unternehmen – zum Schutz von Mensch und Umwelt», (Responsible Business Initiative). 15 September 2017. URL: <https://perma.cc/26XJ-ACJN> (accessed: 14.05.2024); See Bueno N. *The Swiss Popular Initiative on Responsible Business: From Responsibility to Liability // Accountability, International Business Operations and the Law* / ed. by L. Enneking, I. Giesen, A.-J. Schaap, C. Ryngaert, F. Kristen, L. Roorda. New York : Routledge, 2020. P. 239–258, 240.

¹⁴² Ordinance on Due Diligence and Transparency in Relation to Minerals and Metals from Conflict-Affected Areas and Child Labour, The Swiss Federal Council. 3 December 2021.

¹⁴³ Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on Corporate Sustainability Due Diligence and amending Directive (EU) 2019/1937 of 23 February 2022.

¹⁴⁴ Rusinova V., Korotkov S. *Op.cit.* P. 45.

¹⁴⁵ See Dowling P. *Limited Liability and Separate Corporate Personality in Multinational Corporate Groups: Conceptual Flaws, Accountability Gaps, and the Case for Profit-Risk Liability // Accountability, International Business Operations and the Law* / ed. by L. Enneking, I. Giesen, A.-J. Schaap, C. Ryngaert, F. Kristen, L. Roorda. New York : Routledge, 2020. P. 219–238, 229; Palombo D. *Business and human rights: The obligations of the European home states*. Oxford : Bloomsbury Publishing, 2020. P. 241–242.; Farah Y., Kunuji V., Kent A. *Op.cit.* P. 513–514.

¹⁴⁶ Bueno N. *Op.cit.* P. 250–252.

¹⁴⁷ French Duty of Vigilance Law, Art. 1, 2.

¹⁴⁸ Ibid. Art. 1.

importance when harm was caused by subsidiaries or other companies under control,¹⁴⁹ that rests incumbent upon the plaintiff to establish that a parent company did not meet its due diligence obligations in relation to the operations of (foreign) subsidiaries or suppliers. Eventually, articles L 225-102-4 and L 225-102-5 introduced into the French Commercial Code by means of the French Duty of Vigilance Law were not designated as “mandatory overriding provisions”.¹⁵⁰ According to Rome II regulation, the law governing non-contractual obligations arising out of a tort is generally the law of the country where the damage occurred.¹⁵¹ Therefore, in order to apply these provisions to torts committed by foreign subsidiaries, a judge would first need to establish their mandatory nature.

Great value for the analysis represents *Friends of the Earth Paris et al. v. TotalEnergies SE* ruling on inadmissibility handed down in 2023.¹⁵² Six environmental and human rights protection NGOs based in Uganda and France initiated proceedings against TotalEnergies SE incorporated in France.¹⁵³ Its subsidiaries, TotalEnergies EP and EACOP Ltd., were operators of oil development projects in Uganda and Tanzania.¹⁵⁴ The plaintiffs alleged that TotalEnergies, being a parent company, failed to adequately assess the projects’ threats to human rights and the environment. Therefore, they were seeking an order from the Court (1) to oblige TotalEnergies to comply with its duty of care under the French Vigilance Law, as well as (2) to suspend the aforementioned projects due to their negative impacts on the environment and local populations.¹⁵⁵

Despite the fact that the Court provided in its decision some sort of clarification on a “person with legitimate interest” who could file a formal notice in order to instigate a court procedure for injunctive relief, by tacitly including environmental and human rights protection associations on the list, as well as contributing to the recognition of the mandatory extraterritorial application of due diligence laws when considering global supply chains,¹⁵⁶ the Court, though, held the case to be inadmissible.

