

МЕЖДУНАРОДНОЕ ПРАВОСУДИЕ

**О совместимости правовых систем:
возможности коллизий и иллюзии возможности**

**Оглашение показаний свидетелей обвинения:
новые подходы Европейского Суда по правам человека**

Девять жизней аннулированных третейских решений

Беспрецедентность прецедента: практика Суда Европейского Союза

**Суд Евразийского экономического союза:
решения обязательны *erga omnes*?**

**Иностранные инвесторы и национальные государства:
способы выхода из клинча**

Дело *Шачашвили против Германии*: право на свидетеля

Jessup 2017 Россия

Russian National Championship

1 – 5 February 2017 | Moscow

It's Jessup time! It's time to act!

- Form a dream-team consisting of 2 - 5 law students interested in the international law
- Start reviewing 2017 Jessup Compromis and deepen your knowledge of transboundary aquifers, basic human rights, including the rights to food and water, and refugee outflows caused by arguable violations of those rights
- Register your team on ilsa.org before **18 November 2016**
- Prepare two memorials in English on behalf of Applicant and Respondent by **10 January 2017**
- Take part in the Oral Rounds on **1 - 5 February 2017** in Moscow
- Become one of the 4 best teams, and
- Proceed to the International Rounds in Washington, DC, USA, on **9 - 15 April 2017**

For more information, please contact:

Irina Yakusheva

Competition Coordinator

+7 495 645 4969

iyakusheva@whitecase.com



МЕЖДУНАРОДНОЕ ПРАВОСУДИЕ

№3 (19) • 2016

Учредитель и издатель
Институт права и публичной политики
<http://www.ilpp.ru>

Редакционный совет

А. И. КОВЛЕР, д.ю.н., профессор
(председатель)
Б. БАУРИНГ, профессор
Л. ГАРЛИЦКИЙ, Ph.D. in Law, профессор
Л. МАЛКСОО, Ph.D., профессор
Т. Н. НЕШАТАЕВА, д.ю.н., профессор
А. НУССБЕРГЕР, Dr.jur.habil., профессор
А. Я. КАПУСТИН, д.ю.н., профессор
Р. А. КОЛОДКИН, к.ю.н.
С. М. ПУНЖИН, к.ю.н.
А. УШАЦКА, д.ю.н., профессор
М. Л. ЭНТИН, д.ю.н., профессор

Редакционная коллегия

Г. И. БОГУШ, к.ю.н., доцент
В. О. НЕШАТАЕВА, к.ю.н.
И. В. РАЧКОВ, LL.M., к.ю.н.
В. Н. РУСИНОВА, LL.M., к.ю.н.
В. В. СТАРЖЕНЕЦКИЙ, к.ю.н.
М. П. ТРУНК-ФЕДОРОВА, LL.M., к.ю.н.
М. А. ФИЛАТОВА, к.ю.н.
О. С. ЧЕРНЫШОВА, LL.M., к.ю.н.

COUNCIL OF EUROPE



CONSEIL DE L'EUROPE

Журнал издаётся при финансовой поддержке Совета Европы. Ответственность за содержание журнала несёт исключительно Издатель, и оно ни при каких обстоятельствах не может рассматриваться как отражающее позицию Совета Европы

Финансовая поддержка
предоставлена также



ЗДАС
АДВОКАТСКОЕ
БЮРО основано в 1990

Решением ВАК журнал включен в «Перечень ведущих рецензируемых научных журналов и изданий, в которых должны быть опубликованы основные научные результаты диссертации на соискание ученой степени доктора и кандидата наук»

Журнал входит в базу журналов Russian Science Citation Index на платформе Web of Science

Свидетельство о регистрации ПИ №ФС77-62149 от 19 июня 2015 года выдано Федеральной службой по надзору в сфере связи, информационных технологий и массовых коммуникаций.

Тираж 500 экз. Периодичность – 4 номера в год.
ISSN 2226-2059. Цена свободная.

Подписано в печать 26 сентября 2016 года.

Адрес редакции: 129090 Москва, ул. Щепкина, д. 8.

Для корреспонденции: 129090 Москва, а/я 140.

Тел.: +7 (495) 608-69-59; 608-66-35. Факс: +7 (495) 608-69-15.

Отпечатано: ООО «Буки Веди»

119049, г. Москва, Ленинский проспект, д. 4, стр. 1А

Позиции авторов статей могут не совпадать с мнением редакции.

При цитировании материалов ссылка на журнал и правообладателя обязательна.

Перепечатка разрешена только с письменного согласия правообладателя.

© Институт права и публичной политики, 2016

PRAXIS

RES JUDICATA

**ДЕЛО ШАЧАШВИЛИ ПРОТИВ ГЕРМАНИИ:
РАЗВИТИЕ ПОДХОДОВ ЕВРОПЕЙСКОГО СУДА ПО ПРАВАМ ЧЕЛОВЕКА
О ПРАВЕ НА ДОПРОС СВИДЕТЕЛЕЙ ОБВИНЕНИЯ** **3**
КОММЕНТАРИЙ К ПОСТАНОВЛЕНИЮ БОЛЬШОЙ ПАЛАТЫ ЕСПЧ
ОТ 15 ДЕКАБРЯ 2015 ГОДА (ЖАЛОБА № 9154/10)
Мария Сучкова

EX OFFICIO

**О ПРОБЛЕМАХ В ДЕЙСТВИИ РЕШЕНИЙ ОРГАНОВ ЕАЭС
В НАЦИОНАЛЬНЫХ ПРАВОПОРЯДКАХ ГОСУДАРСТВ-ЧЛЕНОВ** **10**
Татьяна Нешатаева

SCRIPTORIUM

JUSTICIA

**ИСПОЛНЕНИЕ ОТМЕНЁННЫХ РЕШЕНИЙ ИНОСТРАННЫХ
АРБИТРАЖНЫХ СУДОВ: ДОЛГОЖДАНОЕ НОВОВВЕДЕНИЕ
ИЛИ ПУТЬ К НЕОПРЕДЕЛЁННОСТИ?** **18**
Анна Матвеева

JUS HONINUM

**ЗАПРЕЩЁННЫЕ ПРОФЕССИИ ДЛЯ ЖЕНЩИН:
НОВЫЙ ПОВОД ДЛЯ ДИАЛОГА
КОНСТИТУЦИОННОГО СУДА РОССИИ И КОМИТЕТА ООН?** **37**
Дмитрий Бартнев

**БЕЗОТЛАГАТЕЛЬНОСТЬ РАССМОТРЕНИЯ СУДОМ
ПРАВОМЕРНОСТИ СОДЕРЖАНИЯ ПОД СТРАЖЕЙ:
ЕВРОПЕЙСКИЕ ПОДХОДЫ К РОССИЙСКИМ ПРОБЛЕМАМ** **48**
Алексей Лаптев

JUS COMMUNE

ПРЕЦЕДЕНТ В ПРАКТИКЕ СУДА ЕВРОПЕЙСКОГО СОЮЗА **64**
Алексей Исполинов

LEX MERCATORIA

**ПРАВОВЫЕ ПОСЛЕДСТВИЯ РЕШЕНИЙ
АПЕЛЛЯЦИОННОГО ОРГАНА
В СИСТЕМЕ РАЗРЕШЕНИЯ СПОРОВ WTO** **78**
Иоанна Гомула

OPINIO JURIS

**СОТНОШЕНИЕ ПРАВОПОРЯДКОВ И ИЕРАРХИЯ
МЕЖДУНАРОДНЫХ И НАЦИОНАЛЬНЫХ НОРМ:
НОВЫЕ ВОПРОСЫ И ПОДХОДЫ К ИХ РЕШЕНИЮ
В ПРАКТИКЕ КОНСТИТУЦИОННОГО СУДА РОССИИ** **88**
Мария Филатова

**КОНВЕНЦИОННО-КОНСТИТУЦИОННЫЕ КОЛЛИЗИИ
И ИЛЛЮЗИИ: ЧТО ЛЕЖИТ В ОСНОВЕ «ВОЗРАЖЕНИЯ»
КОНСТИТУЦИОННОГО СУДА РОССИИ В АДРЕС
ЕВРОПЕЙСКОГО СУДА ПО ПРАВАМ ЧЕЛОВЕКА?** **101**
Дмитрий Красиков

FORUM INCOGNITA

**РЕФОРМА МЕЖДУНАРОДНО-ПРАВОВОГО
УРЕГУЛИРОВАНИЯ СПОРОВ МЕЖДУ
ИНОСТРАННЫМИ ИНВЕСТОРАМИ И ГОСУДАРСТВАМИ** **118**
Илья Рачков

INTERNATIONAL JUSTICE

3 (19) • 2016

Founder and Publisher

Institute for Law and Public Policy
http://www.ilpp.ru

Scientific Advisory Board

A. KOVLER, Dr. of Sc. in Law, Professor (Chairman)
B. BOWRING, Professor
L. GARLICKI, Ph.D. in Law, Professor
A. KAPUSTIN, Dr. of Sc. in Law, Professor
R. KOLODKIN, Ph.D. in Law
L. MALKSOO, Ph.D. in Law, Professor
T. NESHATAEVA, Dr. of Sc. in Law, Professor
A. NUSSBERGER, Dr.jur.habil., Professor
S. PUNZHIN, Ph.D. in Law
A. USHACKA, Dr. of Sc. in Law, Professor
M. ENTIN, Dr. of Sc. in Law, Professor

Board of Editors

G. BOGUSH, Ph.D. in Law, Associate Professor
O. CHERNISHOVA, LL.M., Ph.D. in Law
M. FILATOVA, Ph.D. in Law
V. NESHATAEVA, Ph.D. in Law
I. RACHKOV, LL.M., Ph.D. in Law
V. RUSINOVA, LL.M., Ph.D. in Law
V. STARZHNETSKY, Ph.D. in Law
M. TRUNK-FEDOROVA, LL.M., Ph.D. in Law

Managing Editor

O. SIDOROVICH, MBA (in P.S.)

Editorial Secretary

A. UROSHLEVA

Associate Editors

L. MOGUSEVA
R. ZOLOTAREV

COUNCIL OF EUROPE



CONSEIL DE L'EUROPE

This document has been produced with the financial assistance of the Council of Europe. The views expressed herein can in no way be taken to reflect the official opinion of the Council of Europe.

Published under the sponsorship of the



ISSN 2226-2059

Address: 8, Shchepkin Str., Moscow, 129090, Russian Federation
Mailing Address: P. O. Box 140, Moscow, 129090, Russian Federation
Tel.: +7 (495) 608-69-59; 608-66-35
Fax: +7 (495) 608-69-15
E-mail: ilpp-ij@mail.ru
http://www.ilpp.ru/journal/ijj/

© Institute for Law and Public Policy, 2016

PRAXIS

RES JUDICATA

- CASE OF *SCHATSCHASCHWILI V. GERMANY*: DEVELOPMENT OF THE EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS APPROACHES ON THE RIGHT TO EXAMINE PROSECUTION WITNESSES** **3**
A COMMENTARY TO JUDGMENT OF GRAND CHAMBER OF THE ECHR DATED ON 15 DECEMBER 2015 (APPLICATION NO. 9154/10)
Maria Suchkova

EX OFFICIO

- ON AMBIGUOUS EFFECTS OF THE EAEU BODIES' DECISIONS WITHIN NATIONAL LEGAL SYSTEMS OF THE MEMBER STATES** **10**
Tatyana Neshataeva

SCRIPTORIUM

JUSTITIA

- ENFORCEMENT OF ANNULLED FOREIGN ARBITRAL AWARDS: WELCOME DEVELOPMENT OR PATHWAY TO UNCERTAINTY?** **18**
Anna Matveeva

JUS HOMINUM

- PROHIBITED PROFESSIONS FOR WOMEN: A NEW CAUSE FOR THE DIALOGUE BETWEEN THE RUSSIAN CONSTITUTIONAL COURT AND A UN COMMITTEE?** **37**
Dmitri Bartenev

- SPEEDINESS OF JUDICIAL REVIEW OF THE LAWFULNESS OF DETENTION: EUROPEAN APPROACH TO RUSSIAN PROBLEMS** **48**
Alexey Laptev

JUS COMMUNE

- PRECEDENT IN THE JURISPRUDENCE OF THE EUROPEAN UNION COURT OF JUSTICE** **64**
Alekssei Ispolinov

LEX MERCATORIA

- THE LEGAL EFFECT OF APPELLATE BODY RULINGS IN THE WTO DISPUTE SETTLEMENT SYSTEM** **78**
Joanna Gomula

OPINIO JURIS

- RELATIONS OF LEGAL ORDERS AND HIERARCHY OF INTERNATIONAL AND NATIONAL NORMS: NEW ISSUES AND SOLUTIONS IN THE RUSSIAN CONSTITUTIONAL COURT'S CASE-LAW** **88**
Filatova Maria

- COLLISIONS AND ILLUSIONS AMID THE CONVENTION AND THE CONSTITUTION: WHAT DOES UNDERLIE THE RUSSIAN CONSTITUTIONAL COURT'S OBJECTION TO THE EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS?** **101**
Dmitry Krasikov

FORUM INCOGNITA

- REFORMING INTERNATIONAL RESOLUTION OF DISPUTES BETWEEN FOREIGN INVESTORS AND HOST STATES** **118**
Rachkov Iliya

Дело *Шачашвили против Германии*: развитие подходов Европейского Суда по правам человека о праве на допрос свидетелей обвинения

Комментарий к постановлению Большой Палаты ЕСПЧ от 15 декабря 2015 года (жалоба № 9154/10)

Мария Сучкова*

В постановлении по делу *Шачашвили против Германии*, вынесенном в конце 2015 года, Большая Палата Европейского Суда по правам человека уточнила подходы к толкованию права на допрос свидетелей обвинения, гарантированного подпунктом «d» пункта 1 статьи 6 Европейской Конвенции о защите прав человека и основных свобод, и определению объёма обязательств национальных судов при принятии решения об оглашении показаний неявившегося свидетеля. Суд предпринял попытку устранения противоречий в практике по данному вопросу, возникших со времени вынесения прецедентного постановления по делу *Аль-Хаваджа и Тахери против Великобритании*, в котором были выработаны критерии, подлежащие учёту при оценке жалоб на оглашение показаний. В постановлении по делу *Шачашвили против Германии* Суд избрал гибкий и нюансированный подход к толкованию рассматриваемого права, позволяющий дать оценку как обеспечению права на допрос свидетеля обвинения, так и справедливости разбирательства в целом. Постановление ценно и с практической точки зрения как обобщение и уточнение стандартов, подлежащих применению национальными судами в случае невозможности обеспечить явку свидетеля обвинения для допроса в судебном заседании.

→ *Европейская Конвенция по правам человека; Европейский Суд по правам человека; право на допрос свидетелей обвинения; право на справедливое судебное разбирательство; уголовный процесс*

DOI: 10.21128/2226-2059-2016-3-3-9

1. Введение

Подпункт «d» пункта 1 статьи 6 Европейской Конвенции о защите прав человека и основных свобод (*далее* — Европейская Конвенция или Конвенция) гарантирует каждому «обвиняемому в совершении уголовного преступления» право «допрашивать показывающих против него свидетелей или... право на то, чтобы эти свидетели были допрошены». Данная гарантия является одним из аспектов более общего права на справедливое судебное

разбирательство, которое закреплено в пункте 1 статьи 6 Конвенции.

Как неоднократно отмечал Европейский Суд по правам человека (*далее* — ЕСПЧ, Европейский Суд или Суд), по общему правилу все доказательства обвинения должны быть представлены в присутствии подсудимого в ходе судебного разбирательства с тем, чтобы предоставить защите — на основании принципа состязательности — возможность оспорить достоверность таких доказательств¹. Безусловно, данное требование не является абсолютным и не запрещает оглашение по-

* Сучкова Мария Андреевна — магистр международного права в области прав человека (Университет Эссекса, Великобритания), практикующий юрист (e-mail: maria.suchkova@gmail.com).

¹ European Court of Human Rights (*далее* — ECtHR). *Al-Khawaja and Tahery v. the United Kingdom* [GC]. Applications nos. 26766/05, 22228/06. Judgment of 7 December 2011. § 127.

казаний, полученных на более ранних стадиях уголовного процесса, при невозможности явки свидетелей в суд. Однако это должно быть крайней мерой. В настоящем комментарии мы рассмотрим подходы ЕСПЧ к толкованию и применению права на допрос свидетелей обвинения и к определению объёма обязательств, лежащих на национальных судах при принятии решения об оглашении показаний отсутствующего в процессе свидетеля. Прецедентным постановлением в этом отношении является постановление по делу *Аль-Хаваджа и Тахери против Великобритании*², вынесенное Большой Палатой ЕСПЧ в декабре 2011 года. Кроме того, в конце 2015 года Большая Палата Суда в постановлении по делу *Шачашивили против Германии*³ уточнила выработанные в практике Суда подходы к оценке жалоб на нарушение права на допрос свидетелей обвинения и разъяснила механизм применения критериев, закреплённых в постановлении по делу *Аль-Хаваджа и Тахери*.

2. Сфера применения права на допрос свидетелей обвинения

Перед тем как обратиться к содержанию права на допрос свидетелей обвинения и условиям, при которых обвинительный приговор, основанный на оглашённых показаниях, не будет вступать в противоречие с Конвенцией, необходимо остановиться на вопросе о сфере применения данной гарантии.

Понятие «свидетель», используемое в статье 6 Конвенции, является, как и многие другие конвенционные термины, автономным. Это означает, что применимость данной нормы не зависит от того, как на основании национального законодательства определяется процессуальный статус лица, показания которого оглашаются. Ключевое значение в этом отношении имеет не формальный, а содержательный аспект — речь должна идти о доказательстве, которое по своему содержанию является обвинительным. Так, ЕСПЧ счёл подпункт «d» пункта 1 статьи 6 Конвенции применимым в делах, в которых речь шла об оглашении показаний потерпев-

ших⁴, других подсудимых⁵ или экспертов⁶. Более того, гарантии подпункта «d» пункта 1 статьи 6 Конвенции могут быть применимы не только собственно к показаниям свидетелей, но и к иным доказательствам обвинения. Например, в недавнем постановлении по делу *Сетон против Великобритании* заявитель, обвинявшийся в совершении убийства, указал на г-на Пирмана, как на истинного виновного. Г-н Пирман, который на тот момент отбывал наказание за совершение другого тяжкого преступления, отказался давать показания в процессе г-на Сетона. При этом в телефонных разговорах со своими родственниками, которые, согласно применимому регулированию, были записаны администрацией тюрьмы, г-н Пирман отрицал свою причастность к убийству, в котором обвинялся г-н Сетон. Записи переговоров г-на Пирмана с родственниками были с разрешения судьи приобщены к доказательствам обвинения и положены, среди прочих доказательств, в основу обвинительного приговора в отношении г-на Сетона. ЕСПЧ счёл, что хотя г-н Пирман в строгом смысле не может быть признан свидетелем обвинения, к доказательствам в виде записи его переговоров должны применяться те же принципы, что и к оглашённым показаниям свидетелей⁷.

Необходимо также коротко отметить, что норма подпункта «d» пункта 1 статьи 6 Конвенции, как и любые права, гарантированные «уголовной» составляющей статьи 6 Конвенции, применима в случае предъявления «уголовного обвинения», которое также является автономным понятием. В этом отношении классификация того или иного процесса в качестве уголовного в национальном законодательстве имеет значение лишь отчасти. Не останавливаясь подробно на содержании термина «уголовное обвинение» и критериях, которые ЕСПЧ использует для анализа применимости «уголовной» составляющей статьи 6 Конвенции к конкретному разбиратель-

⁴ См.: ECtHR. *Vladimir Romanov v. Russia*. Application no. 41461/02. Judgment of 24 July 2008. § 97.

⁵ См.: ECtHR. *Trofimov v. Russia*. Application no. 1111/02. Judgment of 4 December 2008. § 37.

⁶ См.: ECtHR. *Doorson v. the Netherlands*. Application no. 20524/92. Judgment of 26 March 1996. § 81–82.

⁷ См.: ECtHR. *Seton v. the United Kingdom*. Application no. 55287/10. Judgment of 31 March 2016. § 60.

² См.: *Al-Khawaja and Tahery v. the United Kingdom*.

³ ECtHR. *Schatschaschwili v. Germany* [GC]. Application no. 22228/06. Judgment of 15 December 2015.

ству⁸, отметим, что вопрос о праве на допрос «свидетеля обвинения» может быть поставлен, например, при производстве по делам о некоторых административных правонарушениях⁹ или в некоторых случаях при решении вопроса о помещении несовершеннолетнего правонарушителя в центр временного содержания¹⁰, поскольку такие процессы — при соблюдении критериев, установленных в практике Суда — могут быть признаны «уголовными» по смыслу статьи 6 Конвенции.

3. Условия оглашения показаний свидетелей обвинения

Обратимся к принципам, которые Европейский Суд применяет при анализе жалоб о нарушении права на допрос свидетелей обвинения. В 2011 году данные принципы были проанализированы и уточнены в постановлении по делу *Аль-Хаваджа и Тахери*. Согласно подходу ЕСПЧ, первое, что необходимо оценить при рассмотрении жалобы, это наличие веских причин (*good reasons*) для невозможности очного допроса свидетелей обвинения в суде и, соответственно, для оглашения показаний.

Однако даже при наличии уважительных причин для неявки свидетеля право, гарантированное подпунктом «b» пункта 3 статьи 6 Конвенции, может быть чрезмерно ограничено, если обвинительный приговор основан исключительно или в решающей степени на показаниях лица, которого у подсудимого не было возможности допросить. Данный принцип получил название «правило единственного или решающего доказательства» (“*sole or decisive rule*”). Проанализировав свою практику и возражения государства-ответчика в постановлении по делу *Аль-Хаваджа и Тахери*, Большая Палата отметила, что указанное правило должно применяться гибко: тот факт, что оглашённые показания свидетеля обвинения были единственным или решающим доказательством, положенным в основу обвинительного приговора, не должен

автоматически влечь вывод о нарушении статьи 6 Конвенции. Суду необходимо учитывать особенности правовой системы государства-ответчика и установленные в ней правила допустимости доказательств. Это означает, что в случаях, когда оглашённые показания были единственным или решающим доказательством вины, ЕСПЧ должен дать оценку наличию или отсутствию процессуальных гарантий, направленных на обеспечение прав защиты в связи с оглашением показаний неявившихся свидетелей.