Primarily, it stressed that the French Vigilance Law provisions are of general nature and have no clear contours.¹⁵⁷ The Court specifically underlined that the content of the French Vigilance Law provisions could be specified by a decree of the State Council that had not been issued yet.¹⁵⁸ Therefore, it appears that in the absence of clarity the Court decided to proceed with peculiar caution and to adhere to the “technical application of the letters of the law”.¹⁵⁹ The grounds the judgment on inadmissibility was based on are far from substantive: the Court concluded that the claim was materially different from the formal notice served on TotalEnergies by the plaintiffs in 2019 and therefore the case becomes inadmissible and cannot be considered on the merits.¹⁶⁰

The *TotalEnergies* case revealed the unwillingness of the French Court to allow any actualisations or modifications to claims after the formal notice was served on the company, even in case when new circumstances arise, such as new violations or updates to vigilance plans.¹⁶¹ It should be mentioned that, initially, due to the “lack of jurisdiction” argument (fr.: *exception d’incompétence*) raised by the defendant in the first instance, and consequently, due to legislative reform of February 2021¹⁶² that established exclusive jurisdiction of the judicial court of Paris in duty of vigilance matters, it has been four years since the formal notice was served on TotalEnergies SE before the claim was considered in court.¹⁶³

¹⁴⁹ Bueno N. *Op.cit.* P. 251.

¹⁵⁰ *Ibid.* P. 252.

¹⁵¹ Regulation (EC) No 864/2007 of the European Parliament and of the Council on the Law Applicable to Non-Contractual Obligations (Rome II), OJ L 199/40 of 11 July 2007. Art 4.

¹⁵² Paris Judicial Court. *Friends of the Earth Paris et al. v. TotalEnergies SE*. Case no. 22/53942 and 22/53943. Judgement of 28 February 2023.

¹⁵³ *Ibid.* § 2–3.

¹⁵⁴ *Ibid.* § 3.

¹⁵⁵ *Ibid.* § 6–10.

¹⁵⁶ *Ibid.* § 19.

¹⁵⁷ *Ibid.* § 23.

¹⁵⁸ *Ibid.* § 21.

¹⁵⁹ Farah Y., Kunuji V., Kent A. *Op.cit.* P. 516.

¹⁶⁰ *Friends of the Earth Paris et al. v. TotalEnergies SE*. § 28–29.

¹⁶¹ Cossart S., Mamlouk R. *10 Years on from Rana Plaza: Is France’s Duty of Vigilance Law Living up to its Promise? // Cambridge Core Blog*. 6 June 2023. URL: <https://www.cambridge.org/core/blog/2023/06/06/10-years-on-from-rana-plaza-is-frances-duty-of-vigilance-law-living-up-to-its-promise/> (accessed: 10.05.2024).

¹⁶² Loi no. 2021-1729 du 22 décembre 2021 pour la confiance dans l’institution judiciaire.

¹⁶³ Martinet L., Rouer V., Bocquillon L. *Premiers jugements sur le fondement de la loi sur le devoir de vigilance des entreprises: le juge des référés entre pédagogie et (sur)interprétation // Actu Juridique*. 3 May 2023. URL: <https://www.actu-juridique.fr/administratif/premiers-jugements-sur-le-fondement-de-la-loi-sur-le-devoir-de-vigilance-des-entreprises-le-juge-des-referes-entre-pedagogie-et-surinterpretation/> (accessed: 10.05.2024).

Yet, the analysed ruling “reduces the duty of vigilance to a mere compliance exercise”¹⁶⁴ and becomes an example of narrow and formalistic application of the law that tied the judges' hands. It appears to be diametrically opposed to evolutionary interpretation approaches actively applied by the judges when choosing international law or duty of care concept to be the cause of action for holding parent companies accountable for human rights violations. Ambiguous and unclear content of the French Vigilance Law obligations reaffirmed by the Court contributes to the aforementioned argument about the inability of that sort of laws to be a sustainable cause of action for direct parent companies' liability.