Таким образом, в постановлении по делу *Аль-Хаваджа и Тахери* был выработан трёхступенчатый тест, подлежащий применению в делах об оглашении показаний свидетеля обвинения и состоящий из следующих вопросов:

а) существовали ли, с точки зрения национального суда, веские причины для неявки свидетеля и, соответственно, оглашения их показаний;

б) были ли оглашённые показания единственным или решающим доказательством вины;

с) были ли приняты достаточные процессуальные меры, чтобы «компенсировать» невыгодное положение защиты в связи с невозможностью очного допроса в судебном заседании.

Далее мы рассмотрим толкование каждого из критериев подробнее, а затем обратимся к их соотношению с учётом новой практики ЕСПЧ и, в частности, постановления Большой Палаты по делу *Шачашвили против Германии*.

3.1. Оценка причин для неявки свидетеля обвинения

Согласно позиции ЕСПЧ, национальные суды должны предпринять «все разумно возможные усилия»¹¹ для обеспечения возможности допроса свидетеля обвинения, а в случае невозможности привести веские причины с учётом конкретной ситуации неявившегося свидетеля¹².

ЕСПЧ применяет довольно жёсткий стандарт, оценивая причины неявки. Смерть свидетеля, как правило, рассматривается Судом

⁸ См. по данному вопросу, среди прочего: Guide on Article 6 of the European Convention on Human Rights. Right to a fair trial (criminal limb). Council of Europe/European Court of Human Rights, 2014. P.7–10.

⁹ См.: ECtHR. *Frumkin v. Russia*. Application no.74568/12. Judgment of 5 January 2016. § 155.

¹⁰ См.: ECtHR. *Blokhin v. Russia* [GC]. Application no.47152/06. Judgment of 23 March 2016. § 179–182.

¹¹ См.: *Al-Khawaja and Tahery v. the United Kingdom*. § 120.

¹² См.: *Schatschaschwili v. Germany*. § 122.

в качестве уважительной причины для оглашения ранее данных показаний. Однако и из этого правила есть исключения. В деле *Димович против Сербии*¹³ сторона обвинения обжаловала оправдательный приговор в отношении заявителя, ссылаясь на признательные показания его сообщника (обозначенного инициалами С. К.), данные на предварительном расследовании, которые тот впоследствии опроверг. Показания С. К. не приобщались стороной обвинения в ходе рассмотрения уголовного дела судом первой инстанции и были представлены лишь при обжаловании оправдательного приговора. После отмены оправдательного приговора дело было рассмотрено вновь, и был постановлен обвинительный приговор на основании оглашённых признательных показаний С. К., который к моменту второго рассмотрения дела скончался. ЕСПЧ пришёл к выводу о том, что отсутствовали веские причины для оглашения показаний, поскольку в ходе первого рассмотрения дела, пока С. К. ещё был жив, ни сторона обвинения, ни суд не сочли нужным приобщить его ранее данные признательные показания и тем самым лишили заявителя возможности их оспорить, задав соответствующие вопросы С. К. Следовательно, даже в случае смерти свидетеля, показания которого оглашаются, ЕСПЧ может прийти к выводу о том, что оглашение показаний не было обосновано вескими причинами, если необходимость оглашения возникла в результате того, что национальные правоприменительные органы не проявили должной осознанности.

Невозможность установить местонахождение свидетеля или тот факт, что свидетель находится за границей, само по себе не является, по мнению Суда, веской причиной для оглашения показаний¹⁴. На национальных властях лежит обязанность сделать всё от них зависящее для обеспечения возможности допроса, в частности принять активные меры к розыску свидетеля или прибегнуть к механизмам международной правовой помощи при наличии таковых. Если после добросовестного выполнения указанной обязанности обеспечить допрос тем не менее не удалось, ЕСПЧ

может прийти к выводу, что существовали веские причины для оглашения показаний¹⁵. Это, однако, не означает отсутствия нарушения статьи 6 Конвенции, поскольку наличие веских причин для оглашения является лишь одним из критериев, подлежащих оценке.

Заявления свидетеля о том, что он (она) опасается за свою безопасность или безопасность своих близких, также зачастую является причиной для оглашения показаний. В этом отношении ЕСПЧ отмечает, что в таких случаях национальные суды должны проверить, существуют ли объективные основания для таких опасений и подтверждаются ли они доказательствами¹⁶.

Невызов свидетеля в суд в случае, когда он заявил, что откажется давать показания, также приводил ЕСПЧ к выводу о том, что национальный суд не принял надлежащих мер для обеспечения возможности допроса. В упомянутом выше деле *Сетон против Великобритании* Суд отметил, что вызов лица, отказывающегося давать показания, позволил бы присяжным увидеть свидетеля и оценить его реакцию в ответ на вопросы подсудимого¹⁷.

Таким образом, при оценке весомости причин, по которым допрос свидетеля обвинения в суде оказался невозможным, ЕСПЧ в первую очередь обращает внимание на усилия, предпринятые национальными судами для обеспечения явки, и доводы, которые они привели в обоснование возможности оглашения показаний и постановления приговора в отсутствие допроса свидетеля обвинения в суде.

3.2. Единственное или решающее доказательство

Ещё одним вопросом, который рассматривает ЕСПЧ на основании теста *Аль-Хаваджа и Тахери*, является вопрос о значимости оглашённых показаний.

Под «единственным» доказательством ЕСПЧ понимает в строгом смысле отсутствие любых иных доказательств, свидетельствующих о виновности подсудимого. Относительно термина «решающее» доказательство Суд отмечает, что данное понятие не должно толковаться расширительно — доказательство является решающим, когда оно обладает настолько большой значимостью, что может

¹³ См.: ECtHR. *Dimović v. Serbia*. Application no. 24463/11. Judgment of 28 June 2016. § 37, 41–42.

¹⁴ См., например: ECtHR. *Pačić v. Croatia*. Application No. 47082/12. Judgment of 29 March 2016. § 38, с последующими ссылками.

¹⁵ См.: *Schatschaschwili v. Germany*. § 119–122, 132–140.

¹⁶ См.: *Al-Khawaja and Tahery v. the United Kingdom*. § 122–124.

¹⁷ См.: *Seton v. the United Kingdom*. § 62.

определить исход дела. В случаях, когда оглашённые показания подтверждаются другими доказательствами по делу, оценка таких показаний в качестве решающих по смыслу, которому придаёт этому понятию Суд, будет зависеть от того, насколько убедительны такие подтверждающие доказательства¹⁸.

Важно отметить, что при оценке значимости оглашённых показаний ЕСПЧ в первую очередь полагается на выводы национальных судов о доказательственной ценности показаний и будет готов пересмотреть такие выводы лишь в том случае, если они являются явно произвольными. При этом, если национальный суд, положив в основу приговора оглашённые показания, не указал своей позиции о том, какой доказательственной ценностью они обладают, ЕСПЧ может дать собственную оценку тому, были ли такие показания единственными или решающими.

3.3. Процессуальные гарантии прав защиты

Третьим фактором, который Европейский Суд изучает при рассмотрении дел об оглашении показаний свидетелей обвинения, является вопрос о том, были ли подсудимому предоставлены процессуальные гарантии, направленные на то, чтобы «компенсировать» невыгодное положение защиты в связи с невозможностью очного допроса свидетеля в судебном заседании.

В этом отношении Суд принимает во внимание как существование соответствующих гарантий в законодательстве, так и их реализацию в конкретном деле заявителя¹⁹. В частности, ЕСПЧ изучает, была ли у заявителя возможность поставить под сомнение достоверность сведений, которые сообщает свидетель, например путём участия в допросе на более ранней стадии производства по делу или путём постановки вопросов свидетелю в письменном виде, когда свидетель допрашивается в иностранном государстве по поручению суда или правоохранительных органов²⁰. Процессуальные гарантии также могут быть реализованы посредством просмотра в суде видеозаписи допроса неявившегося свидетеля, которая позволила бы заявителю и суду дать оценку поведению свидетеля во время

допроса и таким образом сформировать мнение о достоверности сообщаемых сведений²¹.

Ещё одним важным фактором, который может «компенсировать» невыгодное положение защиты в связи с невозможностью очного допроса, может стать особый подход национального суда к оценке оглашённых показаний. В частности, ЕСПЧ выясняет, учёл ли национальный суд сниженную ценность оглашённых показаний и дал ли им оценку в свете других доказательств по делу²².

4. Механизм применения трёхступенчатого теста в деле *Шачашвили против Германии*

После вынесения постановления по делу *Аль-Хаваджа и Тахери* в практике Суда возникли вопросы о соотношении разработанных в нём критериев: должны ли они применяться кумулятивно, или же какой-то один из них может иметь решающее значение, исключая необходимость рассмотрения остальных. В частности, достаточно ли отсутствия веских причин для оглашения показаний для вывода о нарушении Конвенции вне зависимости от того, были ли такие показания единственными или решающими? Необходимо ли для соблюдения статьи 6 Конвенции предоставление процессуальных гарантий, компенсирующих невозможность очного допроса, если оглашённые показания не являются единственными или решающими, и/или национальные суды приняли все необходимые меры для обеспечения явки свидетеля, но это оказалось невозможным?

Учитывая разнородную практику, возникшую по данной категории дел после вынесения постановления по делу *Аль-Хаваджа и Тахери*, ЕСПЧ решил уточнить подход к вопросу о правах защиты при оглашении показаний. Это было реализовано в постановлении Большой Палаты по делу *Шачашвили против Германии*, вынесенном в конце 2015 года. В данном деле заявитель обвинялся в совершении разбойных нападений. В ходе предварительного расследования потерпевшие, гражданки Латвии, были допрошены полицией и следственным судьёй и дали подробные показания против заявителя, а также сооб-

¹⁸ См.: *Al-Khawaja and Tahery v. the United Kingdom*. § 131.

¹⁹ См.: *Seton v. the United Kingdom*. § 65–66.

²⁰ См.: *Paić v. Croatia*. § 47.

²¹ См.: *Blokhin v. Russia*. § 215.

²² См.: *Paić v. Croatia*. § 43.

шили полиции и следственному судье о своём намерении покинуть Германию вскоре после допроса. В заседании следственного судьи, в ходе которого проводился допрос, заявитель не участвовал, поскольку ему ещё не было сообщено о начале в отношении него расследования. Следственные органы полагали, что участие заявителя в допросе может оказать негативное влияние на расследование. Следственный судья также не воспользовался предоставленной законодательством возможностью назначить заявителю защитника для участия в допросе потерпевших.

В ходе судебного производства по делу национальный суд принял ряд мер для обеспечения защите возможности допросить потерпевших, которые были единственными очевидцами преступления. Так, суд неоднократно направлял потерпевшим требования о явке в судебное заседание и обращался к механизмам международной правовой помощи, чтобы защита могла допросить находящихся в Латвии потерпевших с помощью видеосвязи. Убедившись, что допрос невозможен, суд принял решение огласить показания потерпевших, данные следственному судье. При постановлении обвинительного приговора суд принял во внимание сниженную доказательственную ценность оглашённых показаний и дал оценку их достоверности с учётом других доказательств по делу.

Оценив указанные обстоятельства, Большая Палата признала девятью голосами к восьми, что право заявителя на справедливое судебное разбирательство и на допрос свидетелей обвинения было нарушено. ЕСПЧ согласился с тем, что национальный суд приложил все возможные усилия, чтобы обеспечить явку, и отметил, что национальный суд должным образом учёл сниженную ценность оглашённых показаний и обеспечил защите возможность оспорить их достоверность. Тем не менее Большая Палата сочла, что национальные правоохранительные и судебные органы не приняли достаточных процессуальных мер, которые могли бы снизить негативные последствия невозможности непосредственного допроса потерпевших в суде. В частности, это могло быть сделано посредством участия заявителя или его защитника на заседании следственного судьи, на котором были допрошены потерпевшие. Большая Палата учла, что на момент допроса потер-

певших полиции и следственному судье было известно об их намерении покинуть страну и, соответственно, о риске неявки в судебное заседание для допроса.

В постановлении по делу *Шачашвили* Суд дал важные разъяснения о механизме применения вышеописанного трёхступенчатого теста²³. Большая Палата разъяснила, что три критерия, обозначенные в постановлении по делу *Аль-Хаваджа и Тахери*, взаимосвязаны и каждый из них подлежит рассмотрению в делах об оглашении показаний свидетелей обвинения в отсутствие у защиты возможности их допросить в суде.

Так, самого по себе отсутствия веских причин для неявки свидетеля недостаточно для того, чтобы автоматически сделать вывод о нарушении статьи 6 Конвенции. ЕСПЧ будет давать оценку всем обстоятельствам дела в совокупности и учитывать значимость оглашённых показаний для постановления приговора, их место в доказательственной базе обвинения и гарантии прав защиты в связи с оглашением показаний, которыми сопровождался судебный процесс. При этом в делах, в которых отсутствовали веские причины для оглашения показаний, а суд не принял достаточных мер для обеспечения явки свидетеля, данные обстоятельства будут важным фактором при оценке справедливости разбирательства в целом.

Кроме того, Большая Палата отметила, что Европейский Суд должен оценить наличие процессуальных гарантий, «компенсирующих» невыгодное положение защиты и позволяющих оспорить достоверность показаний, не только в тех делах, в которых речь идёт об оглашении показаний, являющихся единственными или решающими доказательствами вины, но и в тех делах, где такие показания «имеют значительный вес». Чем выше доказательственная ценность показаний свидетеля, которого у защиты не было возможности допросить, тем больше внимания должно уделяться обеспечению прав защиты.

5. Заключение

В постановлении по делу *Шачашвили против Германии* Европейский Суд избрал подход, позволяющий дать оценку судебному

²³ См.: *Schatschaschwili v. Germany*. § 110–118.

процессу в целом и найти баланс между интересами правосудия и потерпевших, с одной стороны, и правами подсудимого, с другой²⁴. Развивая логику гибкого применения правила «единственного или решающего доказательства», выраженную в постановлении по делу *Аль-Хаваджа и Тахери*, Большая Палата обозначила необходимость гибкого подхода и к двум другим критериям трёхступенчатого теста. ЕСПЧ указал, что было бы неверно автоматически признавать нарушение Конвенции в случае оглашения показаний свидетеля в отсутствие веских причин для его/её неявки, когда показания такого свидетеля не являлись значимыми для исхода дела. Соблюдение третьего критерия — наличие достаточных гарантий прав защиты, компенсирующих невыгодное положение в связи с невозможностью допросить свидетеля — также должно оцениваться в зависимости от значимости оглашённых показаний и совокупности других доказательств по делу.

Данное постановление ценно с практической точки зрения как обобщение и уточнение подходов Европейского Суда к обязательствам, которые налагает статья 6 Европейской Конвенции на правоприменительные органы в случае невозможности обеспечить явку свидетеля обвинения для допроса в судебном заседании. Так, если уже на стадии предварительного расследования есть основания полагать, что ключевой свидетель обвинения может не явиться для допроса в суде, следствие должно принять меры для того, чтобы защита могла задать свидетелю вопросы, например, проведя очную ставку. В ходе судебного производства по делу суд обязан дать тщательную оценку причинам неявки и принять все возможные меры для обеспечения возможности допроса. Такие меры могут включать в себя розыск, допрос свидетелей, которые не могут явиться в суд, посредством видеоконференции, а также использование механизмов международной правовой помощи. В случае если такие меры не дают результата, суд обязан предоставить защите эффективную возможность оспорить достоверность оглашённых показаний, а при вынесении приговора должен учесть сниженную доказательственную ценность оглашённых показаний и провести тщательную

оценку их достоверности с учётом других доказательств по делу.

Библиографическое описание:

Сучкова М. Дело *Шачашвили против Германии*: Развитие подходов Европейского Суда по правам человека о праве на допрос свидетелей обвинения: Комментарий к постановлению Большой Палаты ЕСПЧ от 15 декабря 2015 года (жалоба № 9154/10) // Международное правосудие. 2016. № 3 (19). С. 3–9.

Case of *Schatschaschwili v. Germany*: development of the European Court of Human Rights approaches on the right to examine prosecution witnesses

A commentary to judgment of Grand Chamber of the ECHR dated on 15 December 2015 (application no. 9154/10)

Maria Suchkova

LL.M. (University of Essex, UK), practicing lawyer (e-mail: maria.suchkova@gmail.com).

Abstract

In its judgment in the case *Schatschaschwili v. Germany* of 2015, the Grand Chamber of the European Court of Human Rights has clarified its approaches to the right to examine witnesses for the prosecution guaranteed by Article 6 § 3 (d) of the European Convention on Human Rights, and to the scope of the corresponding obligations of domestic courts in cases where the testimony of a prosecution witness is read out at trial. The Court has made an attempt to summarize and tackle the inconsistencies in its case-law following the *Al-Khawaja and Tahery* judgment, in which applying of the three-part test in cases of failure to secure the presence of a witness for the prosecution during trial was crystallized. In *Schatschaschwili v. Germany* the Court has clarified the relationship between the three steps of the *Al-Khawaja* test and adopted a flexible and nuanced approach to the interpretation of its criteria so as to allow taking into account various factors pertaining to the particular circumstances of each case in assessing the overall fairness of the proceedings. The judgment is also valuable for practical purposes as to be set out in great detail the standards to be applied by domestic courts in cases where it proves impossible to ensure the presence of a witness for the prosecution at trial.

Keywords

European Convention on Human Rights; European Court of Human Rights; right to examine witnesses; right to a fair trial; criminal justice.

Citation

Suchkova M. (2016) Delo *Shachashvili protiv Germanii*: Razvitie podkhodov Evropeyskogo Suda po pravam cheloveka o prave na dopros svideteley obvineniya: Kommentarii k postanovleniyu Bol'shoy Palaty ESPCH ot 15 dekabrya 2015 goda (zhaloba no. 9154/10) [Case of *Schatschaschwili v. Germany*: development of the European Court of human rights approaches on the right to examine prosecution witnesses: A commentary to judgment of Grand Chamber of the ECHR dated on 15 December 2015 (application no. 9154/10)]. *Mezhduнародное pravosudie*, no. 3, pp. 3–9. (In Russian).

²⁴ См.: *Schatschaschwili v. Germany*. § 101.

О проблемах в действии решений органов ЕАЭС в национальных правовых системах государств-членов

Татьяна Нешатаева*

В связи с созданием Евразийского экономического союза в сфере действия актов наднационального права в национальных правовых системах возникает немало проблемных вопросов. В настоящей статье показано, что решения наднациональных органов действуют в национальных правовых системах без необходимости издания национальных законов, и это предполагает передачу юрисдикции по установлению единообразных правил поведения от национальной судебной системы наднациональной международной организации. Особое внимание в статье уделяется характеристикам судебных решений международных и наднациональных судов. В этом отношении автор считает, что выносимые международными судами решения отличны от решений наднациональных судов: если решения первых обязательны лишь для сторон спора, то решения вторых обязательны для всех – *erga omnes*. Из указанных характеристик этих судебных решений во взаимодействии наднационального и национального правосудия возникают некоторые проблемы: в статье в качестве примера рассматривается, в частности, история взаимодействия высших судов Германии и Италии с Судом Европейского Союза. Другой пример касается взаимоотношений судов Евразийского экономического сообщества, а затем и Евразийского экономического союза с Конституционным Судом Российской Федерации. Автор также выражает своё мнение относительно возможных путей минимизации конфликтов между наднациональным и национальным правосудием, прежде всего через взаимное уважение и сотрудничество.

→ *Евразийский экономический союз; наднационализм; наднациональные суды; международные суды; судебное решение; национальная юрисдикция; обязательность решений*

DOI: 10.21128/2226-2059-2016-3-10-17

1. Решения – акты наднационального права

Согласно Договору о Евразийском экономическом союзе от 29 мая 2015 года (далее – Договор о ЕАЭС), была создана международная организация наднационального типа¹ – Евразийский экономический союз (далее – ЕАЭС).

Указанная организация, базирующаяся в своей работе на теории функционализма², является независимым субъектом международного права, которому государства передали компетенцию по установлению обязательных единых норм права, как для государственных органов, так и для субъектов предпринимательской деятельности, действующих на территории ЕАЭС. Как следствие, ЕАЭС имеет исключительную юрисдикцию по установлению единообразных правил поведения (prescriptive jurisdiction) по вопросам, отнесённым к его предмету ведения.

* *Нешатаева Татьяна Николаевна* – судья Суда Евразийского экономического союза, доктор юридических наук, профессор, заслуженный юрист Российской Федерации, заведующая кафедрой международного права Российского государственного университета правосудия (e-mail: tnesataeva@gmail.com).

¹ Декларация о Евразийской экономической интеграции от 18 ноября 2011 года // СПС «КонсультантПлюс».

² См.: *Mitrany D. A Working Peace System*. London : Royal Institute of International Affairs, 1943.

При этом формами права в ЕАЭС являются, среди прочего, решения его органов — Высшего Евразийского экономического совета, Межправительственного совета, Евразийской экономической комиссии, а также Суда Евразийского экономического союза. Под «решением», согласно статье 2 Договора о ЕАЭС, понимается акт, принимаемый органами Союза, содержащий положения нормативно-правового характера.

В силу пункта 13 Положения о Евразийской экономической комиссии (*далее* — ЕЭК) конкретизировано, что решения одного из органов союза — ЕЭК — подлежат непосредственному применению на территории государств — членов ЕАЭС. Следовательно, государствам — членам ЕАЭС не требуется «вводить» решения ЕЭК в национальное право путём издания национального закона: как и в Европейском Союзе (*далее* — ЕС), подобные акты имеют прямое действие, не предполагающее какого-либо одобрения национальным законодателем.

2. О судебных актах в международном праве

Несмотря на установление «доктрины прямого действия» в отношении актов ЕЭК, вопрос о действии актов Суда ЕАЭС в национальных правовых системах Договором о ЕАЭС напрямую не разрешён.

Следует отметить, что в доктрине международного права единое понятие «судебное решение» отсутствует³.

В то же время указанное понятие применительно к Суду ЕАЭС раскрыто в статье 1 Регламента Суда, где указано, что под решением понимается «акт Суда, выносимый по результатам рассмотрения дела», то есть решение является документом, которым заканчивается рассмотрение споров по существу.