Nevertheless, it should not be overlooked that existing and proposed legislation on human rights due diligence and related recent case law remains of high importance for the further development of a parent company liability. Firstly, in the absence of any explicit rule in international law, that sort of legislation distinctly names companies to be addressees of human rights obligations. Secondly, although not properly implemented yet, the intention of the legislator to assign to a parent company the responsibility for human rights violations committed by its subsidiaries abroad is clearly visible. Thirdly, the launched process of the related case law has begun to reveal the legislative lacuna of human rights due diligence obligations and has every prospect of success to shift the attention to the substance of the parent companies' duty of care.¹⁶⁵

4. Cause of action under criminal law

Finally, it should be mentioned that case law has recognised parent companies to be subject not only to civil and tort, but also to criminal liability. In the *Lafarge* case eleven former Syrian employees and two NGOs filed a complaint in 2016 before the French court against Lafarge SA, a French cement company, and its Syrian subsidiary, Lafarge Cement Syria (LCS).¹⁶⁶ LCS maintained its business activities in Syria during the Syrian Civil War. As the Syrian conflict escalated, foreign employees were evacuated by the company, while Syrian employees were forced to continue to work.¹⁶⁷ The company was accused of making arrangements with armed groups and putting Syrian employees in danger, several of whom were kidnapped.¹⁶⁸

In 2018 Lafarge and LSC were indicted by a French investigative judge for complicity in crimes against humanity, financing of a terrorist enterprise, and endangerment of people's lives, namely, the lives of its Syrian employees.¹⁶⁹ It became the worldwide first decision on a corporation to be indicted for complicity in crimes against humanity as well as the first decision for France when a parent company became indicted for activities of its subsidiary abroad.¹⁷⁰

However, in 2019, the Court of Appeal dismissed the company's charges of complicity in crime against humanity while upheld the former two.¹⁷¹ The Court stated that payments provided by LSC to terrorist groups represent *mens rea* (fr.: *le dol général*) that is insufficient to characterise the mental element (fr.: *l'élément moral*) of the crime.¹⁷² *Dolus specialis* (fr.: *le dol special*) should be presented — the accomplice's adherence to the perpetrator's coordinated plan of the crime against humanity.¹⁷³

The Court of Cassation in 2021 clearly rejected this way of reasoning. It stated that Article 121-7 of the French Criminal Code, which provides for the general rule of complicity, simply requires that an accomplice knowingly contribute to the preparation or commission of a crime.¹⁷⁴ Therefore, the Court of Appeal erred in its requirement of *dolus specialis* (fr.: *le dol special*).¹⁷⁵ The decision at hand became historical as the Court for the first time considered the mental element (fr.: *élément moral*) of the crime in

¹⁶⁴ Cossart S., Mamlouk R. *Op.cit.*

¹⁶⁵ van Dam C. *Op.cit.* P. 718.

¹⁶⁶ *Lafarge case: Syria* // Sherpa. URL: <https://www.asso-sherpa.org/lafarge-case-syria> (accessed: 20.05.2024)

¹⁶⁷ *Case Report: Lafarge in Syria* // ECCHR. 16 November 2016. URL: https://www.ecchr.eu/fileadmin/Fallbeschreibungen/Case_Report_Lafarge_Syria_ECCHR.pdf (accessed: 20.05.2024).

¹⁶⁸ *Ibid.*

¹⁶⁹ *Landmark Decision: Company Lafarge Indicted for Complicity in Crimes Against Humanity* // Sherpa. 29 May 2018. URL: <https://www.asso-sherpa.org/landmark-decision-company-lafarge-indicted-complicity-in-crimes-against-humanity-included> (accessed: 20.05.2024).

¹⁷⁰ *Ibid.*

¹⁷¹ Paris Court of Appeal. *Sherpa et al. v. Lafarge SA et al.* Judgment of 7 November 2019.

¹⁷² Emmanuel D. *Cour de cassation ouvre la voie à une mise en examen de Lafarge pour complicité de crime contre l'humanité* // Dalloz Actualité. 13 September 2021. URL: <https://www.dalloz-actualite.fr/flash/cour-de-cassation-ouvre-voie-une-mise-en-examen-de-lafarge-pour-complicite-de-crime-contre-l-h> (accessed: 20.05.2024).

¹⁷³ *Ibid.*

¹⁷⁴ Court of Cassation. *Sherpa et al. v. Lafarge SA et al.* Case no. 19-87.367. Judgment of 7 September 2021. § 66–67, 70.

¹⁷⁵ *Ibid.* § 67.

complicity against humanity with regard to a legal person. It stated that the economic purpose of multinational companies' business conduct does not prevent them from being charged.¹⁷⁶

The Court of Cassation also turned for reconsideration of charges of endangerment of people's lives stating that the Court of Appeal erred in rationale. The Court of Appeal applied the French Labor Code articles on employer responsibilities of maintaining prudence and safety over the employees¹⁷⁷ in conjunction with the French Penal Code Article 223-1, providing punishment for direct exposure of a person to a risk of death or injury through deliberate violation of the prudence and safety obligation¹⁷⁸ and found Lafarge to be liable for non-fulfillment of its prudence and safety responsibility to train the personnel of Syrian subsidiary in the event of an attack, notwithstanding the employment of Syrian employees under Syrian law and by LSC.¹⁷⁹ The Court made its conclusion based on permanent interference of Lafarge in the economic and social management of LSC that led to the total loss of the latter's autonomy of action.¹⁸⁰

Notwithstanding the Court of Cassation agreed with the Court of Appeal on the issue of Syrian employees to be under the effective authority of Lafarge, it stated that the applicability of the French Labor Code and consequently the charge under Article 223-1 of the French Penal Code could not have been deduced from these findings exclusively.¹⁸¹ In the Court of Cassation's opinion, the Court of Appeal should have primarily turned to Rome I regulation¹⁸² in order to identify the proper law provisions applicable to the employment relationship between Lafarge and Syrian employees.¹⁸³

In 2022 the Court of Appeal, following the way of reasoning proposed by the Court of Cassation, finally reinstated Lafarge's charge of complicity in crimes against humanity.¹⁸⁴ However, the issue of endangerment of people's lives became the subject of further dispute. Based on the "closer connection" exception¹⁸⁵ to the general rule on "choice of law",¹⁸⁶ the Court of Appeal found the employment relationship between Lafarge and Syrian employees to be subject to French Law due to the permanent interference of Lafarge in the management of its subsidiary.¹⁸⁷ On this basis, it upheld the parent company's indictment under Article 223-1 of the French Penal Code.

Nevertheless, in 2024 the Court of Cassation without transferring the case to the lower instance annulled the 2022 decision on Lafarge's endangerment of people's lives. It is decided that in the absence of a "choice of law" provision in the employment contract, the relationship between Lafarge and Syrian employees is governed by Syrian law with no possibility to apply the "closer connection" exception as such connection should be assessed "on the whole".¹⁸⁸ Considerations related solely to the relationships between the parent and its subsidiary are not sufficient to rule out Syrian law application.¹⁸⁹ Furthermore, in accordance with the Court, the French Labor Code articles at issue are neither overriding mandatory provisions¹⁹⁰ that could have provided for French law applicability.¹⁹¹

Yet, the French Court decision has a twofold effect: applying general principles of complicity to legal entities the French Court provided for an extremely broad interpretation of criminal law with regard to parent companies' criminal liability for complicity in crimes against humanity, while on the other hand, represented a tremendously strict approach to the acts of endangering the lives of others. Stating that the analysis of the parent company's interference into its subsidiary operations is not sufficient to establish "close connection" with France, the Court of Cassation limited the spatial scope of French labour law and closed the door for Article 223-1 of the French Criminal Code to be a cause of action for a parent

¹⁷⁶ Court of Cassation. *Sherpa et al. v. Lafarge SA et al.* Case no. 19-87.367. Judgement of 7 September 2021. § 71.

¹⁷⁷ French Labor Code. Art. L. 4121-3, R. 4121-1 et seq., R. 4141-13.

¹⁷⁸ Court of Cassation. *Sherpa et al. v. Lafarge SA et al.* Case no. 19-87.367. Judgement of 7 September 2021. § 45.

¹⁷⁹ *Ibid.* § 50.

¹⁸⁰ *Ibid.* § 53.

¹⁸¹ *Ibid.* § 53, 54.

¹⁸² Regulation (EC) No 593/2008 of the European Parliament and of the Council on the Law Applicable to Contractual Obligations of 17 June 2008 (Rome I) (hereinafter — EU Regulation Rome I).

¹⁸³ Court of Cassation. *Sherpa et al. v. Lafarge SA et al.* Case no. 19-87.367. Judgement of 7 September 2021. § 55.