Согласно классическому пониманию, в международном праве решения международных судов обязательны исключительно для сторон спора (этому корреспондирует обязательство стороны спора исполнить указанное решение, например пересмотреть дела в на-

циональных судах)⁴ — они не могут создавать правовых последствий ни для третьих государств, ни для иных лиц, не участвовавших в рассмотрении спора. Более того, решения суда не являются обязательными для него самого⁵.

Впоследствии, однако, данный подход эволюционировал.

Так, Международный Суд ООН в решении по *Делу касательно применения Конвенции по предотвращению и наказанию преступления геноцида 2008 года* указал, что «до тех пор, пока решения содержат выводы по вопросам права, Суд будет оценивать их так, как он оценивает все предыдущие решения: то есть несмотря на то, что эти решения не являются обязательными для Суда, он не будет отклоняться от своей устоявшейся практики, за исключением случаев, когда найдёт существенные причины для этого»⁶. Следовательно, Международный Суд ООН фактически признал, что не отклоняется от своих предыдущих выводов по вопросам права.

В то же время вопрос об обязательной силе решений международных судов в широком смысле не решён. В частности, решения Европейского Суда по правам человека (*далее* — ЕСПЧ) не являются обязательными для третьих стран, не участвовавших в рассмотрении дела, однако в настоящее время вопрос о придании им такой силы активно обсуждается⁷.

Однако всё вышесказанное относится к международным судам, разрешающим межгосударственные споры. В отношении наднациональных судебных учреждений, разрешающих дела об оспаривании актов наднацио-

⁴ См.: International Court of Justice. *Avena and Other Mexican Nationals (Mexico v. The United States of America)*. Judgment of 31 March 2001 // I.C.J. Reports 2004, p. 12.

⁵ См.: Statute of the International Court of Justice 1945. Article 59. URL: <http://www.icj-cij.org/documents/?p1=4&p2=2> (дата обращения: 28.06.2016).

⁶ International Court of Justice. *Case concerning Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Croatia v. Serbia)*. Preliminary Objections. Judgment of 18 November 2008. Para. 53. URL: <http://www.icj-cij.org/docket/files/118/14891.pdf> (дата обращения: 28.06.2016).

⁷ См.: Council of Europe. Revised draft CDDH Final Report on the longer-term future of the Convention system (as prepared by the GT-GDR-F). URL: [http://www.coe.int/t/dghl/standard_setting/cddh/reformechr/GT-GDR-F/GT-GDR-F\(2015\)020_EN.pdf](http://www.coe.int/t/dghl/standard_setting/cddh/reformechr/GT-GDR-F/GT-GDR-F(2015)020_EN.pdf) (дата обращения: 28.06.2016); Нешатаева В. О., Мысливский П. П. Взгляд изнутри: участие в реформе Европейского Суда по правам человека // Российское правосудие. 2015. № 3. С. 5–13, 7.

³ См.: *Thirlway H. The Law and Procedure of the International Court of Justice: Fifty Years of Jurisprudence*. Oxford: Oxford University Press, 2008. P.21.

нальной власти, существуют иные подходы практики и доктрины.

3. Правовые последствия вынесения наднациональными судами решений

Вынесение судами ЕС и ЕАЭС (а ранее и Судом Евразийского экономического сообщества в части полномочий по разрешению споров в рамках Таможенного союза) соответствующего решения носит обязательный характер и, следовательно, влечёт правовые последствия.

По нашему мнению, любые решения наднационального суда должны быть общеобязательными и нести в себе последствия для всех (*erga omnes*) государственных органов (включая суды) — это основа его деятельности и основной признак, отличающий его от классических международных судов.

Высказанное соображение подтверждается практикой⁸. Например, фактически в настоящее время сложилась ситуация, когда в отсутствие договорной нормы касательно общеобязательности решений Суда ЕС национальные государственные органы, в частности национальные суды, ссылаются на решения Суда ЕС при разрешении конкретных дел.

Так, например, в 1998 году Верховный суд Швеции⁹ воспринял правовую позицию Суда ЕС (высказанную за четыре месяца до решения шведского суда) по делу *BMW*¹⁰ о правомерности добросовестного использования неавторизованным автодилером торговой марки автопроизводителя.

Кроме того, на решения Суда ЕС ссылаются также и бельгийские суды, например в контексте международного исчерпания прав на товарный знак¹¹.

В Соединённом Королевстве судьи обучаются таким образом, чтобы те пользовались уже имеющимися решениями Суда ЕС по предварительным запросам и обращались с новыми запросами только для того, чтобы Суд ЕС пересмотрел уже сформированную правовую позицию¹².

Безусловно, в практике существуют и случаи игнорирования практики Суда ЕС, например Грецией¹³ и Испанией¹⁴, однако подобные ситуации не являются частыми или же они исправляются в рамках внутрисударственной судебной системы, как, например, в Германии¹⁵.

Указанные подходы к восприятию практики Суда ЕС в национальных правовых системах берут своё начало из судебных решений самого Суда ЕС. В частности, в делах о признании того или иного так называемого «вторичного» права ЕС (например, директивы институтов Союза) соответствующим (не соответствующим) международным договорам, заключённым в рамках ЕС, Суд ЕС указывал, что правовые последствия решения, например о признании директивы не соответствующей первичному праву ЕС, распространяются на всех (*erga omnes*)¹⁶. Важно отметить, что из Договора о функционировании ЕС указанные правовые последствия не следуют, они созданы в практике Суда ЕС¹⁷.

В случае если бы признание акта не соответствующим договору влекло последствия исключительно для обращающегося в Суд ЕС лица (или суда, обращающегося по процедуре предварительного заключения), данное явление подорвало бы идею построения наднационального союза с едиными правилами

⁸ См., в частности: *Мысливский П.П.* Международно-правовое регулирование создания Евразийского экономического союза и способа разрешения споров : дис. ... канд. юрид. наук. М., 2015. С. 149–153.

⁹ См.: Seventeenth Annual Report on Monitoring the Application of Community Law. URL: http://www.europa.eu.int/comm/secretariat_general/sgb/infringements/pdt/com2000-92_en_vol6.pdf (дата обращения: 28.06.2016).

¹⁰ Court of Justice of European Communities. *Bayerische Motorenwerke AG v. Deenik*: Case 63/97. Judgment of the Court of 23 February 1999 // Reports of Cases before the Court. 1999. P. 40–46.

¹¹ См.: Eighteenth Annual Report on the Application of Community Law. URL: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/HTML/?uri=CELEX:52001DC0309&from=EN> (дата обращения: 28.06.2016).

¹² См.: *Craig P.P.* Report on the United Kingdom // The European Court and National Courts: Doctrine and Jurisprudence: Legal Change in its Social Context / ed. by A.-M. Slaughter, A. Stone Sweet, J. H. H. Weiler. Oxford : Hart Publishing, 1998. P. 144.

¹³ См.: Eighteenth Annual Report on the Application of Community Law.

¹⁴ См.: *Baudenbacher C.* The Implementation of Decisions of the ECJ and of the EFTA Court in the Member States' Domestic Legal Orders // Texas International Law Journal. Vol. 40. 2005. No. 3. P. 383–416, P. 400.

¹⁵ См.: *Ibid.*

¹⁶ См.: Court of Justice of European Communities. *Italy v. Commission*: Case 372/97. Judgment of 29 April 2004 // Reports of Cases before the Court. 2004. P. 211–219.

¹⁷ См.: Interpretation and Application of CJEU Decisions by National Courts. URL: http://www.ejtn.eu/Documents/About%20EJTN/Independent%20Seminars/EUIL%2016-17%20June%202014,%20Ljubljana/2_Mirela_Stancu.pdf (дата обращения: 28.06.2016).

ми для всех лиц. В этом случае могла бы сложиться парадоксальная ситуация, когда норма права, не соответствующая нормам более высокого уровня, продолжала бы действовать от страны к стране. Так, в случае если по запросу суда Греции норма была бы признана незаконной, почему она должна продолжать действовать, например, во Франции только из-за того, что французский национальный суд или гражданин не обращался в Суд ЕС? Из этого следует, что в основе вывода о том, что правовые последствия решений Суда ЕС распространяются на всех, лежит необходимость правовой определённости.

В то же время указанная практика не всегда находила должное подтверждение в доктрине. В международно-правовой доктрине и в практике подобный подход вызывает возражения со стороны традиционных сторонников позитивизма либо суверенитета. В связи с этим следует упомянуть, что в науке существует мнение о том, что «формальное отсутствие обязательного прецедента в европейской правовой системе является разрешающим условием, на которое можно сослаться национальным судам для оправдания ограничительного подхода к толкованию Суда ЕС»¹⁸.

При этом не учитывается, что в «чистом» виде ни одна из этих теорий в практике международных отношений не встречается.

Так, Председатель Европейского суда Ассоциации свободной торговли К. Бауденбахер полагает, что решения Суда ЕС, как национального суда, обязательны лишь для суда, который сделал соответствующий преюдициальный запрос¹⁹.

Применительно к Суду ЕАЭС российский учёный-юрист В. Л. Толстых придерживается аналогичного мнения²⁰, считая, что решения данного органа не могут быть общеобязательными ввиду того, что общеобязательность решений Суда не следует из его учредительных документов²¹.

Однако в судебной практике чаще всего поддерживается наднациональный подход. Так, Суд Евразийского экономического сообщества (*далее* — Суд ЕврАзЭС) в Постановлении о разъяснении решения по делу ОАО «Угольная компания «Южный Кузбасс»» *против ЕЭК*²² высказал правовую позицию, которая по своей сути аналогична правовой позиции Суда ЕС: в случае признания акта недействительным данный акт недействителен для всех.

Мнение Суда ЕврАзЭС по вопросу наличия у его правовых позиций последствий для неопределённого круга лиц было также воспринято в российских судах. В результате арбитражные суды в нескольких делах ссылались на практику Суда ЕврАзЭС при рассмотрении таможенных споров²³ и, что более важно, Верховный Суд Российской Федерации также ссылается на практику Суда ЕврАзЭС²⁴, а Высший Арбитражный Суд Российской Федерации выпустил Постановление Пленума «О некоторых вопросах применения таможенного законодательства» № 79 от 8 ноября 2013 года, где указал, что «судам следует руководствоваться толкованием» Суда ЕврАзЭС (абз. 4 п. 1). Впоследствии указанное было подтверждено Конституционным Судом Российской Федерации в Определении от 3 марта 2015 года № 417-О.

Следовательно, несмотря на порой негативные оценки доктрины, в настоящее время в практике сформировался единообразный подход: правовые позиции Судов ЕС и ЕАЭС влекут правовые последствия *erga omnes* (для всех), что эффективно отличает указанные суды от классических международных судов (Международного Суда ООН и ЕСПЧ), решения которых обязательны лишь для сторон спора.

¹⁸ Conant L.J. Justice Contained: Law and Politics in the European Union. Ithaca, NY: Cornell University Press, 2002. P.68.

¹⁹ См.: Baudenbacher C. Op. cit. P. 396.

²⁰ См.: Толстых В.Л. Недавние решения Суда ЕврАзЭС: попытка доктринального анализа // Евразийский юридический журнал. 2013. № 8(63). С. 37–42.

²¹ См.: Исполнинов А.С. Решение Большой Коллегии Суда ЕврАзЭС по делу Южного Кузбасса: насколько оправдан судебский активизм? // Евразийский юридический журнал. 2013. № 5(60). С. 19–26; Толстых В.Л. Указ. соч.

²² Постановление Суда Евразийского экономического сообщества по делу о разъяснении Решения по делу ОАО «Южный Кузбасс» *против Евразийской экономической комиссии* от 8 апреля 2013 года. URL: <http://www.eurasiancommission.org/ru/Lists/EECDocs/635194337652937490.pdf> (дата обращения: 28.06.2016).

²³ См.: Постановление Арбитражного суда Северо-Кавказского округа от 18 декабря 2014 года по делу № А53-7029/2014; Постановление Арбитражного суда Северо-Кавказского округа от 30 декабря 2014 года по делу № А53-23887/2013; Постановление Арбитражного суда Северо-Кавказского округа от 25 июля 2014 года по делу № А53-20169/2013.

²⁴ См.: Определение Верховного Суда РФ от 1 декабря 2014 года № 302-КГ14-3959 по делу № А74-4790/2013.

4. Механизм установления общеобязательности правовых позиций Судов ЕС и ЕАЭС

Механизмы введения в действие правила общеобязательности решений идентичны и в ЕС, и в ЕАЭС — через принятие указанных актов органами союзов и национальными судами. Различается лишь способ введения в действие этих решений, а также применение санкций при отказе от введения в действие установленных норм.

Различие заключается в следующем. В ЕС при возникновении коллизий между правом Союза и национальным правом орган Союза или национальный суд может обратиться за разъяснением о способе разрешения коллизий к Суду ЕС в процедуре преюдициального запроса. Толкование, данное Судом ЕС, формально будет являться рекомендательным, но фактически — обязательным, ибо отклонение от него влечёт штрафные санкции.

Таким образом, в ЕС процедуру проверки соответствия норм права начинают органы Союза и национальные суды (по инициативе юридических и физических лиц), решение в форме рекомендации выносит Суд ЕС, а исполняют эту рекомендацию органы ЕС и национальные суды.

В ЕАЭС процедуру начинают сами юридические лица (как правило, после того как обратятся в национальные суды), что делает данный механизм более демократичным и привычным для национальных судов. Так, Суд ЕАЭС разрешает спор о соответствии актов более низкого уровня актам более высокого уровня. Национальный Верховный суд, в свою очередь, даёт разъяснение национальным судам с рекомендацией учитывать толкование Суда ЕАЭС при разрешении конкретных споров. Так, в силу Постановления Пленума Верховного Суда РФ № 18 от 12 мая 2016 года (абз. 2 п. 3) российским судам следует учитывать акты Суда Евразийского экономического союза (то есть решения, постановления, консультативные заключения), вынесенные в соответствии с пунктом 39 Статута Суда по результатам рассмотрения споров, связанных с реализацией положений договора, иных международных договоров в рамках Союза и (или) решений органов Союза.

При этом при отступлении от толкования Суд ЕАЭС вправе обратиться к Высшему Евразийскому экономическому совету с указанием на неисполнение его решения в конкретном деле (п. 115 Статута Суда ЕАЭС) и без привязки к нему (п. 120 Статута Суда ЕАЭС). С учётом того, что в силу пункта 61 Суд оставляет без рассмотрения требования о возмещении убытков или иные требования имущественного характера, санкционный механизм не монетарный, а политический.

Таким образом, в обоих случаях общеобязательность решений обеспечивается политической волей: в ЕС — опосредованно через штрафные санкции; в ЕАЭС — напрямую через обращение к президентам, входящим в Высший Евразийский экономический совет.

Безусловно, оба вышеуказанных механизма несовершенны и опосредованно могут становиться источником противоречий и конфликтов, возникающих уже на стадии исполнения решений наднационального суда. При этом суды ищут механизмы разрешения этих конфликтов, получающих на первом этапе закрепление в судебных актах.

4.1. Практика судов Италии и Германии применительно к решениям Суда Европейского Союза

Конституционный суд Италии отрицал верховенство коммунитарного права через дуалистический подход к взаимоотношению международного и национального права: международно-правовая и национальная нормы существуют независимо друг от друга, каждая регулирует собственную сферу правоотношений. В течение 1970-х годов Конституционный суд Италии пересмотрел свою позицию в пользу признания верховенства коммунитарного права, но только в том случае, если нормы права Европейских сообществ были приняты позднее, чем нормы национального права. Если же коммунитарная норма была принята раньше национальной, то последняя применялась до тех пор, пока не признавалась неконституционной в национальном судопроизводстве²⁵. Подобный подход, который смело можно назвать отрицани-

²⁵ См.: *Craig P.* The ECJ, National Courts and the Supremacy of Community Law. URL: <http://www.ecln.net/elements/conferences/bookrome/craig.pdf> (дата обращения: 08.04.2015).

ем наднационализма, не удовлетворил Суд Европейского Союза, и в деле *Simmenthal*²⁶, развивая прецедент *Costa v. Enel*, Суд указал: «Право Европейских сообществ имеет приоритет над национальным законом, даже если последний принят после утверждения соответствующих положений европейского права. Нормы права Европейских сообществ исполняются автоматически, независимо от наличия противоречащих им норм национального законодательства и тем самым предотвращают применение противоречащих коммунитарному праву норм национального права. Каждый национальный судья должен в полной мере применять право Европейских сообществ».

Только этот судебный акт заставил Конституционный суд Италии изменить свой подход, и в деле *Granital*²⁷ он указал, что нормы права Европейских сообществ, имеющие прямое действие, имеют приоритет над нормами национального законодательства и подлежат применению независимо от того, какая норма принята раньше. Таким образом, Конституционному суду Италии для принятия идеи верховенства права Европейских сообществ и безусловной роли Суда сообществ в этом процессе потребовалось двадцать лет.

Столь же сложно развивались отношения между Судом Европейского Союза и Федеральным конституционным судом Германии. Однако в конечном счёте приоритет наднационального права, оставив за собой собственную сферу действий, признал и Федеральный конституционный суд.

Высшей точкой взаимоотношений Суда Европейского Союза и Федерального конституционного суда Германии стало решение последнего по делу *Banana Market Organization*²⁸. Федеральный конституционный суд

со ссылкой на решение по делу *In Re Maas-tricht Treaty* указал: «(1) он будет осуществлять свою юрисдикцию только в том случае, если Суд Европейского Союза будет отступать от стандартов защиты фундаментальных прав, как они закреплены в Конституции Германии; (2) он будет считать приемлемыми те заявления, в которых обосновывается, что коммунитарное право и практика Европейского Союза демонстрируют стандарты более низкие, чем закреплённые в Конституции Германии; (3) заявителям следует доказать, что минимальная защита, гарантированная Конституцией Германии, не реализована в акте коммунитарного права».

4.2. Взаимодействие судов Российской Федерации с Судом ЕврАзЭС/Судом ЕАЭС

Наднациональный евразийский Суд также вызвал неоднозначную реакцию со стороны национальных судов. Так, российский Конституционный Суд в Определении от 3 марта 2015 года № 417 об оспаривании конституционности пункта 4 Порядка применения освобождения от уплаты таможенных пошлин при ввозе отдельных категорий товаров на единую таможенную территорию Таможенного союза, указав на его принятие в полном соответствии с положениями Таможенного кодекса Таможенного союза и констатировав исключительную компетенцию Суда ЕврАзЭС по рассмотрению дел о соответствии актов органов Таможенного союза международным договорам, составляющим договорно-правовую базу Таможенного союза, процитировал решение Коллегии Суда ЕврАзЭС от 1 ноября 2013 года в части вывода об обратной силе и сделал вывод о том, что «сами по себе эти правовые позиции не могут служить основанием для отступления от содержащегося в части 1 статьи 17 Конституции Российской Федерации требования признания и гарантирования прав и свобод человека и гражданина не только согласно общепризнанным принципам и нормам международного права, но и в соответствии с Конституцией Российской Федерации». Иными словами, Конституционный Суд России вслед за немецким судом сформулировал положение о том, что более высокий стандарт защиты прав не может быть «понижен» наднациональным судом.

²⁶ Court of Justice of European Communities. *Italian Minister of Finance v. Simmenthal*: Case 106/77: 1978. URL: <http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?text=&docid=89693&pageIndex=0&doclang=EN&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=93552> (дата обращения: 26.06.2016).

²⁷ Court of Justice of European Communities. *Spa Granital v. Amministrazione delle Finanze*. Dec. 170. 8 June 1984. Цит. по: *Craig P.P.* Report on the United Kingdom: The European Court and National Courts, Doctrine and Jurisprudences: Legal Change in its Social Context. P.39.

²⁸ *Banana Market Organization Constitutional Case* (Case No. 2 BvL1/97) // *The Relationship between European Community Law And National Law: The Cases*. Vol. 2 / ed. by A. Oppenheimer. Cambridge: Cambridge University Press, 2003. P.270–285.

Далее российский Конституционный Суд указал: «Применяя пункт 4 установленного решением Комиссии Таможенного союза от 15 июля 2011 года № 728 Порядка, компетентные органы публичной власти Российской Федерации и должностные лица обязаны учитывать, на каких условиях осуществлялось предоставление таможенных льгот в отношении товаров, ввезённых на территорию Российской Федерации в качестве вклада в уставный капитал, и, если оно имело место в соответствии с постановлением Правительства Российской Федерации от 23 июля 1996 года № 883 до вступления в силу данного Порядка (т. е. до 18 августа 2011 года), — избегать пересмотра установленного на момент предоставления таких льгот правового режима их использования (прекращения), противоречащего общеправовому принципу «закон обратной силы не имеет»».

Следует отметить, что в данном случае Конституционный Суд России не обратил внимания (возможно, в целях создания правовой позиции, сходной с немецкой) на то, что тезис об обратной силе был исключён в окончательном решении Апелляционной палаты Суда ЕврАзЭС и никакого влияния на единообразную практику применения норм Таможенного союза не оказывал. Смысл решения Суда в деле о льготах в окончательном виде состоял в том, что использование льгот без реализации их целей недопустимо.

Однако положение об обратной силе, сформулированное российским Конституционным Судом, повторено в абзаце 3 пункта 2 Постановления Пленума Верховного Суда РФ № 18 от 12 мая 2016 года, где указано, что судам необходимо принимать во внимание, что коллизионный приоритет права Союза не может приводить к нарушению прав и свобод граждан (организаций), гарантированных Конституцией РФ. В частности, при применении норм права Союза, которые устанавливают (изменяют, прекращают) права и обязанности по уплате таможенных платежей, использованию таможенных льгот, должен учитываться принцип недопустимости придания обратной силы новому таможенному регулированию, ухудшающему положение участников делящихся правоотношений.

В связи с этим можно считать, что механизм исполнения решений Суда ЕАЭС создан актами Конституционного и Верховного

Суда: решения Суда ЕАЭС имеют приоритет, если не снижают уровень защиты прав предпринимателей.

Соглашаясь с таким подходом, следует поставить вопрос о едином евразийском стандарте защиты прав предпринимателей, а также о компетентном суде, формирующем единый стандарт.

5. Механизм защиты от бесправия

Учитывая, что вопрос взаимодействия с высшими национальными судами стоял как перед Судом ЕврАзЭС, так и перед Судом ЕАЭС²⁹, необходимо задуматься о постоянном механизме преодоления конфликтов между наднациональным и национальным судами.