¹⁸⁴ Paris Court of Appeal. *Sherpa et al. v. Lafarge SA et al.* Judgment of 18 May 2022.

¹⁸⁵ EU Regulation Rome I, Art. 8 (4).

¹⁸⁶ *Ibid.* Art. 8 (2).

¹⁸⁷ Court of Cassation. *Sherpa et al. v. Lafarge SA et al.* Case no. 22-83.681. Judgment of 16 January 2024. § 36.

¹⁸⁸ CJEU. *Anton Schlecker v. Melitta Josefa Boedeker.* Case no. C-64/12. Judgment of 12 September 2013.

¹⁸⁹ Court of Cassation. *Sherpa et al. v. Lafarge SA et al.* Case no. 22-83.681. Judgment of 16 January 2024. § 41–47.

¹⁹⁰ EU Regulation Rome I, Art. 9.

¹⁹¹ Court of Cassation. *Sherpa et al. v. Lafarge SA et al.* Case no. 22-83.681. Judgment of 16 January 2024. § 44.

company direct liability for human rights abuses committed abroad.¹⁹² This way of reasoning does not appear to be surprising as otherwise “a flexible interpretation including foreign law would lead to a (too) broad extension of French courts' criminal jurisdiction”.¹⁹³

Therefore, taking into account the principle of strict interpretation of criminal law as well as *corpus delicti* specificities of every national legal system and absence of a legal framework that would allow to bring a corporation criminally liable in a vast majority of states, it is possible to claim that parent company criminal liability cause of action could hardly ever be universally applicable at the international level.

Conclusion

The aforementioned case law represents strong social demand: corporations cannot any longer “[be] left to define for themselves the ‘social expectations’ to which they are meant to respond”.¹⁹⁴ The complex structure of multinational corporations has given them a possibility to become “legally invisible in their home states while... present through subsidiaries in innumerable other states”.¹⁹⁵ These laissez-faire conditions allowed corporations to continue to avoid international human rights legal obligations and became the inception of severe human rights abuses in developing states under subsidiaries' operation. In accordance with C. van Dam, “the protection parent companies derive from the externalization of the risks of their activities using subsidiaries is disproportionate <...>: the parent benefits from the subsidiaries' advantages, but its burdens are borne by vulnerable individuals and communities”.¹⁹⁶ Therefore, the need for corporate legal autonomy originated from strict corporate separation principle becomes questionable nowadays.

In the absence of a binding rule allowing to hold a parent accountable for human rights violations committed by its subsidiaries or suppliers abroad neither in international nor in national law, victims are in a difficult position with limited possibilities to defend. Testing the direct corporate liability concept, a great variety of causes of action have been invoked by courts around the globe. Nevertheless, most of them do not have any prospect of success to meet the criteria of universality and applicability at the international level. Half-measure character of human rights due diligence legislation makes it a cause of action inadequate to ensure victims with substantial justice and ties judges' hands due to its nebulous content. The principle of strict interpretation of criminal law provisions on a par with its *corpus delicti* specificities varying from state to state becomes the reason for courts' unwillingness to extend criminal jurisdiction abroad. Direct application of international law as the cause of action of parental liability for human rights abuses committed abroad raises concerns due to the absence of any international custom or treaty of such a nature.

Therefore, it appears that application of the duty of care concept as the cause of action of a parent company direct liability is the only viable option that could meet the criteria of universality and applicability at the international level. The analysed case law represented its rapid expansion to various jurisdictions and its openness for interpretation since a broad discretion in the duty of care concept application is accorded to judges. These particularities allow judges to answer the social demand. Having conceded that corporations are still persons, even if artificial and created by law, and, thus, should be held liable for human rights violations on a par with states and individuals, judges, applying the duty of care concept to multinational corporations contribute to the “bottom-up” processes of international human rights evolution by formulating a special type of obligations on the part of corporations to respect human rights.

¹⁹² Farnoux E. *French Supreme Court Ruling in the Lafarge case: the Private International Law Side of Transnational Criminal Litigations // Conflict of Laws*. 13 February 2024. URL: <https://conflictoflaws.net/2024/french-supreme-court-ruling-in-the-lafarge-case-the-private-international-law-side-of-transnational-criminal-litigations/> (accessed: 21.05.2024).