Представляется, что механизмом преодоления подобных противоречий является сотрудничество через установление площадки для диалога между верховными, конституционными и наднациональными судами — именно поиск баланса и договор могут избавить предпринимателей от бесправия применительно к мощной наднациональной власти.

В качестве применимого опыта можно назвать Брюссельскую декларацию, которая рекомендует создание «контактных точек»³⁰ по вопросам прав человека для международных и национальных органов. Полагаю необходимым создание таких «контактных точек», развитие постоянного диалога национальных и наднациональных судов. В области региональной интеграции в ЕАЭС такую площадку можно создать на базе Суда ЕАЭС с подключением Суда ЕС и внимательным участием конституционных и верховных судов. Указанный механизм поможет найти точки соприкосновения между порой противоречащими практиками национальных и наднациональных судов, а также позитивно скажется на взаимопонимании.

Взаимопонимание и уважение решений судебных органов позволит выработать еди-

²⁹ См.: Особое мнение судьи Т.Н.Нешатаевой к Постановлению Суда Евразийского экономического союза по делу *ООО «Ремдизель» против Евразийской экономической комиссии* от 8 апреля 2016 года. URL: <http://courteurasian.org/doc-14903> (дата обращения: 16.05.2016).

³⁰ High-level conference on the “Implementation of the European Convention on Human Rights, our shared responsibility. Brussels Declaration. 27 March 2015. P.7. URL: http://www.echr.coe.int/Documents/Brussels_Declaration_ENG.pdf (дата обращения: 16.05.2016).

ные стандарты прав евразийских предпринимателей, сформулированные национальными судами и концентрированно объединённые в решении наднационального суда.

Библиографическое описание:

Нешатаева Т. О проблемах в действии решений органов ЕАЭС в национальных правопорядках государств-членов // Международное правосудие. 2016. № 3 (19). С. 10–17.

On ambiguous effects of the EAEU bodies' decisions within national legal systems of the member states

Tatyana Neshataeva

Doctor of Sciences in Law, Professor of Law, Head of International Law Department, the Russian State University of Justice; Judge of the Court of the Eurasian Economic Union, Honored Lawyer of the Russian Federation (e-mail: tneshtaeava@gmail.com).

Abstract

The present article, inspired by the establishing of the Eurasian Economic Union, discusses the intricate questions of effects of supranational legal acts upon and within the national law frameworks. The author demonstrates that the decisions of supranational bodies are effective within the national legal systems without enactment of national laws, what presupposes transfer of the power to establish uniform rules of conduct to the supranational international organization and recognition of this supranational jurisdiction. Special attention is paid to the characteristics of international and supranational courts' decisions. In this respect, the author, dwelling on her own comparative study, concludes that the decisions made by international courts are of a clearly distinct nature, differing from the decisions of supranational courts: whereas the former are only binding upon the parties of a dispute, the latter are binding upon every member state of a supranational entity — *erga omnes*. The special character of each of these types of decisions has an impact on the interplay between supranational and national judiciaries. Problems arising from this judicial interference are firstly shown through the history of interaction between the supreme courts of Germany and Italy on one hand and the Court of Justice of the European Union on the other hand. The second illustrative example which the author gives in this respect, is the interplay between the Constitutional Court of Russia and the

courts of the Eurasian Economic Community, and later, with ones of the Eurasian Economic Union. The author also suggests a way to minimize of conflicts between supranational and national judiciaries: mutual respect and cooperation.

Keywords

Eurasian Economic Union; supranationalism; supranational courts; international courts; judicial decision; judgment; national jurisdiction; binding decisions; *erga omnes*.

Citation

Neshataeva T. (2016) O problemakh v deystvii resheniy organov EAES v natsional'nykh pravoporyadkakh gosudarstv-chlenov [On ambiguous effects of the EAEU bodies' decisions within national legal systems of the member states]. *Mezhdunarodnoe pravosudie*, no. 3, pp. 10–17. (In Russian).

References

- Baudenbacher C. (2005) The Implementation of Decisions of the ECJ and of the EFTA Court in the Member States' Domestic Legal Orders. *Texas International Law Journal*, vol. 40, no. 3, pp. 383–416.
- Conant L. (2002) *Justice Contained: Law and Politics in the European Union*, Ithaca, NY: Cornell University Press.
- Craig P.P. (1998) *Report on the United Kingdom: The European Court and National Courts, Doctrine and Jurisprudences: Legal Change in its Social Context*, Oxford: Hart Publishing.
- Ispolinov A. S. (2013) Reshenie bol'shoy kollegii Suda EvrAzES po delu Yuzhnogo Kuzbassa: naskol'ko obosnovan sudeyskiy aktivizm? [Eurasian Economic Community Court Grand Collegium decision in *Yuzhny Kuzbass* case: in what measure is judicial activism justified?]. *Evraziyskiy uiridicheskij zhurnal*, vol. 60, no. 5, pp. 19–26. (In Russian).
- Mitrany D. (1943) *A Working Peace System*, London: Quadrangle Books.
- Myslivskiy P.P. (2015) *Mezhdunarodno-pravovoe regulirovanie sozdaniya Evraziyskogo ekonomicheskogo soyuza i sposoba razresheniya sporov*: diss. kand. yurid. nauk [International law regulation in establishing the Eurasian Economic Union and methods of dispute settlement. Ph.D. in Law dissertation], Moscow. (In Russian).
- Neshataeva V. O., Myslivskiy P.P. (2015) Vzgl'yad iznutri: uchastie v reforme Evropeyskogo Suda po pravam cheloveka [An inside look: participating in the European Human Rights Court reform]. *Rossiyskoe pravosudie*, no. 3, pp. 5–13. (In Russian).
- Thirlway H. (2008). *The Law and Procedure of the International Court of Justice: Fifty Years of Jurisprudence*, Oxford: Oxford University Press.
- Tolstykh V. L. (2013) Nedavnnye resheniya Suda EvrAzES: popytka doktrinal'nogo analiza [Recent decisions of the Eurasian Economic Community]. *Evraziyskiy uiridicheskij zhurnal*, vol. 63, no. 8, pp. 37–42. (In Russian).

Исполнение отменённых решений иностранных арбитражных судов: долгожданное нововведение или путь к неопределённости?

Анна Матвеева*

Одной из наиболее дискуссионных тем в области развития международного коммерческого арбитража является правовой статус отменённых решений иностранных арбитражных судов и возможность их исполнения за границей. Данная проблематика актуальна как при определении единого доктринального подхода, так и при обеспечении единообразия мировой судебной практики, в том числе в случаях рассмотрения международных экономических споров. На сегодняшний день спор участников международного арбитражного сообщества о допустимости приведения аннулированных арбитражных решений в исполнение за границей далёк от урегулирования. Выделяют несколько ключевых аспектов, в отношении которых консенсус столь труднодостижим. Прежде всего, это вопрос толкования норм общепризнанных международных конвенций, направленных на распространение международного коммерческого арбитража, как наиболее универсального, независимого и эффективного средства разрешения споров, но и призванных защищать интересы всех без исключения участников арбитражного процесса, независимо от страны, где иностранное третейское решение приводится в исполнение местными судами. Также это вопросы сохранения высокой степени автономности акторов международного коммерческого арбитража от требований национальных законодательств, допустимости сосуществования в различных юрисдикциях нескольких диаметрально противоположных решений по одному и тому же делу и, наконец, окончательности и экстрагерриториальности арбитражных решений.

→ *Международный коммерческий арбитраж; отмена иностранных третейских решений; приведение в исполнение иностранных арбитражных решений; Нью-Йоркская конвенция ООН о признании и приведении в исполнение иностранных арбитражных решений 1958 года; место проведения арбитража*

DOI: 10.21128/2226-2059-2016-3-18-36

1. Введение

Сегодня национальные суды во всём мире демонстрируют всё большую готовность признавать и приводить в исполнение иностранные арбитражные решения¹. Такая тенденция

созвучна основным целям Нью-Йоркской конвенции ООН о признании и приведении в исполнение иностранных арбитражных решений 1958 года² (*далее* — Конвенция), направленной на упрощение процедуры признания и исполнения решений иностранных арбитражных судов³. Конвенция считается «наиболее эффективным примером международного законодательства за всю историю

* Матвеева Анна Игоревна — магистерская степень LL.M. (University of Edinburgh, Commercial Law), главный юриконсульт в сфере ГЧП юридического отдела Акционерного общества «Западный скоростной диаметр» (email: matveevaanka@gmail.com).

¹ См.: Van den Berg A.J. Refusals of Enforcement under the New York Convention of 1958: The Unfortunate Few // The ICC International Court of Arbitration Bulletin (Special Supp). 1999. Vol. 10. P. 75—94; Куделич Е.А. Трансграничное исполнение судебных решений в России: в плену устоявшихся стереотипов

или поступательное движение вперед? // Закон. 2015. № 5. С. 143—157.

² United Nations Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards, 10th of June 1958, 330 U.N.T.S. 38.

³ См.: Weinacht F. Enforcement of Annulled Foreign Arbitral Awards in Germany // Journal of International Arbitration. 2002. Vol. 19. No. 4. P. 313—336.

торгового права»⁴ (более 150 государств-участников⁵), а международный коммерческий арбитраж (*далее* – МКА) – предпочтительным инструментом разрешения споров на этапе глобализации⁶ мировой экономики. Одно из основных преимуществ МКА перед традиционным судебным разбирательством заключается в том, что арбитражное решение легче привести в исполнение⁷, поскольку, согласно статье III Конвенции, каждое государство-участник «признаёт арбитражные решения как обязательные и приводит их в исполнение в соответствии с процессуальными нормами той территории, где испрашивается признание и приведение в исполнение этих решений». Кажется бы, данный постулат гарантирует частным лицам такое важнейшее условие для реализации трансграничных сделок, как удобный и прозрачный режим исполнения решений иностранных судов.

Однако Конвенция содержит некоторые неоднозначные положения, касающиеся признания и приведения в исполнение решения иностранного арбитражного суда после его отмены в стране, где или по законодательству которой оно было вынесено⁸. Неоднородность прецедентов в различных юрисдикциях, равно как и вопрос допустимости приведения в исполнение арбитражного решения, которое было отменено, аннулировано или признано не подлежащим исполнению в месте вынесения, продолжает волновать арбитражные круги⁹ и после дел *Hilmarton*¹⁰ во Франции и

*Chromalloy*¹¹ в США. В случае *Hilmarton* в результате различных промежуточных решений об исполнении во Франции одновременно действовали как два противоречащих друг другу решения в отношении одного и того же спора между одними и теми же сторонами, так и постановление об отмене первоначального решения¹². Кассационный суд Франции аннулировал решения низших судебных инстанций на основе принципа *res judicata*, однако возможность признать отменённое решение во Франции по-прежнему неоднозначно влияет на предсказуемость и единообразие международного арбитражного судопроизводства¹³. Дело *Chromalloy* считается уникальной вехой в судебной практике¹⁴: с тех пор как в 1996 году суд в США вынес решение о признании отменённого решения иностранного арбитражного суда, аналогичных прецедентов в США не было, в связи с чем его можно расценить как исключение, но не тенденцию в американской практике исполнения иностранных третейских решений.

С учётом разноречивых судебных прецедентов и существования противоположных догматических подходов к возможности приведения в исполнение арбитражных решений, отменённых судами в стране их вынесения¹⁵, в статье представлен обзор основных правовых проблем в соответствующей области.

2. Различия в судебной практике разных стран

Считается, что «в связи с различиями между основаниями для отмены решений и основа-

⁴ *Wahl Ph.* Enforcement of Foreign Arbitral Awards Set Aside in their Country of Origin: The *Chromalloy* Case Revisited // Journal of International Arbitration. 1999. Vol. 16. No. 4. P. 131–140, 136. См. также: *Куделич Е. А.* Указ. соч.

⁵ См.: URL: http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/arbitration/NYConvention_status.html (дата обращения: 25.06.2016).

⁶ См.: *Gharavi H.* Enforcing Set Aside Arbitral Awards: France's Controversial Steps Beyond the New York Convention // Journal of Transnational Law & Policy. 1996. Vol. 6. No. 1. P. 93–107.

⁷ См.: *Gaillard E., Edelstein J.* *Baker Marine and Spier Strike* a Blow to the Enforceability in the United States of Awards Set Aside at the Seat // International Arbitration Law Review. 2000. Vol. 3. No. 2. P. 37–43.

⁸ См.: *Mayer U. C.* The Enforcement of Annulled Arbitral Awards: Towards a Uniform Judicial Interpretation of the New York Convention // Uniform Law Review. 1998. Vol. 3. No. 2–3. P. 583–599.

⁹ См.: *Koch Ch.* The Enforcement of Awards Annulled in their Place of Origin. The French and U.S. Experience // Journal of International Arbitration. 2009. Vol. 26. No. 2. P. 267–292.

¹⁰ *Société Hilmarton v. Société OTV*, Cass. Civ. I re // Review Arbitraire. 1994. Vol. 3. P. 327; *Société OTV v. Société Hilmarton*, Cass. Civ. I  re // Review Arbitraire. 1997. Vol. 7. P. 376.

¹¹ 939 F.Supp.907 (D.D.C.1996) // Year Book of Commercial Arbitration. Vol. XXII. 1997. P. 1001–1012.

¹² См.: *Gaillard E.* Enforcement of Awards Set Aside in the Country of Origin: The French Experience // Improving the Efficiency of Arbitration Agreements and Awards: 40 Years of Application of the New York Convention / ed. by A. J. van den Berg. The Hague ; Boston : Kluwer Law International, 1999. P. 505–527.

¹³ Подробнее об этом см.: *Polkinghorne M.* Enforcement of Annulled Awards in France: The Sting in the Tail // International Construction Law Review. 2008. Vol. 25. No. 1. P. 48–56; *Mayer P.* Revisiting *Hilmarton* and *Chromalloy* // International Arbitration and National Courts: The Never Ending Story / ed. by A. J. van den Berg. The Hague ; New York : Kluwer Law International, 2001. P. 165–176; *Lastenouse P.* Why Setting Aside an Arbitral Award is not Enough to Remove it from the International Scene // Journal of International Arbitration. 1999. Vol. 16. No. 2. P. 25–47.

¹⁴ См.: *Delaume G. R.* Enforcement Against a Foreign State of an Arbitral Award Annulled in the Foreign State // International Business Law Journal. 1997. No. 2. P. 253–254.

¹⁵ См.: *Koch Ch.* Op. cit.

ниями для неисполнения решений (или, скорее, в интерпретации таких оснований) решение может быть отменено судом в месте нахождения арбитража, но быть исполнимым в соответствии с национальным законодательством суда, принимающего решение о признании и исполнении решения»¹⁶. Это утверждение основано на статьях V и VII Конвенции, где «чётко сформулированы только минимальные условия для признания и приведения в исполнение решений, и [конвенция] не противоречит идее возможной большей либеральности законодательства конкретной юрисдикции»¹⁷. Иными словами, возможно допущение, что аннулирование арбитражного решения не исключает его исполнения в других государствах — участниках Конвенции. Нижеприведённый анализ рассматривает существующие различия в процессуальных подходах разных стран, а также их возможные последствия для МКА¹⁸.

2.1. Страны, исполняющие решения иностранных арбитражных судов, несмотря на их отмену в стране проведения арбитража

Франция

Бытует мнение, что, «если решение отменено в стране, в которой оно было вынесено, стоит попытаться счастья и попробовать привести его в исполнение во Франции»¹⁹. Действительно, можно предположить, что «французские суды вышли за рамки положений [Нью-Йоркской] конвенции, утверждая, что отмена принятого зарубежным арбитражным судом решения в стране его вынесения не является основанием для отказа в исполнении этого решения во Франции»²⁰. За подтверждением данного

тезиса стоит обратиться к «сage»²¹ *Hilmarton*²², когда и Апелляционный суд Парижа, и Верховный суд Франции признали аннулированное в Швейцарии решение исполнимым во Франции в соответствии со статьёй VII(1) Конвенции. Можно было бы отстаивать обоснованность этого определения *per se*, если бы не его последствия: в то время как отменённое иностранным судом решение было исполнено во Франции, в стране вынесения оно было заменено другим, противоположным, и французские суды низших инстанций также признали его применимым²³. То есть в течение какого-то времени во Франции «в отношении одного и того же дела существовали два решения и два (противоположных) основания для исполнения»²⁴. Хотя Кассационный суд Франции подтвердил законность первого исполнительного листа и отказался признавать действительность второго на основании принципа *res judicata*²⁵, это не повысило прогнозируемость французской правоприменительной практики.

Во-первых, в случае повторного рассмотрения дела подобная логика судов приводит к появлению двух противоречащих друг другу решений, у одного из которых больше шансов быть исполненным во Франции, чем где бы то ни было ещё²⁶, а второе может быть исполнено где угодно в мире, кроме Франции (как это случилось со вторым решением по делу *Hilmarton*, которое было признано законным в Англии²⁷). Во-вторых, Франция игнорирует решения иностранных судов, поскольку пренебрегает основаниями для отмены и, таким образом, препятствует единообразному порядку признания арбитражных решений²⁸. В-третьих, такое прочтение статьи VII(1) даёт

²¹ *Van den Berg A.J.* Set aside // *Yearbook Commercial Arbitration*. Vol. XXVIII. 2003. P. 661–670, 662.

²² См.: *Société Hilmarton v. Société OTV*, Cass. Civ. Ire // *Review Arbitraire*. 1994; *Société OTV v. Société Hilmarton*, Cass. Civ. Ire // *Review Arbitraire*. 1997.

²³ См.: *Schwartz E.A.* French Supreme Court Renders Final Judgment in the Hilmarton Case // *International Arbitration Law Review*. 1997. Vol. 1. No. 1. P. 45–47.

²⁴ *Polkinghorne M.* Op. cit.

²⁵ См.: *Société Hilmarton v. Société OTV*, Cass. Civ. Ire, Decision of 23 March 1994 // *Review Arbitraire*. 1994.

²⁶ См.: *Schwartz E.A.* A Comment on *Chromalloy: Hilmarton, à l'américaine* // *Journal of International Arbitration*. 1997. Vol. 14. No. 2. P. 125–135.

²⁷ См.: *Mayer P.* Op. cit.

²⁸ См.: *Smith E.* Vacated Arbitral Awards: Recognition and Enforcement Outside the Country of Origin // *Boston University International Law Journal*. 2002. Vol. 20. No. 2. P. 355–392.

¹⁶ *Dražozal Ch.* Enforcing Vacated International Arbitral Awards: An Economic Approach // *American Review of International Arbitration*. 2000. Vol. 11. No. 4. P. 451–479, 462; *Slater M.D.* On Annulled Awards and the Death of *Chromalloy* // *Arbitration International*. 2009. Vol. 25. No. 2. P. 271–292, 272.

¹⁷ *Gaillard E., Savage J.* Fouchard Gaillard Goldman on International Arbitration. The Hague ; Boston : Kluwer Law International, 1999. P. 978.

¹⁸ См., например: *Минина А.И.* Международный коммерческий арбитраж: пересмотр решений // *Актуальные проблемы российского права*. 2014. № 3. С. 499–506.

¹⁹ *Van den Berg A.J.* Court Decisions on the New York Convention 1958 // *Yearbook Commercial Arbitration*. Vol. XIX. 1994. P. 467–489, 592.

²⁰ *Gharavi H.* Enforcing Set Aside Arbitral Awards: France's Controversial Steps Beyond the New York Convention. P. 93.

сторонам возможность добиваться исполнения отменённого решения в нескольких странах, что может привести к взаимоисключающим исходам одного и того же дела. Последующие прецеденты не проясняют сложившуюся ситуацию: так, в деле *Bechtel*²⁹ парижский суд первой инстанции признал законным решение, которое было позднее отменено Верховным гражданским судом Объединённых Арабских Эмиратов³⁰. Парижский апелляционный суд отклонил иск об отмене приведения в исполнение, поскольку «судебные решения об отмене не имеют международной силы и применяются только на определённой территории»³¹.

Таким образом, французские суды как бы расширяют основания для оставления в силе отменённого решения, подчёркивая отсутствие правовых последствий аннулирования за пределами страны, где проводился арбитраж. Эта тенденция к «освобождению международного арбитражного процесса от главенства закона, действующего в стране проведения арбитража»³², была также подтверждена делом *Putrabali*³³, когда первоначальное решение было исполнено во Франции, несмотря на одновременное частичное его аннулирование Высоким судом Лондона и последующую отмену в результате вынесения второго решения в пользу противной стороны³⁴. Невзирая на намерение сторон проводить арбитраж согласно английскому Закону об арбитраже 1996 года, Кассационный суд Франции отклонил жалобу, посчитав, что стороны «имеют право воспользоваться положениями французского закона о международном арбитраже, который не признаёт аннулирование решения в стране, где оно было вынесено, в качестве причины для отказа в признании его законности и исполнении»³⁵. Также стоит

упоминать относительно недавнее разбирательство по спору между *Николаем Максимовым и Новолипецким металлургическим комбинатом (НЛМК)*³⁶, когда парижский Апелляционный суд признал исполнимым решение МКАС в пользу истца, невзирая на отмену последнего Арбитражным судом г. Москвы, котрую позднее поддержал и Высший Арбитражный Суд Российской Федерации. При этом одновременно с ослаблением решения арбитров в России оно было предъявлено для получения экзекватуры во Франции. В данном случае, признавая действительность аннулированного иностранного арбитражного решения, парижский суд традиционно руководствовался принципом децентрализации МКА, согласно которому «арбитры независимы как от сторон, так и от судебной системы государства, на территории которой ими рассматривается спор»³⁷.

Этот «стройный ряд»³⁸ французских прецедентов выглядит довольно двойственным. Такая стратегия «позволила французскому ответчику, выигравшему в суде низшей инстанции, отказавшем истцу в удовлетворении иска, добиться исполнения этого решения, чтобы препятствовать исполнению во Франции более позднего решения, вынесенного не в пользу ответчика»³⁹. Тем не менее французская арбитражная практика имеет и положительный аспект, допускающий, что «в отдельно взятых правовых системах суды должны иметь право применять местное законодательство, не ограничивая себя идеей об осуществлении правосудия для всего остального мира»⁴⁰.

³⁶ Cour d'Appel de Paris. [Pôle 1 – Chambre 1. N° 12/15479]. Novolipetski Metallurgicheski Kombinat / Nikolay Maximov.

³⁷ Литвинский Д. Максимов против НЛМК: проиграл в России, выиграл во Франции. URL: https://zakon.ru/blog/2014/4/15/maksimov_protiv_nlmk_proigral_v_rossii_vyigral_vo_francii (дата обращения: 15.06.2016).

³⁸ Gaillard E. Op. cit.

³⁹ Hulbert R. W. When the Theory Doesn't Fit the Facts: A Further Comment on *Putrabali* // Arbitration International. 2009. Vol. 25. No. 2. P. 157–172, 161. Подробнее об этом см.: Плеханов В. В., Усскин С. В. Автономия международного коммерческого арбитража: к вопросу о координации между различными юрисдикциями в процессе признания и приведения в исполнение решений международного коммерческого арбитража // Вестник международного коммерческого арбитража. 2012. № 1. С. 31–60.

⁴⁰ Paulsson J. Enforcing Arbitral Awards Notwithstanding Local Standard Annulments // Asia Pacific Law Review. 1998. Vol. 6. No. 2. P. 1–28, 18.

²⁹ *La Direction Générale de l'Aviation Civile de l'Emirat de Dubai v. Société Internationale Bechtel Co*, Paris, Cour d'Appel, Decision of 29 September 2005 // Review Arbitraire. 2005.

³⁰ См.: Koch Ch. The Enforcement of Awards Annulled in their Place of Origin – The French and U.S. Experience // Journal of International Arbitration. 2009. Vol. 26. No. 2. P. 267–292.

³¹ Polkinghorne M. Op. cit.

³² Paulsson J. Rediscovering the N.Y. Convention: Further Reflections on *Chromalloy* // Mealey's International Arbitration Report. 1997. Vol. 12. No. 4. P. 20–29, 24.

³³ *PT Putrabali Adyamulia v. Rena Holding Ltd*, Cass. Civ. Ire, Decision of 29 June 2007 // Review Arbitraire. 2007.

³⁴ См. в целом: Pinsolle Ph. The Status of vacated Awards in France: The Cour de Cassation Decision in *Putrabali* // Arbitration International. 2008. Vol. 24. No. 2. P. 277–296.

³⁵ *PT Putrabali Adyamulia v. Rena Holding Ltd*.

2.2. Страны, отказывающие в исполнении решений иностранных арбитражных судов на основании их отмены в стране проведения арбитража

США

Практика исполнения отменённых решений в США соответствует традиционному подходу⁴¹, согласно которому «решения национальных судов в месте проведения арбитража приоритетны для судов в стране исполнения арбитражных решений»⁴². Как правило, суды США считают обязательными положения статьи V Конвенции, однако это обыкновение было нарушено делом *Chromalloy*⁴³, которое «выглядело так, словно Соединённые Штаты перенимают подход Франции к признанию законности решений на основании местных норм, а не статьи V Нью-Йоркской конвенции»⁴⁴.

В деле *Chromalloy* Колумбийский окружной суд признал законность решения арбитража, невзирая на его отмену Апелляционным судом Каира⁴⁵, постановив, что государственная политика США направлена на исполнение окончательного решения в соответствии с договорённостью сторон и положениями Конвенции, а не на выражение уважения к решению об аннулировании, вынесенному иностранным государством⁴⁶. Примечательно, что это определение было вынесено практически одновременно с решением по делу *Hilmarton*⁴⁷ и вызвало схожие опасения ввиду его последствий⁴⁸. Мнения о деле *Chromalloy* были диаметрально противополож-

ными: оно рассматривалось и как «положительный сдвиг в истории международного арбитража»⁴⁹, и как «сомнительная интерпретация статьи VII»⁵⁰. Однако прецедент оказался единственным в своём роде: впоследствии американское правосудие продемонстрировало нежелание «предоставлять суду, приводящему решение в исполнение, неограниченную свободу действий»⁵¹ под эгидой статьи V Конвенции. Так, в делах *Baker Marine*⁵², *Spier*⁵³ и *Termorio*⁵⁴ суды отказались признавать действительность аннулированных решений иностранного арбитража. В первом из этих дел Суд Нью-Йорка заявил, что «механическое применение национального арбитражного права к решениям, вынесенным иностранными судами на основе Конвенции, могло бы оказать значительное негативное влияние на окончательность решения и привести к регулярному вынесению противоречащих друг другу решений»⁵⁵. Во втором суд поддержал приоритет решения об отмене, поскольку стороны «договорились на территории иностранного государства о том, что споры между ними будут урегулироваться в арбитражном суде в этом иностранном государстве... и ничто не свидетельствует о том, что стороны намеревались назначить Национальный арбитражный суд Соединённых Штатов местом разрешения своих споров»⁵⁶. В третьем случае была исключена свобода действий судов в соответствии со статьёй V(1)(e) на том основании, что, поскольку решение об отмене было вынесено «“компле-

⁴¹ См.: *Gaillard E., Edelstein J.* Op. cit.

⁴² *Neuhaus J.E.* Current Issues in the Enforcement of International Arbitral Awards // *University of Miami Inter-American Law Review*. 2004. Vol. 36. No. 1. P.23–39, 36.

⁴³ *Chromalloy Aeroservices v. Arab Republic of Egypt*, 939 F.Supp.907 (D.D.C.1996).

⁴⁴ *Koch Ch.* Op. cit.

⁴⁵ См.: *Wahl Ph.* Op. cit.

⁴⁶ См.: *Smith E.* Op. cit.

⁴⁷ См.: *Ma W.* Harmonising Judicial Approaches to Determining the Enforceability of Foreign Annulled Awards // *Contemporary Asia Arbitration Journal*. 2009. Vol. 2. No. 2. P.247–300.

⁴⁸ См. в целом: *Sampliner G.H.* Enforcement of Foreign Arbitral Awards After Annulment in Their Country of Origin // *Mealey's International Arbitration Report*. 1996. Vol. 11. No. 9. P.22–34; *Ostrowski S., Shany Y.* *Chromalloy: United States Law and International Arbitration at the Crossroads* // *New York University Law Review*. 1998. Vol. 73. No. 5. P.1650–1693; *Delaume G.R.* Op. cit.; *Chan R.Y.* The Enforceability of Annulled Foreign Arbitral Awards in the United States: A Critique of *Chromalloy* // *Boston University International Law Journal*. 1999. Vol. 17. No. 1. P.141–214.

⁴⁹ *Rivkin D.* The Enforcement of Awards Nullified in the Country of Origin: The American Experience // *Improving the Efficiency of Arbitration Agreements and Awards: 40 Years of Application of the New York Convention* / ed. by A.J. van den Berg. P.528–543, 530.

⁵⁰ *Freyer D.* United States Recognition and Enforcement of Annulled Foreign Arbitral Awards: The Aftermath of the *Chromalloy* Case // *Journal of International Arbitration*. 2000. Vol. 17. No. 2. P.1–9, 3.

⁵¹ *Carbonneau T.* The Exercise of Contract Freedom in the Making of Arbitration Agreements // *Vanderbilt University Journal of Transnational Law*. 2003. Vol. 36. No. 4. P.1189–1232, 1224.

⁵² *Baker Marine (Nig.) Ltd. v. Chevron (Nig.) Ltd. & Chevron Corp., Inc.; Baker Marine (Nig.) v. Danos and Curole Marine Contractors, Inc.*, 191 F.3d 194 (2d Cir. 1999).

⁵³ *Martin I. Spier v. Calzaturificio Tecnica S.p.A.*, 71 F.Supp.2d 279 (SD NY 1999).

⁵⁴ *Termorio S.A.E.S.P. & Leaseco Group, L.L.C. v. Electranta S.P. et al.*, 487 F.3d 928 (D.C. Cir. 2007).

⁵⁵ *Van den Berg A.J.* The New York Arbitration Convention of 1958: Towards a Uniform Judicial Interpretation. Deventer, The Netherlands ; Boston : Kluwer Law and Taxation, 1981. P.355.

⁵⁶ *Gaillard E., Edelstein J.* Op. cit.

тентным органом”... для отмены этого решения оснований не имеется»⁵⁷.

Таким образом, учитывая совокупность доводов судов по делам *Baker Marine, Spier* и *Termorio*, а также позицию Колумбийского окружного суда⁵⁸ в недавнем деле *Getma International v. The Republic of Guinea*⁵⁹, стороны, «скорее всего, столкнутся с теми же препятствиями, пытаясь добиться в Соединённых Штатах исполнения решения, аннулированного иностранным судом, с которыми они столкнулись бы в любой другой стране, ратифицировавшей Нью-Йоркскую конвенцию»⁶⁰.

Германия

Гражданский процессуальный кодекс Германии устанавливает, что «признание и исполнение решений, вынесенных иностранными арбитражными судами, осуществляется в соответствии с Конвенцией»⁶¹. Таким образом, национальное немецкое законодательство, которое может применяться согласно положениям статьи VII(1), «содержит лишь общую и единственную ссылку на Нью-Йоркскую конвенцию»⁶². Кроме того, согласно разделу 1061(3) Гражданского процессуального кодекса Германии, «если решение отменяется за границей после того, как оно было объявлено исполнимым, возможна подача ходатайства об отмене постановления об исполнении решения». Следовательно, немецкие суды «могут пересматривать и изменять

решение о признании и исполнении решения на основании изменения статуса решения в стране, где оно было принято»⁶³. Немецкие теоретики, как правило, признают, что Конвенция «не подразумевает, что решение, отменённое в одной стране, может или даже должно быть исполнено в той стране, где это решение приводится в исполнение»⁶⁴, и подход судов к возможности исполнения аннулированных третейских решений может считаться скорее ограничительным. Данный тезис подтверждается следующими решениями: определением, вынесенным Федеральным верховным судом Германии в отношении арбитражного решения, отменённого в России⁶⁵, и определением Верховного земельного суда Берлина в отношении арбитражного решения, отменённого в Китае⁶⁶.

В первом случае можно сказать, что решения об исполнении, вынесенные немецкими судами, «повторяют» результаты нескольких пересмотров дела в российских судах. Когда в Германии было подано ходатайство о признании и исполнении решения, отменённое решение было сначала объявлено предварительно исполнимым, поскольку окончательное решение об отмене этого решения в России ещё не было вынесено⁶⁷. Но мнение российских судов относительно законности этого решения менялось, и немецкие суды последовательно пересматривали своё изначальное решение: сперва суд постановил, что «решение утрачивает обязательность после его отмены полномочным судом в месте проведения арбитража»⁶⁸, но затем, когда решение было в конце концов признано в Российской Федерации, Федеральный верховный суд Германии также подтвердил его исполнимость, поскольку российский суд высшей инстанции вынес постановление об обязательности решения⁶⁹. Во втором случае суд отка-

⁵⁷ *Termorio S.A.E.S.P. & Leaseco Group, L.L.C. v. Electranta S.P. et al.*, 487 F.3d 928 (D.C. Cir. 2007).

⁵⁸ По мнению суда, удовлетворение иска компании *Getma International* об исполнении ранее аннулированного третейского решения «серьёзным образом исказит главный принцип Нью-Йоркской конвенции: арбитражное решение перестаёт существовать в целях его исполнения в... [Окружном суде], если оно было на законных основаниях “отменено” уполномоченным органом власти в [иностранном] государстве, где выносилось арбитражное решение», в связи с чем суд в США счёл невозможным признание и приведение в исполнение отменённого третейского решения. URL: <http://www.newyorkconvention.org/news/us+district+court+for+the+district+of+columbia+an+arbitration+award+does+not+exist+to+be+enforced+if+it+has+been+lawfully+set+aside+by+a+competent+authority+in+the+foreign+state+in+which+the+award+was+made> (дата обращения: 22.06.2016).

⁵⁹ *Getma International v. The Republic of Guinea*, No. 1:14-1616 (RBW) (D.D.C., 9 June 2016).

⁶⁰ *Freyer D.* Op. cit. P. 1–9, 3.

⁶¹ Статья 1061(1) Гражданского процессуального кодекса Германии (*Zivilprozessordnung*).

⁶² *Sandrock O.* Procedural Aspects of the New German Act // *Arbitration International*. 1998. Vol. 14. No. 1. P. 33–46, 43.

⁶³ *Smith E.* Op. cit.

⁶⁴ *Glossner O.* Commercial Arbitration in the Federal Republic of Germany. Deventer, The Netherlands : Boston : Kluwer Law and Taxation Publishers, 1984. P. 28.

⁶⁵ Bundesgerichtshof, Decision of 22 February 2001, [MDR] 11 (2001).

⁶⁶ Oberlandesgericht Berlin, Decision of 18 May 2006, 5 SchiefsVZ (2007).

⁶⁷ См.: 1. Zivilsenat, Oberlandesgericht Rostok, Decision of 27 April 1999, [BB], Beilage 8 (2000).

⁶⁸ Oberlandesgericht Rostok, Decision of 28 October 1999, [BB], Beilage 8 (2000).

⁶⁹ См.: Bundesgerichtshof, Decision of 22 February 2001, [MDR] 11 (2001).

зал в признании решения, которое было аннулировано в Китае, постановив, что решение китайского суда об отмене должно признаваться в соответствии с немецким законодательством⁷⁰, поскольку ни одно специальное основание для непризнания такой отмены не было применимым⁷¹. Таким образом, очевидно, что немецкая правовая система тяготеет к признанию приоритета решений местных судов над определениями немецкого суда⁷² и подтверждению ограничительного характера статей V(1)(e) и VII(1) Конвенции.

2.3. Страны, не имеющие последовательной судебной практики в отношении решений иностранного арбитража, отменённых в месте его проведения

Нидерланды и Россия

Выше отмечалось, что «суды по всему миру по-прежнему с наибольшей вероятностью отклоняют ходатайства об исполнении аннулированных решений»⁷³. Однако даже в странах, где суды обычно не готовы исполнять отменённые решения, исполнительное производство иногда приводит к неожиданным результатам. Так, в деле ЮКОСа⁷⁴ четыре арбитражных решения, аннулированные российскими судами, были сначала признаны неисполнимыми⁷⁵, но впоследствии Апелля-

ционный суд Амстердама⁷⁶ и Верховный суд Нидерландов подтвердили возможность игнорировать решения об их отмене, вынесенные иностранными судами⁷⁷. Более того, в апреле 2016 года окружной суд Гааги согласился с доводами России и отменил все предшествующие решения третейского суда, в том числе обязывавшее ответчиков уплатить \$50 млрд бывшим акционерам компании ЮКОС. По мнению окружного суда⁷⁸, международный арбитраж не имел полномочий проводить разбирательство об иностранных инвестициях на основе Договора к Энергетической хартии (ДЭХ), поскольку он не был ратифицирован Россией⁷⁹. Толкуя статью 45 ДЭХ, суд пришёл к выводу, что допускается временное применение отдельных положений ДЭХ (а не документа в целом) только в том случае, если это не противоречит конституции, законодательству или подзаконным актам страны, являющейся стороной ДЭХ. Такое прочтение позволило задействовать внутреннее российское законодательство об арбитрабельности споров⁸⁰ и сделать вывод о том, что спор между ЮКОСом и Российской Федерацией неарбитрабелен⁸¹, поскольку «это внутрироссийское дело — российский налоговый спор между российскими олигархами и Российской Федерацией, касающийся российских налоговых мер против россий-

⁷⁰ См.: Oberlandesgericht Berlin, Decision of 18 May 2006, 5 SchiedsVZ (2007).

⁷¹ См.: *Ma W.* Op. cit.

⁷² См.: *Sachs K.* The Enforcement of Awards Nullified in the Country of Origin: The German Perspective // *Improving the Efficiency of Arbitration Agreements and Awards: 40 Years of Application of the New York Convention* / ed. by A. J. van den Berg. P.552–556.

⁷³ *Blackaby N., Partasides C., Redfern A., Hunter M.* Redfern and Hunter on International Arbitration. 5th ed. Oxon ; New York : Oxford University Press, 2009. P.653. Подробнее об этом см.: *Van den Berg A. J.* The New York Convention of 1958: An Overview // *Enforcement of Arbitration Agreements and International Arbitral Awards: The New York Convention in Practice* / ed. by E. Gaillard, D. Di Pietro. London : Cameron May, 2008. P.39–68, 62; *Ramaswamy P.* Enforcement of Annulled Awards: An Indian Perspective // *Journal of International Arbitration*. 2002. Vol. 19. No. 5. P.461–472.

⁷⁴ *Yukos Capital SARL v. OAO Rosneft*, [2014] Case No. 200.005. 269/01. URL: <http://www.rechtspraak.nl> (дата обращения: 10.06.2016).

⁷⁵ President of the District Court in Amsterdam, Decision of 28 February 2008, Case No. LJN BC8150. URL: <http://deeplink.rechtspraak.nl/uitspraak?id=ECLI:NL:RBAMS:2008:BC8150> (дата обращения: 10.06.2016).

⁷⁶ *Gerechtshof Amsterdam*, Decision of 28 April 2009, Case No. LJN B12451. URL: <http://deeplink.rechtspraak.nl/uitspraak?id=ECLI:NL:GHAMS:2009:B12451> (дата обращения: 10.06.2016).

⁷⁷ См.: *Hoge Raad*, Decision of 25 June 2010, Case No. LJN BM1679. URL: <http://deeplink.rechtspraak.nl/uitspraak?id=ECLI:NL:HR:2010:BM1679> (дата обращения: 10.06.2016). Отрывок перевода на английский язык см.: *Yearbook Commercial Arbitration*. Vol. XXXV. 2010. P. 423–426.

⁷⁸ См.: *Rechtbank Den Haag*, Decision of 20 April 2016, [C/09/477160 / HA ZA 15-1] URL: <http://uitspraken.rechtspraak.nl/inziendocument?id=ECLI:NL:RBDHA:2016:4229> (дата обращения: 12.06.2016).

⁷⁹ См.: *Ткачев И.* Гаагский суд отменил решение о выплате \$50 млрд акционерам ЮКОСа. URL: <http://www.rbc.ru/economics/20/04/2016/5716c58e9a79472cc55ecc0e?from=main> (дата обращения: 21.06.2016).

⁸⁰ См.: *Уоскин С.* Россия добилась отмены решений по делу ЮКОСа связкой ударов из международного и национального права. URL: https://zakon.ru/blog/2016/4/20/rossiya_dobilas_otmeny_reshenij_po_delu_yukosa_svyazkoj_udarov_iz_mezhdunarodnogo_i_nacionalnogo_pra?AspxAutoDetectCookieSupport=1 (дата обращения: 11.07.2016).

⁸¹ Мнение А. Ванеева, партнёра BGPLitigation, цит. по: *Котова Е.* Юристы оценили решение суда Гааги по делу ЮКОСа. URL: <http://pda.pravo.ru/news/view/128377/> (дата обращения: 12.07.2016).

ской компании»⁸². Данное решение нельзя однозначно считать окончательным поражением акционеров ЮКОСа⁸³: оно не влечёт автоматического прекращения производства по делу в других странах (в том числе безусловного снятия арестов с недвижимого имущества и счетов Российской Федерации за рубежом), в том числе во Франции и Бельгии⁸⁴, где местные суды «не принимали во внимание процесс в голландском суде»⁸⁵ при выдаче экзекватуры. Тем не менее вероятность признания приоритета Гаагского вердикта и квалификации его как основания для успешного ходатайства об отмене признания и исполнения арбитражного решения в пользу ЮКОСа в других юрисдикциях⁸⁶ по-прежнему высока. В России же нетривиальное решение было принято по делу *Ciments Français v. Sibirskiy Cement*⁸⁷, когда арбитражный суд Кемеровской области удовлетворил заявление французской компании о признании арбитражного решения Международной торговой палаты в Стамбуле, невзирая на отмену последнего турецким судом.

Рассмотренные прецеденты можно квалифицировать скорее как исключения из обычной судебной практики Нидерландов и Российской Федерации⁸⁸. Так, голландские суды не столько анализировали обязательность или диспозитивность статьи V(1)(e) Конвенции, сколько отвечали на вопрос о «возможности признания решений российских судов в

Нидерландах на основании положений международного частного права, например их соответствия процессуальным нормам и голландской государственной политике»⁸⁹. Данные доводы впоследствии назывались «беспрецедентными»⁹⁰: судьи исходили из того, что статья V(1)(e) разрешает отказываться в признании решения об отмене, если оно «не может быть признано законным в Нидерландах»⁹¹, проигнорировав тот факт, что подобная логика может «помешать последовательно рассматривать арбитражные решения в контексте Нью-Йоркской конвенции»⁹² из-за расхождений в национальных законодательствах. Что же касается определения кемеровского Арбитражного суда, оно имело «все шансы стать российским прецедентом в признании отменённых решений международных арбитражных судов»⁹³: суд заключил, что основания, по которым турецкий суд отменил арбитражное решение в деле *Ciments Français*, не соответствуют положениям статьи IX Европейской конвенции. В результате последующих многочисленных пересмотров дела российскими судебными инстанциями *Ciments Français* остались в проигрыше⁹⁴, что, однако, не умаляет значения данного решения в качестве пусть и единичного, но существенного фактора в изучении перспектив развития российской практики признания отменённых третейских решений.

3. Правовое регулирование, закреплённое в международных конвенциях

Отправной точкой любого обсуждения темы исполнения иностранных арбитражных ре-

⁸² Мнение адвоката А. Я. ван ден Берга цит. по: *Ткачев И.* Пять вопросов о 50\$ млрд: Что означает решение голландского суда. URL: <http://www.rbc.ru/newspaper/2016/04/21/571735729a79477c33cbea58> (дата обращения: 12.07.2016).

⁸³ См.: *Китова Е.* Указ. соч. См. также: *Артемьев А., Макаренко Г., Мархулия Е., Макаров О., Перемитин Г.* Запад при исполнении: Что ждет иски акционеров ЮКОСа к России. URL: <http://www.rbc.ru/newspaper/2016/04/21/5717c0f69a79470ae8fd6d9d> (дата обращения: 12.07.2016).

⁸⁴ Мнение Н. Бассери, партнера адвокатской группы, защищающей интересы России в деле против бывших акционеров ЮКОСа, приводится по: Суд назначил слушания об отмене ареста имущества России по иску ЮКОСа на ноябрь // *Взгляд.* 2016. 9 июня. URL: <http://www.vz.ru/news/2016/6/9/815263.html> (дата обращения: 10.07.2016).

⁸⁵ *Ткачев И.* Пять вопросов о 50\$ млрд: Что означает решение голландского суда.