¹⁹³ Ibid.

¹⁹⁴ McCorquodale R. *Pluralism, Global Law and Human Rights: Strengthening Corporate Accountability for Human Rights Violations // Global Constitutionalism*. 2013. Vol. 2. № 2. P. 315.

¹⁹⁵ Vivian C. *Op.cit.* P. 403.

¹⁹⁶ van Dam C. *Op.cit.* P. 738.

ПРАВОВЫЕ ОСНОВАНИЯ ПРИВЛЕЧЕНИЯ МАТЕРИНСКИХ КОМПАНИЙ К ОТВЕТСТВЕННОСТИ ЗА НАРУШЕНИЯ ПРАВ ЧЕЛОВЕКА В НАЦИОНАЛЬНЫХ СУДАХ

Уланова Д. Р.

Дарья Романовна Уланова — магистр права, юрист, ООО «СГСГрупп», Москва, Россия (ulanovaa.darya@gmail.com).
ORCID:0009-0008-7196-011X.

Аннотация

Вертикальный характер международных норм в области прав человека предполагает, что лишь государства могут являться адресатами обязательств. Таким образом, международное право не предусматривает ответственности корпораций за нарушения прав человека. Национальное законодательство также не предлагает четких правил, которые могли бы позволить привлечь компанию к ответственности за нарушения прав человека, совершенные за рубежом ее дочерними предприятиями или поставщиками в производственно-сбытовой цепи. Однако даже в отсутствие четкого правового базиса, национальные суды Канады, Франции, Великобритании и Нидерландов, напротив, выражают готовность признать наличие обязанности по соблюдению права человека на стороне корпораций. Более того, на сегодняшний день судебная практика этих государств знает случаи успешного привлечения компаний — нарушителей данной обязанности не только к гражданской, но и к уголовной ответственности. Таким образом, наблюдается смещение акцента с защиты корпораций на защиту жертв. Суды делают шаг в сторону от принципа строгого разделения ответственности. Необходимость данных изменений была вызвана подходом невмешательства, применяемым к корпорациям на протяжении долгих лет, который давал им возможность оставаться невидимыми в государствах инкорпорации и, следовательно, избегать ответственности за совершаемые правонарушения в третьих странах. В рамках своей практики национальные суды Канады, Франции, Великобритании и Нидерландов основывают решения о возложении обязанности по соблюдению прав человека на корпорации и, следовательно, о привлечении их к ответственности за нарушения данной обязанности на нормах международного права прав человека, национального уголовного и гражданского законодательства об обязанности проявлять осторожность (англ.: *duty of care*) и соблюдать должную осмотрительность в области защиты прав человека (англ.: *human rights due diligence*). Однако возникает вопрос о том, насколько предлагаемые судами подходы к возможным основаниям иска о привлечении материнской компании к прямой ответственности за нарушения прав человека за рубежом отвечают критериям универсальности и применимости на международном уровне.

Ключевые слова

права человека, основание иска, материнская компания, дочернее предприятие, ответственность корпораций, прямая ответственность, должная осмотрительность

Для цитирования: Уланова Д. Р. Правовые основания привлечения материнских компаний к ответственности за нарушения прав человека в национальных судах // Журнал ВШЭ по международному праву (HSE University Journal of International Law). 2024. Т. 2. № 2. С. 95–112.

<https://doi.org/10.17323/jil.2024.22267>

References

- Bueno N. (2020) The Swiss Popular Initiative on Responsible Business: From Responsibility to Liability. In: Enneking L., Giesen I., Schaap A.-J., Ryngaert C., Kristen F., Roorda L. (eds.) *Accountability, International Business Operations and the Law*. New York: Routledge, pp. 239–258.
- Butler J. (2020) The Corporate Keepers of International Law. *American Journal of International Law*, vol. 114, no. 2, pp. 189–220.
- Chambers R. (2021) Parent Company Direct Liability for Overseas Human Rights Violations: Lessons from the UK Supreme Court. *University of Pennsylvania Journal of International Law*, vol. 42, no. 3, pp. 519–579.
- Curran V. (2016) Harmonizing Multinational Parent Company Liability for Foreign Subsidiary Human Rights Violations. *Chicago Journal of International Law*, vol. 17, no. 2, art. 3, pp. 403–446.
- van Dam C. (2021) Breakthrough in Parent Company Liability: Three Shell Defeats, the End of an Era and New Paradigms. *European Company and Financial Law Review*, vol. 18, no. 5, pp. 714–748.

van Dam C., Gregor F. (2017) Corporate Responsibility to Respect Human Rights vis-à-vis Legal Duty of Care. In: Rubio J., Yiannibas K. (eds.) *Human Rights in Business: Removal of Barriers to Access to Justice in the European Union*. London: Routledge, pp. 119–138.

Dowling P. (2020) Limited Liability and Separate Corporate Personality in Multinational Corporate Groups: Conceptual Flaws, Accountability Gaps, and the Case for Profit-Risk Liability. In: Enneking L., Giesen I., Schaap A.-J., Ryngaert C., Kristen F., Roorda L. (eds.) *Accountability, International Business Operations and the Law*. New York: Routledge, pp. 219–238.

Farah Y., Kunuji V., Kent A. (2023) Civil Liability Under Sustainability Due Diligence Legislation: A Quiet Revolution?. *King's Law Journal*, vol. 34, no. 3, pp. 499–523.

Fasterling B. (2020) Whose Responsibilities? The Responsibility of the “Business Enterprise” to Respect Human Right. In: Enneking L., Giesen I., Schaap A.-J., Ryngaert C., Kristen F., Roorda L. (eds.) *Accountability, International Business Operations and the Law*. New York: Routledge, pp. 18–37.

Jagers N., Heijden M.-J. (2008) Corporate Human Rights Violations: the Feasibility of Civil Recourse in the Netherlands. *Brooklyn Journal of International Law*, vol. 33, no. 3, art. 2, pp. 833–870.

Macchi C., van Zeben J. (2021) Business and Human Rights Implications of Climate Change Litigation: *Milieudefensie et al. v. Royal Dutch Shell*. *Review of European, Comparative and International Environmental Law*, vol. 30, no. 3, pp. 409–415.

McCorquodale R. (2013) Pluralism, Global Law and Human Rights: Strengthening Corporate Accountability for Human Rights Violations. *Global Constitutionalism*, vol. 2, no. 2, pp. 287–315.

Palombo D. (2020) *Business and Human Rights: The Obligations of the European Home States*. Oxford: Bloomsbury Publishing.

Rusinova V., Ganina O. (2021) Postanovlenie Verkhovnogo suda Kanady ot 28 fevralya 2020 goda po delu “Nevsun” protiv Arayi: “tikhaya revolyutsiya” v. otsenke statusa korporatsiy po mezhdunarodnomu publichnomu pravu [Judgment of the Supreme Court of Canada of 28 February 2020, on Nevsun v. Araya: a “quiet revolution” in the assessment of the status of corporations under public international law?]. *Mezhdunarodnoe pravosudie*, vol. 11, no. 2, pp. 25–39. (in Russian).

Rusinova V., Korotkov S. (2021) Mandatory Corporate Human Rights Due Diligence Models: Shooting Blanks?. *Russian Law Journal*, vol. 9, no. 4, pp. 33–71.

Salminen J. (2018) The Accord on Fire and Building Safety in Bangladesh: A New Paradigm for Limiting Buyers' Liability in Global Supply Chains?. *American Journal of Comparative Law*, vol. 66, no. 2, pp. 411–451.

Siddiqui J., Uddin S. (2016) Human Rights Disasters, Corporate Accountability and the State: Lessons learned from Rana Plaza. *Accounting, Auditing and Accountability Journal*, vol. 29, no. 4, pp. 679–704.

Trebilcock A. (2020) The Rana Plaza Disaster Seven Years on: Transnational Experiments and Perhaps a New Treaty?. *International Labour Review*, vol. 159, no 4, pp. 545–568.