⁸⁶ См.: Минюст: решение по ЮКОСу позволяет требовать отмены ареста активов РФ. URL: <http://ria.ru/world/20160420/1415618012.html> (дата обращения: 09.07.2016).

⁸⁷ Определение Арбитражного суда Кемеровской области от 20 июля 2011 года по делу № А27-781/2011.

⁸⁸ См., например: *Курочкин С. А.* Нарушение публичного порядка Российской Федерации как основание для отказа в признании и приведении в исполнение иностранных судебных и арбитражных решений // *Закон.* 2013. № 4. С. 39–45.

⁸⁹ *Ma W.* Op. cit.

⁹⁰ См.: *Van den Berg A.J.* Enforcement of Arbitral Awards Annulled in Russia: Case Comment on Dutch Supreme Court of 25 June 2010 // *Journal of International Arbitration.* 2011. Vol. 28. No. 6. P. 617–641.

⁹¹ *Gerechthof Amsterdam, Decision of 28 April 2009, Case No. LJN B12451.* <http://uitspraken.rechtspraak.nl/inziendocument?id=ECLI:NL:GHAMS:2009:BI2451> (дата обращения 11.06.2016).

⁹² *Kendra Th.* The International Reach of Arbitral Awards Set Aside in Their Country of Origin: a Turning Point? // *International Business Law Journal.* 2012. No. 1. P. 35–52, 41.

⁹³ *Гадельшина Э. Р.* Проблемы признания отменённых решений международных арбитражных судов: Дело *Ciments Français* как пример российской судебной практики // *Закон.* 2012. № 4. С. 106–109, 107.

⁹⁴ См.: Определение Верховного Суда РФ от 20 февраля 2016 года по делу № А27-4626/2009.

шений представляется статья V(1)(е) Конвенции, согласно которой в признании законным и приведении в исполнение решения «может быть отказано по просьбе той стороны, против которой оно направлено, только если эта сторона представит компетентной власти по месту, где испрашивается признание и приведение в исполнение, доказательств того, что... решение ещё не стало окончательным для сторон или было отменено или приостановлено компетентной властью страны, где оно было вынесено, или страны, чьё право считается применимым». Практическое применение этого принципа выявило несколько вопросов, разделивших арбитражное сообщество на два «лагеря»⁹⁵.

3.1. Диспозитивная или императивная природа статьи V(1)(е)?

Сторонники либерального толкования Конвенции указывают на использование в её англоязычной версии формулировки с глаголом «may»⁹⁶ и настаивают на том, что статья V позволяет, но не требует от суда отказывать в рассмотрении решений, вынесенных иностранными судами, подпадающих под действие любого из пяти её параграфов⁹⁷. Другим аргументом в пользу необязательного характера положений Конвенции может служить статья VII(1), обязывающая суды исполнять решение иностранного арбитражного суда, невзирая на положения статьи V, если национальное законодательство в стране исполнения устанавливает для этого независимое основание. Рассматривая эти две статьи совместно, можно заключить, что, если, согласно положениям статьи VII(1), судья не может отказать в исполнении решения, только если национальное законодательство не предписывает ему так поступить, эти положения, по существу, нейтрализуют аргументы против исполнения решения, основанные на положениях статьи V(1)(е)⁹⁸. Кроме того, поскольку Конвенция в числе своих первоочередных задач называет способствование приведению решений в исполнение⁹⁹, суды во всём мире

считаются уполномоченными применять так называемую «свободу усмотрения», согласно положениям статьи VII, при приведении в исполнение иностранных арбитражных решений, пользующихся иммунитетом статьи V¹⁰⁰.

Оппоненты же дозволительного толкования основываются на французском тексте Конвенции, исключаящем свободу усмотрения суда, приводящего решение в исполнение¹⁰¹. Однако анализ *travaux préparatoires* Конвенции не даёт однозначного ответа о наличии у суда, приводящего решение в исполнение, свободы действий. Более того, и прочтение англоязычной версии также различно: с одной стороны, «текст конвенции... утверждает, что... суд, рассматривающий ходатайство о приведении решения в исполнение, должен его отклонить»¹⁰², если сторона, против которой подано такое ходатайство, ссылается на статью V(1)(е) и доказывает соблюдение указанных в ней условий, с другой — условный характер этих положений «бросается в глаза каждому юристу, поскольку “may” (“может”) обязательно предполагает и “may not” (“не может”)»¹⁰³. Немецкие исследователи также интерпретируют положения Конвенции в ограничительном ключе, полагая, что формулировка «“may be refused” (“может быть отказано”)» в статье V(1)(е) означает “shall be refused” (“должно быть отказано”)»¹⁰⁴.

Учитывая оба мнения о «диспозитивности» или «императивности» статьи V(1)(е) Конвенции, достичь единообразия можно посредством норм Венской конвенции о праве международных договоров (*далее* — Венская конвенция)¹⁰⁵. Так, полезным видится руководство в статьях 31 и 32 Венской конвенции, предписывающих интерпретировать положения международного договора добросовестно и в свете предмета и целей договора. Следо-

¹⁰⁰ См.: *Sampliner G.H.* Enforcement of Nullified Foreign Arbitral Awards: Chromalloy Revisited // *Journal of International Arbitration*. 1997. Vol. 14. No. 3. P. 141–165, 150.

¹⁰¹ См.: *Paulsson J.* May or Must Under the New York Convention: An Exercise in Syntax and Linguistics // *Arbitration International*. 1998. Vol. 14. No. 2. P. 227–230.

¹⁰² *Van den Berg A.J.* Enforcement of Arbitral Awards Annulled in Russia: Case Comment on Court of Appeal of Amsterdam, April 28, 2009 // *Journal of International Arbitration*. 2010. Vol. 27. No. 2. P. 179–198, 183.

¹⁰³ *Paulsson J.* Enforcing Arbitral Awards Notwithstanding Local Standard Annulments. P. 6.

¹⁰⁴ *Sachs K.* Op. cit.

¹⁰⁵ Vienna Convention on the Law of Treaties, May 23, 1969 U.N. Doc. A/CONF.39/27 (1969), вступила в силу 27 января 1970 года.

⁹⁵ См.: *Mayer P.* Op. cit.

⁹⁶ См.: *Lastenouse P.* Op. cit.

⁹⁷ См.: *Wahl P.* Op. cit.

⁹⁸ См.: The Paris Court of Appeal, Decision of 19 December 1991 // *Revue Arbitraire*. 1993. P. 300.

⁹⁹ См.: *Wahl Ph.* Op. cit.

вательно, поскольку Конвенция призвана в том числе защитить арбитражные решения от аннулирования по причине предвзятости на местах, лучшим способом унификации её понимания было бы оставить за государствами-участниками некоторую свободу действий в отношении признания или игнорирования решений, вынесенных государственным судом в месте проведения арбитража¹⁰⁶. Вместе с тем Конвенция умалчивает о широте правомочий таких судов, и возникает проблема определения обстоятельств, в которых они должны их использовать¹⁰⁷. Здесь можно обратиться к Европейской конвенции о внешнеторговом арбитраже 1961 года (*далее* — Европейская конвенция)¹⁰⁸, в соответствии с положениями статьи IX(1) которой отказ в исполнении иностранных арбитражных решений, отменённых в стране проведения арбитража, возможен только в случае, если такая отмена была обусловлена первыми четырьмя основаниями, приведенными в статье V(1) Конвенции, что исключает применение положений статьи V(1)(e)¹⁰⁹. Соответственно, Европейская конвенция, по сути, устраняет два спорных момента: во-первых, она вносит ясность, поскольку её задача — определение перечня оснований для неисполнения решений об отмене, а не регулирование свободы усмотрения национальных судов, во-вторых, ограничивает возможные отрицательные последствия применения непрозрачных национальных законов¹¹⁰. Таким образом, Европейская конвенция может стать инструментом для совершенствования применения Нью-Йоркской конвенции, хотя следует учитывать, что первая также не содержит регламентации действий в случае повторных арбитражных разбирательств или множественных решений.

3.2. Существование решения после его отмены в стране проведения арбитража

Вторым «камнем преткновения» процедуры исполнения аннулированных третейских ре-

шений стал вопрос их легитимности после отмены в стране проведения арбитража. Проблема требует ознакомления с двумя диаметрально противоположными позициями¹¹¹: допускающей, что решение арбитров продолжает оставаться законным и исполнимым даже после его отмены в стране происхождения¹¹², и отвергающей любую возможность существования и исполнения аннулированного решения где бы то ни было¹¹³.

В первом случае отмена в месте проведения арбитража не считается достаточной для выведения решения с международной арены¹¹⁴, поскольку Конвенция не объявляет его недействительным, а лишь допускает отказ в его признании и приведении в исполнение в государстве-участнике, тем самым оставляя национальным законам об арбитраже свободу исполнять такие решения¹¹⁵. Во-вторых, Конвенция должна охранять транснациональный статус арбитражных решений, и потому обязательственный характер статьи V(1)(e) рискует стать инструментом «для предотвращения признания решения действительным за границей посредством всех средств обжалования и отмены, применимых к чисто национальным решениям»¹¹⁶. В-третьих, с учётом статьи VII(1) Конвенции очевидно стремление к компромиссу между интересами государств происхождения решения и его исполнения, а также между различными особенностями национальных законодательств¹¹⁷, в свете которого разработчики «разрешили аннулирование решения рассматривать как лишающее его действительности только в той стране, в которой оно было вынесено»¹¹⁸.

¹¹¹ См.: *Lamm C.B.* Comments on the Proposal to Amend the New York Convention // 50 Years of the New York Convention: ICCA International Arbitration Conference / ed. by A. J. van den Berg. Alphen aan den Rijn : Kluwer Law International, 2009. P.697–707.

¹¹² См.: *Paulsson J.* Enforcing Arbitral Awards Notwithstanding Local Standard Annulments.

¹¹³ См.: *Van den Berg A.J.* Enforcement of Annulled Awards? // ICC International Court Arbitration Bulletin. 1998. Vol. 9. No. 2. P.15–21; *Shwartz E.A.* A Comment on *Chromalloy*: *Hilmarton, à l'américaine*.

¹¹⁴ См.: *Lastenouse P.* Op. cit.

¹¹⁵ См.: *Mayer U.C.* Op. cit.

¹¹⁶ *Derains Y.* Foreword // *Glossner O., et al.* Hommage à Frédéric Eisemann. Paris: Chambre de commerce internationale, 1978). P.13.

¹¹⁷ См.: *Paulsson J.* Towards Minimum Standards of Enforcement: Feasibility of a Model Law // Improving the Efficiency of Arbitration Agreements and Awards: 40 Years of Application of the New York Convention / ed. by A. J. van den Berg. P.574–582.

¹¹⁸ *Mayer P.* Op. cit.

¹⁰⁶ См.: *Mayer U.C.* Op. cit.

¹⁰⁷ См.: *Petrochilos G.* Enforcing Awards Annulled in Their State of Origin under the New York Convention // International & Comparative Law Quarterly. 1999. Vol. 48. No. 4. P.856–888.

¹⁰⁸ Convention on International Commercial Arbitration of 1961. Geneva, April 21, 1961. United Nations, Treaty Series, Vol. 484, C. 364 No. 7041 (1963–1964).

¹⁰⁹ См.: *Sachs K.* Op. cit.

¹¹⁰ См.: *Gaillard E.* Op. cit.

Этот так называемый «интернационалистский»¹¹⁹ подход противоположен «традиционному»¹²⁰, согласно которому арбитраж «становится обязательной процедурой лишь тогда, когда решение арбитра может быть приведено в исполнение в рамках национальной правовой системы»¹²¹. Следовательно, если решение отменяется в стране происхождения, оно «прекращает своё юридическое существование»¹²² в соответствии с максимой *ex nihilo nil fit*. Второе возражение «лагеря консерваторов»¹²³ против внесударственного характера арбитражного решения заключается в том, что решение «юридически зиждется на положениях арбитражного закона страны его происхождения»¹²⁴, и потому его признание невозможно в других странах: сторона воздержится от попыток добиться приведения аннулированного решения в исполнение за границей, зная, что ей будет отказано, согласно положениям статьи V(1)(e) Конвенции. В противном же случае судьба решения будет зависеть от «кругосветной гонки за приведением [его] в исполнение»¹²⁵ (здесь, однако, следует учитывать и тот факт, что свобода усмотрения суда предоставила бы истцу возможность заявить, что иностранное решение об аннулировании было вынесено с процессуальными нарушениями или обманным и коррупционным путём¹²⁶, тогда как «территориальный» метод не оставляет такого шанса, кроме как путём проведения арбитража заново). Также, согласно «традиционалистам», судья в месте исполнения решения представляет «вторичную» юрисдикцию по сравнению с «первичной»¹²⁷ юрисдикцией

судьи в месте проведения арбитража и потому обязан признавать решения последнего, «если оно было в законном порядке отменено компетентным судом в стране, где оно было вынесено»¹²⁸.

Однако сложно согласовать «традиционалистскую» позицию с другим положением Конвенции, в соответствии с которым «суды в стране приведения решения в исполнение могут, но не обязаны приостанавливать судопроизводство до получения решения суда в стране, где спорное решение было вынесено»¹²⁹. И действительно, если разработчики Конвенции отрицали последующее существование аннулированных арбитражных решений, то не вполне очевидно, зачем статья VI позволяет судам, рассматривающим иски о признании и приведении в исполнение иностранного решения, «откладывать, если это будет признано целесообразным, вынесение определения»¹³⁰? Если отмена арбитражного решения является окончательной и неоспоримой, положения статьи VI должны были быть не диспозитивными, а императивными, поскольку в обратном случае «любое приведение решения в исполнение до вынесения окончательного решения в стране происхождения неизбежно создаст неразрешимую ситуацию: одному государству пришлось бы аннулировать принятое постановление об исполнении арбитражного решения в целях обеспечения соответствия обратному постановлению, вынесенному в иностранном государстве»¹³¹. Представляется, что Конвенция, в её текущей редакции, признаёт существование аннулированных арбитражных решений¹³², хотя решения местных судов об отмене обладают экстратерриториальным действием в том смысле, что они могут служить основанием для отказа в исполнении такого арбитражного решения за рубежом.

¹¹⁹ *Tweeddale A., Tweeddale K.* Arbitration of Commercial Disputes: International and English Law and Practice. Oxford: Oxford University Press, 2007. P. 441.

¹²⁰ *Sampliner G.H.* Enforcement of Nullified Foreign Arbitral Awards: Chromalloy Revisited. P. 145.

¹²¹ Ibid.

¹²² *Van den Berg A.J.* Enforcement of Arbitral Awards Annulled in Russia: Case Comment on Court of Appeal of Amsterdam, April 28, 2009. P. 187.

¹²³ *Mayer P.* Op. cit.

¹²⁴ *Van den Berg A.J.* Annulment of Awards in International Arbitration // International Arbitration in the 21st Century: Towards “Judicialization” and Uniformity? / ed. by R.B. Lillich, Ch. N. Brower. Irvington, NY: Transnational Publishers, 1994. P. 133–162, 161.

¹²⁵ *Gharavi H.* Enforcing Set Aside Arbitral Awards: France’s Controversial Steps Beyond the New York Convention. P. 101.

¹²⁶ См.: *Rivkin D.* Op. cit.

¹²⁷ *Reisman W.M.* Systems of Control in International Adjudication and Arbitration. Durham: Duke University Press, 1992. P. 113–

114; См. также: *Karah Bodas Co., L.L.C. v. Perusahaan Pertambangan Minyak Dan Gas Bumi Negara et al. & Perusahaan Pertambangan Minyak Dan Gas Bumi Negara (Pertamina II)*, 364 F. 3d 274 (5th Cir. 2004).

¹²⁸ *TermoRio S.A. E.S.P & LeaseCo Group, L.L.C. v. Electranta S.P. et al*, 487 F.3d 928 (D.C. Cir. 2007).

¹²⁹ *Gaillard E.* Op. cit.

¹³⁰ *Lastenouse P.* Op. cit.

¹³¹ *Sachs K.* Op. cit.

¹³² См.: *Born G.* International Commercial Arbitration. Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 2009. Vol. 1. P. 2693.

3.3. Приведение в исполнение в соответствии с положениями статьи VII(1) Конвенции

Третьим спорным пунктом является право судов опираться на национальное законодательство для (не)признания арбитражного решения в соответствии со статьёй VII(1) Конвенции в свете споров о допустимости его применения в отношении аннулированных решений.

С одной стороны, ссылка на местные законы, не указывающие отмену в месте проведения арбитража в числе оснований для неисполнения¹³³, соответствует букве Конвенции¹³⁴, и статья VII(1) позволяет игнорировать решение об отмене, вынесенное ранее иностранным судом, в месте исполнения. Этот подход отменяет необходимость соблюдать принципы международной судебной вежливости¹³⁵ и взаимности¹³⁶, а также предоставляет судам, исполняющим третейские решения, надёжный алгоритм работы со «специфическими местными законами»¹³⁷. Действительно, нельзя исключать ситуацию, при которой в стране принятия решения «перечень оснований для отмены решения или отказа в его исполнении шире, чем в стране исполнения решения»¹³⁸ (как, например, в Англии, где Закон об арбитраже 1996 года содержит более обширный перечень оснований для отмены¹³⁹ по сравнению с законодательством Франции или Нидерландов). Также существует вероятность различной интерпретации одних и тех же оснований для отмены¹⁴⁰: несмотря на принятие Типового закона ЮНСИТРАЛ всё большим числом госу-

дарств, по-прежнему существует угроза отсутствия единообразия в принятии решений, поскольку его статья 36(1)(а) «просто повторяет все пять параграфов статьи V(1) Нью-Йоркской конвенции и тем самым предлагает руководствоваться местным законом об исполнении решений с той же сомнительной формулировкой в отношении свободы (не) применения, что и в параграфе (е) этой статьи»¹⁴¹.

С другой стороны, применение арбитражного законодательства страны, где решение приводится в исполнение, расценивается как «диаметрально противоположное одной из важнейших целей Нью-Йоркской конвенции, а именно международной гармонизации правил исполнения арбитражных решений»¹⁴²: если бы все подписавшие Конвенцию страны установили собственные, более мягкие, правила оценки легитимности решений иностранных судов, это могло бы воспрепятствовать единообразному отправлению правосудия на международном уровне и увеличить риск неприведения в исполнение также и законных решений об аннулировании, вынесенных по месту проведения арбитража¹⁴³. Кроме того, «отказ в признании решения об аннулировании будет противоречить воле сторон»¹⁴⁴, ведь, выбирая определённое место проведения арбитража, они соглашаются с законодательством конкретной страны и потенциальным правом местных судов пересматривать и отменять третейские решения. Следовательно, «безосновательным будет лишение сторон [МКА] права на такой пересмотр путём приведения в исполнение аннулированного решения»¹⁴⁵ в других государствах, не говоря уже о том, что в подобном случае будет «совершенно невозможно предсказать, где решение посчитают действительным, а где — нет»¹⁴⁶, а это неизбежно породит сомнения в окончательности результата арбитражного процесса.

¹³³ Например, статья 1502 Нового гражданского процессуального кодекса Франции, не включающая в качестве основания для отказа в приведении решения в исполнение его отмену в стране происхождения. См. также: *Société Hilmarton v. Société OTV*, Cass. Civ. Ire, Decision of 23 March 1994 // *Revue Arbitraire*. 1994.

¹³⁴ См.: *Koch Ch.* Op. cit.

¹³⁵ См., например: *Павлова Н.В.* Оговорка о публичном порядке как судебный эксклюзив и предел вежливости конкретной нации: Комментарий к Обзору практики рассмотрения арбитражными судами дел о применении оговорки о публичном порядке // *Вестник Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации*. 2013. № 7. P. 162–173.

¹³⁶ См.: *Paulsson J.* Enforcing Arbitral Awards Notwithstanding Local Standard Annulments.

¹³⁷ *Rivkin D.* Op. cit.

¹³⁸ *Gaillard E.* Op. cit.

¹³⁹ Статья 68(2) английского Закона об арбитраже 1996 года.

¹⁴⁰ См.: *Société Pabalk Ticaret Ltd. Sirketi v. Societe Anonyme Norsolor* Cass. Civ. Ire, Decision of 9 October 1984 // *Revue Arbitraire*. 1985.

¹⁴¹ *Paulsson J.* Enforcing Arbitral Awards Notwithstanding Local Standard Annulments. P. 16.

¹⁴² *Koch Ch.* Op. cit.

¹⁴³ См.: *Van den Berg A.J.* New York Convention of 1958: Refusals of Enforcement // *The ICC International Court of Arbitration Bulletin*. 2007. Vol. 18. No. 2. P. 15–49.

¹⁴⁴ *Schwartz E.A.* A Comment on *Chromalloy*: *Hilmarton, à l'américaine*. P. 130.

¹⁴⁵ *Slater M.D.* Op. cit.

¹⁴⁶ *Poudret J., Besson S.* Comparative Law of International Arbitration. London: Sweet & Maxwell, 2007. § 854.

В связи с вышеприведенными аргументами в пользу корректности применения статьи VII(1) Конвенции возможны следующие выводы. Прежде всего, поскольку Конвенция в действующей редакции не устанавливает единых норм в отношении аннулирования решений¹⁴⁷, унификация оснований для отмены решения в разных странах только в силу факта подписания ими Конвенции маловероятна. Видится, что, хотя ввиду неоднозначности формулировок статьи V(1)(e) неограниченные основания для отмены решения арбитража в стране его вынесения «могут парализовать процесс международного арбитража из-за политического вмешательства и приоритета местных норм»¹⁴⁸, полное безразличие к решениям судов по месту проведения арбитража в результате механического применения положения статьи VII(1) Конвенции также нежелательно для международной арбитражной практики.

4. Возможные пути усовершенствования процедуры приведения решений в исполнение

Ввиду того, что «стремительное развитие международного арбитража, вызванное глобализацией бизнеса, привело к ужесточению судебных разбирательств в связи с исполнением решений»¹⁴⁹, представляется очевидной важность гармонизации подходов к исполнению аннулированных арбитражных решений¹⁵⁰. Ниже приводится анализ возможных путей дефрагментации судебной практики в соответствующей области, а также оценка (не)желательности приведения в исполнение отменённых иностранных третейских решений для сторон МКА.

4.1. Внесение изменений в текст Конвенции

Одним из возможных путей устранения негативных последствий разобщённого подхода к исполнимости аннулированных иностранных арбитражных решений могла бы стать переработка соответствующих положений Конвенции. В частности, был разработан проект конвенции о международном приведении в исполнение арбитражных решений¹⁵¹. Новая редакция заимствованной статьи V(3)(g) Конвенции содержит глагол «shall» вместо «may», обеспечивая большую предсказуемость и меньшее количество судебных тяжб после вынесения решения¹⁵², а также указывает, что иностранные решения об отмене непреложны, если они вынесены по основаниям, «по существу эквивалентным основаниям (a)–(e) настоящего параграфа»¹⁵³. Представляется, что это ограниченное признание оснований *vacatur*, исключающих приведение решения в исполнение, вторит статье XI Европейской конвенции и способствует «стандартизации процедуры, одновременно обеспечивая большую свободу для игнорирования решений об отмене, вынесенных на ошибочных основаниях»¹⁵⁴.

Эти поправки могли бы благоприятно повлиять на МКА, поскольку они предотвращают вынесение противоположных вердиктов в разных странах и уравнивают роли судов в определении «судьбы»¹⁵⁵ решения. С одной стороны, это мотивирует суды «на применение общепризнанных международных норм в случае получения ходатайства об отмене, поскольку они будут понимать, что аннулирование решения на основании местного законодательства не получит международного признания»¹⁵⁶. С другой стороны, будут исключены ситуации, когда отменённое решение «бродит по миру, словно странствующий монах, в поисках возможности для приведе-

¹⁴⁷ См.: *Paulsson J. Towards Minimum Standards of Enforcement: Feasibility of a Model Law.*

¹⁴⁸ *Gharawi H. Enforcing Set Aside Arbitral Awards: France's Controversial Steps Beyond the New York Convention.*

¹⁴⁹ *Loquin E. The Enforcement of International Arbitral Awards at the Beginning of the Third Millennium: Assessment and Survey // International Business Law Journal. 2003. No. 7. P. 747–760, 102.*

¹⁵⁰ См.: *Ma W. Op. cit.* Подробнее об этом см.: *Плеханов В.В., Усоскин С.В. Автономия международного коммерческого арбитража: к вопросу о координации между различными юрисдикциями в процессе признания и приведения в исполнение решений международного коммерческого арбитража // Вестник международного коммерческого арбитража. 2012. № 1. С. 31–60.*

¹⁵¹ См.: *Van den Berg A.J. Hypothetical Draft Convention on the International Enforcement of Arbitration Agreements and Awards: Explanatory Note // 50 Years of the New York Convention: ICCA International Arbitration Conference / ed. by A.J. van den Berg. P. 649–666.*

¹⁵² См.: *Lamm C.B. Op. cit.*

¹⁵³ *Van den Berg A.J. Hypothetical Draft Convention on the International Enforcement of Arbitration Agreements and Awards: Explanatory Note. P. 654.*

¹⁵⁴ *Kendra Th. Op. cit.*

¹⁵⁵ *Petrochilos G. Op. cit.*

¹⁵⁶ *Mayer P. Op. cit.*

ния в исполнение»¹⁵⁷, а запрет на исполнение аннулированных решений, пусть и в особых случаях, мог бы обеспечить исправление «ошибок и злоупотребления арбитров»¹⁵⁸, обязывая иностранные суды поддерживать справедливые определения об отмене.

Вместе с тем данное предложение умалчивает о положениях статьи VII(1) Конвенции, допускающей приведение решения в исполнение, если это разрешено национальным законодательством. Представляется, что в отсутствие единого централизованного органа, рассматривающего иски об отмене в любом из государств-участников, разработка «каких бы то ни было норм, общих для всех цивилизованных наций»¹⁵⁹, трудновыполнима. Хотя Международным советом по коммерческому арбитражу (ИССА) было издано руководство по интерпретации и применению Конвенции¹⁶⁰, оно также вряд ли является «какой-то исключительной гарантией»¹⁶¹ её однозначного прочтения и применения. В связи с этим новая версия Конвенции может столкнуться с серьёзными политическими и практическими сложностями, среди которых необходимость и обеспечить консенсус многочисленных государств-участников, и изменить разные правовые системы, и установить определённый переходный период, обеспечивающий надлежащее функционирование всей системы в целом во время внесения изменений¹⁶².

4.2. Подходы «ОНЗ» и «ОМЗ»

Проблему приведения в исполнение отменённых решений можно было бы решить, пользуясь свободой усмотрения суда по месту приведения решения в исполнение и разграничивая аннулирование решений «на основании нарушения какого-либо местного закона» (*далее* — «отмена согласно нацио-

нальному законодательству», или «ОНЗ») и «на основании норм, признанных на международном уровне» (*далее* — «отмена согласно международному законодательству», или «ОМЗ»)»¹⁶³. Этот подход основан на той предпосылке, что, поскольку статья V(1)(e) не содержит конкретного перечня оснований для отмены арбитражных решений в месте вынесения, особенностями законодательства разных стран могут подорвать процесс правоприменения на основании Конвенции¹⁶⁴. Поэтому судам, рассматривающим ходатайства о приведении в исполнение аннулированного иностранным судом решения, следовало бы оценивать отмену в свете того, соответствует ли она какому-либо унифицированному закону, например Конвенции¹⁶⁵. Иными словами, «решения, отменённые в соответствии с международными нормами, лишаются юридической силы, тогда как решения, аннулированные в соответствии с национальным законом, должны оставаться исполнимыми»¹⁶⁶. Видится, что такой подход предлагает судам в стране исполнения решения чёткое руководство: определяя действительность арбитражных решений, они могли бы отказывать в исполнении отменённого иностранным судом решения, если таковое противоречит положениям пунктов (a)–(d) статьи V(1) Конвенции. Кроме того, он созвучен статье IX Европейской конвенции, которая запрещает исполнение арбитражных решений, отменённых по какому-либо из перечисленных в ней оснований, но разрешает исполнение таких, аннулированных по каким-либо иным причинам¹⁶⁷.

Однако метод разграничения «ОНЗ» и «ОМЗ» не единожды подвергался критике. Во-первых, его посчитали нарушающим принцип разделения на приоритетную и второстепенную юрисдикции: коль скоро Конвенция подразумевает «молчаливый договор между государствами-участниками о том, что суды по месту проведения арбитража обещают проверять арбитражные решения в обмен на обещание других судов проявлять уваже-

¹⁵⁷ *Petrochilos G.* Op. cit.

¹⁵⁸ *Davis K.* Unconventional Wisdom: A New Look at Articles V and VII of the Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards // *Texas International Law Journal*. 2002. Vol. 37. No. 1. P. 43–87, 79.

¹⁵⁹ *Hebei Import and Export Corp. v. Polytek Engineering Co. Ltd* [1999] 1 HKLRD 665.

¹⁶⁰ Руководство МСКА по толкованию Нью-Йоркской конвенции 1958 г.: пособие для судей / Международный совет по коммерческому арбитражу. М.: Инфотропик Медиа, 2012. URL: http://www.arbitration-icca.org/media/3/46059478358923/russian_text.pdf (дата обращения: 28.06.2016).

¹⁶¹ *Kendra Th.* Op. cit.

¹⁶² См.: *Lamm C.B.* Op. cit.

¹⁶³ *Paulsson J.* Towards Minimum Standards of Enforcement: Feasibility of a Model Law. P. 575.

¹⁶⁴ См.: *Van den Berg A.J.* The New York Arbitration Convention of 1958: Towards a Uniform Judicial Interpretation. P. 355.

¹⁶⁵ См.: *Paulsson J.* Enforcing Arbitral Awards Notwithstanding Local Standard Annulments. P. 25.

¹⁶⁶ *Ma W.* Op. cit.

¹⁶⁷ См.: *Mayer P.* Op. cit.

ние к результатам таких проверок»¹⁶⁸, то, если суды в разных странах будут вольны решать, являются ли основания для отмены в месте проведения арбитража признанными на международном уровне, «может возникнуть политическое напряжение между государствами»¹⁶⁹. Во-вторых, непринятие во внимание факта аннулирования решений повышает вероятность того, что «окончательному арбитражному решению в стране происхождения будет отказано в признании за рубежом»¹⁷⁰, как это происходило во французской судебной практике. Наконец, подход «ОНЗ» и «ОМЗ» будет требовать от суда оценки решения об отмене, вынесенного иностранным судом, что может быть квалифицировано как нарушение общего принципа о запрете на повторное рассмотрение решений, вынесенных иностранными судами¹⁷¹.

С учётом описанных выше «за» и «против» разграничения «ОНЗ» и «ОМЗ» можно сформулировать следующие выводы. Несмотря на то что данный концепт позволяет минимизировать попытки проигрывающей стороны опровергнуть вынесенное арбитрами решение по существу¹⁷² и ограничивает перечень оснований для признания решения об отмене третейского решения, он всё же не представляется применимым на практике. Причина в том, что реализация такого подхода требует согласования «в форме многосторонней поправки к Нью-Йоркской конвенции, поскольку в отсутствие таковой намерения сторон будут под угрозой, если они выберут в качестве места проведения арбитража правовую систему, критерии для пересмотра дел в которой отличаются от признаваемых на международном уровне»¹⁷³. Кроме того, некоторые государства всё ещё находятся на этапе становления законодательной системы по сравнению с правовым режимом развитых стран¹⁷⁴, вследствие чего преимуществами разграничения «ОНЗ» и «ОМЗ» весь арбитраж-

ражный мир сможет воспользоваться только при условии подписания всеми государствами — участниками Конвенции дополнительного соглашения или принятия нового «модельного закона о приведении в исполнение»¹⁷⁵.

4.3. Дифференцированное применение Конвенции

Как упоминалось ранее, концепция реформирования Конвенции должна учитывать «множество факторов, например интересы суверенных государств, права сторон и потребности рынка международного коммерческого арбитража»¹⁷⁶. Следовательно, возможной альтернативой достижения упорядоченности исполнительного производства могло бы стать «определение точки отсчёта, с которой мог бы сверяться каждый суд, рассматривающий обращения в связи с решениями арбитраж»¹⁷⁷. В качестве таковой могут выступить «интересы правосудия»¹⁷⁸ и «защита сторон»¹⁷⁹, обеспечение которых поможет исключить механическое применение статей V(1)(e) и VII(1) Конвенции.

Так, учитывая законные интересы всех участников арбитражного процесса и уважение к процессуальной справедливости¹⁸⁰, можно предложить, чтобы суды, оценивающие аннулирование арбитражного решения в иностранной юрисдикции, получали возможность более подробно анализировать обстоятельства отмены в каждом конкретном деле, учитывая, что статья VI позволяет им отложить вынесение вердикта о приведении в исполнение. Такая практика представляется целесообразной в случаях, когда «ходатайство об отмене или отсрочке приведения решения в исполнение не имеет целью затягивать принятие решения, а также когда страна, где подан иск, располагает полноценным законодательством в области международного коммерческого арбитража»¹⁸¹. приме-

¹⁶⁸ Reisman W. M. Op. cit. P. 77.

¹⁶⁹ Van den Berg A. J. Enforcement of Arbitral Awards Annulled in Russia: Case Comment on Court of Appeal of Amsterdam, April 28, 2009. P. 189.

¹⁷⁰ Sampliner G. H. Enforcement of Nullified Foreign Arbitral Awards: Chromalloy Revisited. P. 157.

¹⁷¹ См.: Petrochilos G. Op. cit.

¹⁷² См.: Paulsson J. Enforcing Arbitral Awards Notwithstanding Local Standard Annulments. P. 23.

¹⁷³ Sampliner G. H. Enforcement of Nullified Foreign Arbitral Awards: Chromalloy Revisited. P. 162.

¹⁷⁴ См.: Kendra Th. Op. cit.

¹⁷⁵ Paulsson J. Towards Minimum Standards of Enforcement: Feasibility of a Model Law. P. 577.

¹⁷⁶ Smith E. Op. cit.

¹⁷⁷ Mayer P. Op. cit.

¹⁷⁸ Gharavi H. Enforcing Set Aside Arbitral Awards: France's Controversial Steps Beyond the New York Convention. P. 103.

¹⁷⁹ Lastenouse P. Op. cit.

¹⁸⁰ См.: Park W. Duty and Discretion in International Arbitration // American Journal of International Law. 1999. Vol. 93. No. 4. P. 805—823.

¹⁸¹ Gharavi H. Enforcing Set Aside Arbitral Awards: France's Controversial Steps Beyond the New York Convention. P. 104.

нения статьи VI Конвенции нельзя требовать в обязательном порядке (поскольку её положения лишь позволяют, но не обязывают откладывать исполнение решения иностранного суда), однако такое требование могло бы помочь избежать одновременного приведения в исполнение противоречащих друг другу решений и устранить «трения на международном уровне»¹⁸² между судами.

Что же касается автономии воли сторон, приведение в исполнение по усмотрению суда согласно статье VII(1) могло бы принести свои положительные плоды, поскольку в отсутствие какого-либо наднационального органа, «осуществляющего контроль за интерпретацией конвенции, только риск приведения в исполнение за границей арбитражного решения, ошибочно отменённого властями в стране его происхождения, может предотвратить попытки местных органов власти поставить во главу угла интересы своих граждан»¹⁸³ и удержать стороны от недобросовестной практики аннулирования законных решений по месту проведения арбитража. Кроме того, возможность приведения решения в исполнение за границей, несмотря на его отмену, может подтолкнуть стороны «сконцентрировать усилия на попытках привести решение в исполнение... а не возобновлять арбитражное разбирательство по месту вынесения этого решения»¹⁸⁴, что уменьшит риск появления противоположных решений. Видится, что оптимальным решением для уравнивания интересов сторон и государств было бы разрешить судам в юрисдикции приведения в исполнение использовать обе возможности, предоставляемые статьёй VII(1): первую — не признавать решение иностранного суда об отмене, если оно вынесено в стране, последовательно демонстрирующей чрезмерную «враждебность по отношению к собственно процессу арбитража»¹⁸⁵, и вторую — не отказывать в признании законных и мотивированных определений об аннулировании арбитражных решений.

5. Заключение

Приведение в исполнение и признание отменённых решений иностранных арбитражных судов в соответствии с Конвенцией считается одним из наиболее сложных вопросов¹⁸⁶ в области МКА. Это связано с тем, что Конвенция всё же представляет собой «непростой компромиссный договор — неполный и неоднозначный»¹⁸⁷. Во-первых, у государств-участников есть право самостоятельно регулировать аннулирование арбитражных решений, что приводит к «неоднородности»¹⁸⁸ национальных законов, несмотря на попытку гармонизировать основания для отмены решений в статье 34 Типового закона¹⁸⁹. Во-вторых, положения Конвенции не могут служить достаточным руководством в вопросе взаимосвязи между отменой решения как основанием для неприведения его в исполнение согласно статье V(1)(e) и более мягкими положениями статьи VII(1)¹⁹⁰. В результате в настоящее время многие юрисдикции, приводящие решения в исполнение, «подвержены влиянию специфических положений своего национального законодательства»¹⁹¹. Разнообразие сложившихся судебных подходов в разных государствах наглядно демонстрирует, что такое положение дел может негативно сказаться на предсказуемости арбитража и суверенности воли сторон, которая считается «основополагающим принципом арбитража и его легитимности»¹⁹².

Представляется, что разработка и принятие новой редакции Конвенции может потребовать от законодателей значительных временных и профессиональных затрат¹⁹³, поскольку ориентиром, который должен вдохновлять арбитражное право в XXI веке, считается, ни много ни мало, «создание норм исполнения решений, которые признавались бы на международном уровне и гарантировали бы сторонам арбитражного разбиратель-

¹⁸⁶ См.: *Mayer U.C.* Op. cit.

¹⁸⁷ *Gharavi H.* The International Effectiveness of the Annulment of an Arbitral Award. The Hague ; New York : Kluwer Law International, 2002. P.59.

¹⁸⁸ *Ma W.* Op. cit.

¹⁸⁹ См.: *Gharavi H.* The International Effectiveness of the Annulment of an Arbitral Award. P.9.

¹⁹⁰ См.: *Davis K.* Op. cit.

¹⁹¹ *Paulsson J.* Towards Minimum Standards of Enforcement: Feasibility of a Model Law. P.580.

¹⁹² *Slater M.D.* Op. cit.

¹⁹³ См.: *Paulsson J.* Op. cit.

¹⁸² *Slater M.D.* Op. cit.

¹⁸³ *Mayer U.C.* Op. cit.

¹⁸⁴ *Gaillard E.* Op. cit.

¹⁸⁵ *Goode R.* The Role of the *Lex Loci Arbitri* in International Commercial Arbitration // *Arbitration International*. 2001. Vol.17. No. 1. P.19–40, 35.

ства соблюдение их фундаментальных прав на справедливое разбирательство, а также уважение к истинно международному правопорядку»¹⁹⁴. В отсутствие же такого стандартизированного закона не просто минимизировать риски как вынесения несправедливых арбитражных решений, так и противоправной их отмены¹⁹⁵. Также было бы одинаково нецелесообразным лишать суды в месте исполнения арбитражных решений права не поддерживать определения об отмене, вынесенные иностранными судами и вовсе не исполнять никакие судебные акты об аннулировании — каждый из этих подходов противоречил бы жёсткому правилу Конвенции¹⁹⁶ и мог бы «привести к формированию скептического отношения к международному коммерческому арбитражу в будущем»¹⁹⁷. Таким образом, мировому арбитражному сообществу следовало бы найти некий компромисс, при котором суды в местах исполнения арбитражных решений «тщательно изучали бы справедливость определения иностранного суда об аннулировании на основании, закреплённом в национальном законодательстве, или же на основании некорректного применения международных норм для отмены решения»¹⁹⁸. Это позволило бы универсализировать принципы Конвенции и уравновесить роли судов в местах проведения арбитража и исполнения третейских решений, что, в свою очередь, будет способствовать трансформации МКА в транснациональный институт, отвечающий нуждам и интересам «потребителей» международного арбитража¹⁹⁹.

Библиографическое описание:

Матвеева А. Исполнение отменённых решений иностранных арбитражных судов: долгожданное нововведение или путь к неопределённости? // Международное правосудие. 2016. № 3 (19). С. 18–36.

Enforcement of annulled foreign arbitral awards: welcome development or pathway to uncertainty?

Anna Matveeva

LL.M. (University of Edinburgh, Commercial Law), legal consultant at JSC “Western High-Speed Diamentr” (email: matveevaanka@gmail.com).

Abstract

One of the most debatable topics in the field of the development of international commercial arbitration is the legal status of the vacated foreign arbitral awards and the possibility of their enforcement abroad. This problem is relevant both when defining a common doctrinal approach, and while ensuring the uniformity of global judicial practice, including in case of international economic disputes. Nowadays the dispute between the members of international arbitration community as to the enforceability of foreign arbitral awards set aside in the country of origin is far from being settled. There are several key aspects, regarding which a consensus is so elusive. Firstly, it is a matter of interpretation of generally accepted international conventions, aimed at the proliferation of international commercial arbitration as the all-purpose, independent and effective way of dispute resolution, but also at protection of the interests of each participant to the arbitration process, regardless of the country where a foreign award is enforced by local courts. Secondly, it is a need to preserve a high degree of autonomy of the actors of international commercial arbitration from the requirements of the national law, the permissibility of coexistence several diametrically opposed decisions in the same case in different jurisdictions, and, finally, the finality and extraterritoriality of arbitral awards.

Keywords

international commercial arbitration; annulment of foreign arbitral decisions; enforcement of foreign arbitral decisions; The United Nations Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards of 1958; seat of arbitration.

Citation

Matveeva A. (2016) Ispolnenie otmennyykh resheniy inostrannykh arbitrazhnykh sudov: dolgozhdannoe novovvedenie ili put' k neopredelennosti? [Enforcement of annulled foreign arbitral awards: welcome development or pathway to uncertainty?]. *Mezhdunarodnoe pravosudie*, no. 3, pp. 18–36. (In Russian).

References

- Blackaby N., Partasides C., Redfern A., Hunter M. (2009) *Redfern and Hunter on International Arbitration*, 5th ed., Oxon; New York: Oxford University Press.
- Born G. (2009) *International Commercial Arbitration*, Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International.
- Carbonneau T. (2003) The Exercise of Contract Freedom in the Making of Arbitration Agreements. *Vanderbilt University Journal of Transnational Law*, vol. 36, no. 4, pp. 1189–1232.
- Chan R. Y. (1999) The Enforceability of Annulled Foreign Arbitral Awards in the United States: A Critique of *Chromalloy*. *Boston University International Law Journal*, vol. 17, no. 1, pp. 141–214.
- Davis K. (2002) Unconventional Wisdom: A New Look at Articles V and VII of the Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards. *Texas International Law Journal*, vol. 37, no. 1, pp. 43–87.
- Delaume G. R. (1997) Enforcement Against a Foreign State of an Arbitral Award Annulled in the Foreign State. *International Business Law Journal*, no. 2, pp. 253–254.

¹⁹⁴ Loquin E. Op. cit.

¹⁹⁵ См.: Ma W. Op. cit.

¹⁹⁶ См.: Chan R. Y. Op. cit.

¹⁹⁷ Wahl Ph. Op. cit.

¹⁹⁸ Koch Ch. Op. cit.

¹⁹⁹ См.: Gaillard E., Edelman J. Op. cit.

- Derains Y. (1978) Foreword. In: Glossner O., et al. *Hommage à Frédéric Eise-mann*, Paris: Chambre de commerce internationale.
- Dražoal Ch. (2000) Enforcing Vacated International Arbitral Awards: An Economic Approach. *American Review of International Arbitration*, vol. 11, no. 4, pp. 451–479.
- Freyer D. (2000) United States Recognition and Enforcement of Annulled Foreign Arbitral Awards: The Aftermath of the *Chromalloy* Case. *Journal of International Arbitration*, vol. 17, no. 2, pp. 1–9.
- Gadel'shina E. P. (2012) Problemy priznaniya otmenennykh resheniy mezhdunarodnykh arbitrazhnykh sudov: Delo *Ciments Francais* kak primer rossiyskoy sudebnoy praktiki [Problems of enforcement of vacated international arbitral decisions: The *Ciments Francais* case as an example of Russian court practice]. *Zakon*, no. 4, pp. 106–109. (In Russian).
- Gaillard E. (1999) Enforcement of Awards Set Aside in the Country of Origin: The French Experience. In: Van den Berg A. J. (ed.) *Improving the Efficiency of Arbitration Agreements and Awards: 40 Years of Application of the New York Convention*, The Hague; Boston: Kluwer Law International, pp. 505–527.
- Gaillard E., Savage J. (1999) *Fouchard Gaillard Goldman on International Arbitration*, The Hague; Boston: Kluwer Law International.
- Gaillard E., Edelstein J. (2000) *Baker Marine and Spier* Strike a Blow to the Enforceability in the United States of Awards Set Aside at the Seat. *International Arbitration Law Review*, vol. 3, no. 2, pp. 37–43.
- Gharavi H. (1996) Enforcing Set Aside Arbitral Awards: France's Controversial Steps Beyond the New York Convention. *Journal of Transnational Law & Policy*, vol. 6, no. 1, pp. 93–107.
- Glossner O. (1984) *Commercial Arbitration in the Federal Republic of Germany*, Deventer, The Netherlands: Boston: Kluwer Law and Taxation Publishers.
- Goode R. (2001) The Role of the *Lex Loci Arbitri* in International Commercial Arbitration. *Arbitration International*, vol. 17, no. 1, pp. 19–40.
- Hulbert R. W. (2009) When the Theory Doesn't Fit the Facts. *A Further Comment on Putrabali*. *Arbitration International*, vol. 25, no. 2, pp. 157–172.
- Kendra Th. (2012) The International Reach of Arbitral Awards Set Aside in Their Country of Origin: a Turning Point? *International Business Law Journal*, no. 1, pp. 35–52.
- Kitova E. *Yuristy otsenili reshenie suda Gaagi po delu YUKOSa* [Attorneys at last have estimated the decision of the Court of The Hague in the Yukos case]. Available at: <http://pravo.ru/news/view/128377/> (accessed: 12.07.2016). (In Russian).
- Koch Ch. (2009) The Enforcement of Awards Annulled in their Place of Origin – The French and U.S. Experience. *Journal of International Arbitration*, vol. 26, no. 2, pp. 267–292.
- Kudulich E. A. (2015) Transgranichnoe ispolnenie sudebnykh resheniy v Rossii: v plenu ustoyavshikhsya stereotipov ili postupatel'noe dvizhenie vpered? [Transborder execution of the decisions set aside: in the trap of stereotypes or an onward development?]. *Zakon*, no. 5, pp. 143–157. (In Russian).
- Kurochkin S. A. (2013) Narushenie publichnogo poryadka Rossiyskoy Federatsii kak osnovanie dlya otkaza v priznanii i privedenii v ispolnenie inostrannykh sudebnykh i arbitrazhnykh resheniy [Violation of public policy of the Russian Federation as a basis for refusing recognition and enforcement of foreign judgments and arbitral awards]. *Zakon*, no. 4, pp. 39–46. (In Russian).
- Lamm C. B. (2009) Comments on the Proposal to Amend the New York Convention. In: Van den Berg A. J. (ed.) *50 Years of the New York Convention: ICCA International Arbitration Conference*, Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International.
- Lastenouse P. (1999) Why Setting Aside an Arbitral Award is not Enough to Remove it from the International Scene. *Journal of International Arbitration*, vol. 16, no. 2, pp. 25–47.
- Litvinskiy D. (2014) Maksimov protiv NLMK: proigral v Rossii, vyigral vo Frantsii [Maximov v. NLMK: lost in Russia, won in France]. *Zakon.ru*, 15 April. Available at: https://zakon.ru/blog/2014/4/15/maksimov_protiv_nlmk_proigral_v_rossii_vyigral_vo_francii (accessed: 15.06.2016). (In Russian).
- Ma W. (2009) Harmonising Judicial Approaches to Determining the Enforceability of Foreign Annulled Awards. *Contemporary Asia Arbitration Journal*, vol. 2, no. 2, pp. 247–300.
- Mayer P. (2001) Revisiting *Hilmarton* and *Chromalloy*. In: Van den Berg A. J. (ed.) *International Arbitration and National Courts: The Never Ending Story*, The Hague; New York: Kluwer Law International, pp. 165–176.
- Mayer U. C. (1998) The Enforcement of Annulled Arbitral Awards: Towards a Uniform Judicial Interpretation of the New York Convention. *Uniform Law Review*, vol. 3, no. 2–3, pp. 583–599.
- Minina A. I. (2014) Mezhdunarodnyy kommercheskiy arbitrazh: peresmotr resheniy [International commercial arbitration: revision of decisions]. *Aktualnye problemy rossiyskogo prava*, no. 3, pp. 499–506. (In Russian).
- Neuhaus J. E. (2004–2005) Current Issues in the Enforcement of International Arbitral Awards. *University of Miami Inter-American Law Review*, vol. 36, no. 1, pp. 23–39.
- Ostrowski S., Shany Y. (1998) *Chromalloy*: United States Law and International Arbitration at the Crossroads. *New York University Law Review*, vol. 73, no. 5, pp. 1650–1693.
- Park W. (1999) Duty and Discretion in International Arbitration. *American Journal of International Law*, vol. 93, no. 4, pp. 805–823.
- Paulsson J. (1997) Rediscovering the N.Y. Convention: Further Reflections on *Chromalloy*. *Mealey's International Arbitration Report*, vol. 12, no. 4, pp. 20–29.
- Paulsson J. (1998) Enforcing Arbitral Awards Notwithstanding Local Standard Annulments. *Asia Pacific Law Review*, vol. 6, no. 2, pp. 1–28.
- Paulsson J. (1998) *May or Must* Under the New York Convention: An Exercise in Syntax and Linguistics. *Arbitration International*, vol. 14, no. 2, pp. 227–230.
- Paulsson J. (1999) Towards Minimum Standards of Enforcement: Feasibility of a Model Law. In: Van den Berg A. J. (ed.) *Improving the Efficiency of Arbitration Agreements and Awards: 40 Years of Application of the New York Convention*, The Hague; Boston: Kluwer Arbitration, pp. 574–582.
- Pavlova N. V. (2013) Ogovorka o publichnom poryadke kak sudebnyy eksklyuziv i predel vezhlivosti konkretnoy natsii: Kommentariy k Obzoru praktiki rassmotreniya arbitrazhnymi sudami del o primenenii ogovorki o publichnom poryadke [The public policy clause as a judicial exception and a limit of politeness of a particular nation: Commentary on the Review of practice of consideration by courts of arbitration cases on the application of the public policy clause]. *Vestnik Vysshego Arbitrazhnogo Suda Rossiyskoy Federatsii*, no. 7, pp. 162–173. (In Russian).
- Pinsolle Ph. (2008) The Status of vacated Awards in France: The Cour de Cassation Decision in *Putrabali*. *Arbitration International*, vol. 24, no. 2, pp. 277–296.
- Plekhanov V. V., Usoskin S. V. (2012) Avtonomiya mezhdunarodnogo kommercheskogo arbitrazha: k voprosu o koordinatsii mezhdru razlichnymi yurisdiksiyami v protsesse priznaniya i privedeniya v ispolnenie resheniy

- mezhdunarodnogo kommercheskogo arbitrazha [The autonomy of international commercial arbitration: the question of coordination between the various jurisdictions in the process of recognition and enforcement of international commercial arbitration decisions]. *Vestnik mezhdunarodnogo kommercheskogo arbitrazha*, no. 1, pp. 31–60. (In Russian).
- Polkinghorne M. (2008) Enforcement of Annulled Awards in France: Sting in the Tail. *International Construction Law Review*, vol. 25, no. 1, pp. 48–56.
- Poudret J., Besson S. (2007) *Comparative Law of International Arbitration*, London: Sweet&Maxwell.
- Ramaswamy P. (2002) Enforcement of Annulled Awards: An Indian Perspective. *Journal of International Arbitration*, vol. 19, no. 5, pp. 461–472.
- Reisman W. M. (1992) *Systems of Control in International Adjudication and Arbitration*, Durham: Duke University Press.
- Rivkin D. (1999) The Enforcement of Awards Nullified in the Country of Origin: The American Experience. In: Van den Berg A. J. (ed.) *Improving the Efficiency of Arbitration Agreements and Awards: 40 Years of Application of the New York Convention*, The Hague ; Boston: Kluwer Law International, pp. 528–543.
- Sachs K. (1999) The Enforcement of Awards Nullified in the Country of Origin: The German Perspective. In: Van den Berg A. J. (ed.) *Improving the Efficiency of Arbitration Agreements and Awards: 40 Years of Application of the New York Convention*, The Hague; Boston: Kluwer Law International, pp. 552–556.
- Sampliner G. H. (1996) Enforcement of Foreign Arbitral Awards After Annulment in Their Country of Origin. *Mealey's International Arbitration Report*, vol. 11, no. 9, pp. 22–34.
- Sampliner G. H. (1997) Enforcement of Nullified Foreign Arbitral Awards: Chromalloy Revisited. *Journal of International Arbitration*, vol. 14, no. 3, pp. 141–165.
- Sandrock O. (1998) Procedural Aspects of the New German Act. *Arbitration International*, vol. 14, no. 1, pp. 33–46.
- Schwartz E. A. (1997) A Comment on *Chromalloy*: Hilmarton, a l'americaine. *Journal of International Arbitration*, vol. 14, no. 2, pp. 125–135.
- Schwartz E. A. (1997) French Supreme Court Renders Final Judgment in the *Hilmarton* Case. *International Arbitration Law Review*, vol. 1, no. 1, pp. 45–47.
- Slater M. D. (2009) On Annulled Awards and the Death of *Chromalloy*. *Arbitration International*, vol. 25, no. 2, pp. 271–292.
- Smith E. (2002) Vacated Arbitral Awards: Recognition and Enforcement Outside the Country of Origin. *Boston University International Law Journal*, vol. 20, no. 2, pp. 355–392.
- Tkachev I. (2016) *Gaagskiy sud otmenil reshenie o vyplate \$50 mldr aktsioneram YKOSa* [The Court in Hague abolished the decision to compensate 50 bln USD to shareholders of YUKOS]. Available at: <http://www.rbc.ru/economics/20/04/2016/5716c58e9a79472cc55ecc0e?from=main> (accessed 21.06.2016). (In Russian).
- Tkachev I. (2016) *Pyat' voprosov o 50\$ mldr* [Five questions about 50\$ bln]. URL: <http://www.rbc.ru/newspaper/2016/04/21/571735729a79477c33cbea58> (accessed: 12.07.2016). (In Russian).
- Tweeddale A., Tweeddale K. (2007) *Arbitration of Commercial Disputes. International and English Law and Practice*, Oxford: Oxford University Press.
- Usoskin S. (2016) Rossiya dobilas' otmeny resheniy po delu YUKOSa svyazkoy udarov iz mezhdunarodnogo i natsional'nogo prava [Russia successfully managed to set aside the decision in Yukos case with a bunch of punches from international and national law]. Available at: http://zakon.ru/blog/2016/4/20/rossiya_dobilas_otmeny_reshenij_po_delu_yukosa_svyazkoj_udarov_iz_mezhdunarodnogo_i_natsionalnogo_pra?AspxAutoDetectCookieSupport=1 (accessed: 11.07.2016). (In Russian).
- Van den Berg A. J. (1981) *The New York Arbitration Convention of 1958: Towards a Uniform Judicial Interpretation*, Deventer, The Netherlands; Boston: Kluwer Law and Taxation.
- Van den Berg A. J. (1994) Annulment of Awards in International Arbitration. In: Lillich R. B., Brower Ch. N. (eds.) *International Arbitration in the 21st Century: Towards "Judicialization" and Uniformity?* Irvington, NY: Transnational Publishers, pp. 133–162.
- Van den Berg A. J. (1994) Court Decisions on the New York Convention 1958. *Yearbook Commercial Arbitration*, vol. XIX, pp. 467–849.
- Van den Berg A. J. (1998) Enforcement of Annulled Awards? *ICC International Court Arbitration Bulletin*, vol. 9, no. 2, pp. 15–21.
- Van den Berg A. J. (1999) Refusals of Enforcement under the New York Convention of 1958: The Unfortunate Few. *The ICC International Court of Arbitration Bulletin*, (Special Supp.), vol. 10, pp. 75–94.
- Van den Berg A. J. (2003) Set aside. *Yearbook Commercial Arbitration*, vol. XX-VIII, pp. 661–670.
- Van den Berg A. J. (2007) New York Convention of 1958: Refusals of Enforcement. *The ICC International Court of Arbitration Bulletin*, vol. 18, no. 2, pp. 15–49.
- Van den Berg A. J. (2008) The New York Convention of 1958: An Overview. In: Gaillard E., Di Pietro D. (eds.) *Enforcement of Arbitration Agreements and International Arbitral Awards: The New York Convention in Practice*, London: Cameron May, pp. 39–68.
- Van den Berg A. J. (2010) Enforcement of Arbitral Awards Annulled in Russia: Case Comment on Court of Appeal of Amsterdam, April 28, 2009. *Journal of International Arbitration*, vol. 27, no. 2, pp. 179–198.
- Van den Berg A. J. (2011) Enforcement of Arbitral Awards Annulled in Russia: Case Comment on Dutch Supreme Court of 25 June 2010. *Journal of International Arbitration*, vol. 28, no. 6, pp. 617–641.
- Wahl Ph. (1999) Enforcement of Foreign Arbitral Awards Set Aside in their Country of Origin: The *Chromalloy* Case Revisited. *Journal of International Arbitration*, vol. 16, no. 4, pp. 131–140.
- Weinacht F. (2002) Enforcement of Annulled Foreign Arbitral Awards in Germany. *Journal of International Arbitration*, vol. 19, no. 4, pp. 313–336.

Запрещённые профессии для женщин: новый повод для диалога Конституционного Суда России и Комитета ООН?

Дмитрий Бартенев*

В 2016 году Комитет ООН по ликвидации дискриминации в отношении женщин вынес решение (соображения) по первому делу против России (*Светлана Медведева против России*). Комитет ООН подверг критике список запрещённых профессий для женщин, несмотря на обоснование его существования необходимостью защиты женщин от вредных условий труда. В свете этого решения в статье обсуждается соотношение подходов Комитета ООН и Конституционного Суда Российской Федерации к пониманию дискриминации в отношении женщин. По мнению автора, толкование Конституционным Судом России антидискриминационных гарантий Конвенции о ликвидации всех форм дискриминации в отношении женщин не учитывает объект и цели данной конвенции, что приводит к обоснованию неверных выводов, основанных на патерналистском подходе к роли женщины в современном обществе. Несмотря на очевидное противоречие между позициями Конституционного Суда и Комитета ООН, обосновывается вывод о возможности реализации в российской правовой системе решения Комитета ООН посредством прогрессивного толкования Конституционным Судом конституционных гарантий равенства полов с учетом современных стандартов прав человека.

DOI: 10.21128/2226-2059-2016-3-37-47

→ *Комитет по ликвидации дискриминации в отношении женщин; равенство; дискриминация по признаку пола; право на труд*

1. Введение

Дискриминация женщин, как правило, означает формальное или фактическое неравенство, выражающееся в их менее благоприятном, по сравнению с мужчинами, положении. Случаи очевидной дискриминации редко становятся предметом судебной проверки, во всяком случае в российской практике, хотя они регулярно описываются правозащитными организациями¹. Однако гораздо более сложными являются ситуации, когда женщины сталкиваются с ограничениями, в основе которых лежит стремление оградить их от тягот «мужской» работы. Сама риторика

дискриминации, то есть оспаривание таких ограничений как неоправданной разницы в обращении, кажется в таких ситуациях неуместной, ибо речь идёт о защитных мерах во благо женщин.

Однако именно такой вопрос был впервые поставлен перед Комитетом ООН по ликвидации дискриминации в отношении женщин в жалобе, поданной против России. Заявительница в этом деле Светлана Медведева в 2005 году закончила речной техникум по специальности судоводителя в Самарской области, после чего устроилась в речное пассажирское предприятие матросом, а через несколько лет получила должность механика и первого штурмана. Когда в 2012 году она решила стать капитаном (мотористом-рулевым), предприятие сначала одобрило её кандидатуру, однако позднее ей было отказано в трудоустройстве, так как выбранная ею профессия входит в список запрещённых для женщин. Заявительница оспорила отказ в трудоустрой-

* Бартенев Дмитрий Геннадиевич — кандидат юридических наук, адвокат, преподаватель кафедры международного права Санкт-Петербургского государственного университета (e-mail: d.bartenev@spbu.ru).

¹ См.: Бацвин Н. Анализ судебной практики по делам, связанным с дискриминацией на работе // Трудовое право. 2013. № 4. С. 19–38.

ройстве в суде, добиваясь понуждения компании создать ей безопасные условия труда. Отказывая в удовлетворении её требований, суды ссылались на то, что установленное ограничение защищает саму заявительницу от вредного воздействия производственных факторов, при этом работодатель не обязан создавать безопасные условия труда каждый раз, когда на работу устраивается женщина.

Не согласившись с таким подходом, С. Медведева подала индивидуальную жалобу в Комитет ООН по ликвидации дискриминации в отношении женщин, который принял своё решение (соображения) 25 февраля 2016 года, поддержав все доводы заявительницы². Во-первых, Комитет указал, что законы, запрещающие приём на работу женщин на определённые должности, являются дискриминационными, и государства должны их отменить в соответствии с параграфами (d) и (f) статьи 2 Конвенции о ликвидации всех форм дискриминации в отношении женщин (*далее* — Конвенция)³. Во-вторых, нарушение Конвенции выразилось в отказе российских судов обеспечить эффективную защиту заявительницы от дискриминации в нарушение параграфа (c) и (e) статьи 2 Конвенции⁴. В-третьих, Комитет установил нарушение параграфов (b) и (c) пункта 1 статьи 11 Конвенции, поскольку заявительница не могла реализовать своё право на труд в соответствии с полученным образованием, так как работа в качестве моториста-рулевого автоматически предполагает вредные условия труда⁵. Тем самым она лишается равных с мужчинами возможностей доступа к поиску работы. Несмотря на установленную в постановлении Правительства России⁶ возможность принять на работу женщину, если рабочее место будет аттестовано как безопасное, фактически имеет место абсолютный запрет, по-

скольку создание безопасных условий труда зависит от усмотрения работодателя.

Наконец, относительно нарушения пункта (f) статьи 11 Конвенции Комитет отверг утверждение российских властей о том, что запрет на приём на работу женщин объективно обусловлен особенностями женского организма и необходимостью их защиты, поскольку, по общему правилу, государство должно обеспечить безопасные условия труда во всех отраслях, а не запрещать женщинам поступать на работу на определённые должности⁷.

Дело это представляет особый интерес не только потому, что затрагивает новые аспекты понятия дискриминации, но и потому, что вновь возвращает нас к дискуссии о различном толковании прав человека в практике международных органов и российского Конституционного Суда.

2. История вопроса

Запрет на привлечение женщин к вредным и тяжёлым видам работ существует ещё с советских времён, однако формулировка такого запрета претерпела существенные изменения. Так, статья 12 Кодекса законов о труде 1918 года прямо предусматривала, что все лица женского пола не имеют права на применение своего труда в ночное время или в отраслях особо тяжких или опасных для здоровья, список которых должен был ежегодно утверждаться⁸. Однако право на труд, гарантированное данным кодексом, фактически формулировалось как обязанность, поскольку им устанавливалась трудовая повинность для всех лиц, включая женщин (ст. 1), поэтому запрет на применение труда женщин означал освобождение от обязанности трудиться. Кодекс Законов о Труде РСФСР. 1922 года уже не использовал терминологию ограничения индивидуального права женщины на труд и устанавливал запрет на применение труда женщин в особо тяжёлых и вредных для здоровья производствах и подземных работах, а также в ночное время⁹. Такой запрет адресован, прежде всего, работодателю. При этом

² См.: Committee on the Elimination of Discrimination against Women. *Svetlana Medvedeva v. Russia*. Communication no. 60/2013, Views of 25 February 2016. UN Doc. CEDAW/C/63/D/60/2013 (*далее* — *Svetlana Medvedeva v. Russia*).

³ См.: Ibid. Para. 11.3.

⁴ См.: Ibid. Para. 11.4.

⁵ См.: Ibid. Para. 11.5.

⁶ См.: Постановление Правительства РФ от 25 февраля 2000 года № 162 «Об утверждении перечня тяжёлых работ и работ с вредными или опасными условиями труда, при выполнении которых запрещается применение труда женщин» // Собрание законодательства Российской Федерации. 2000. № 10. Ст. 1130.

⁷ См.: *Svetlana Medvedeva v. Russia*. Para. 11.7.

⁸ Кодекс законов о труде (принят ВЦИК) // Собрание узаконений РСФСР. 1918. № 87–88. Ст. 905.

⁹ Кодекс Законов о Труде РСФСР. (ст. 129 и 130) // Собрание узаконений РСФСР. 1922. № 70. Ст. 903.

Народному Комиссариату Труда, по соглашению с Всероссийским Центральным Советом Профессиональных Союзов, предоставлялось право разрешать производство ночных работ взрослым женщинам в тех отраслях производства, где это «вызывается особой необходимостью», однако «безусловно не допускается ночная и сверхурочная работа беременных и кормящих грудью». Впоследствии аналогичные нормы были установлены в Кодексе законов о труде РСФСР 1971 года. В Основах законодательства Российской Федерации об охране труда 1993 года была предпринята попытка сузить сферу действия ограничения на применение труда женщин на тяжёлых работах и работах с вредными или опасными условиями труда путём указания на то, что этот запрет касается только женщин «детородного возраста»¹⁰. Однако Федеральный закон от 17 июля 1999 года № 181-ФЗ «Об основах охраны труда в Российской Федерации» уже не использовал такого ограничения и устанавливал общий запрет на использование труда женщин на тяжёлых работах и работах с вредными или опасными условиями труда (ст. 10)¹¹.

В соответствии со статьёй 253 действующего Трудового кодекса РФ применение труда женщин на работах с вредными и (или) опасными условиями труда, а также на подземных работах не запрещается, а ограничивается. При этом такое ограничение не касается «нефизических работ или работ по санитарному и бытовому обслуживанию». В то же время абзац второй указанной статьи устанавливает запрет применения труда женщин на работах, связанных с подъёмом и перемещением вручную тяжестей, превышающих предельно допустимые для них нормы¹². Перечень производств, работ и должностей, на которых ограничивается, то есть фактически запрещается, применение труда женщин, утверждён постановлением Правитель-

ства РФ от 25 февраля 2000 года № 162. В этом перечне содержатся 456 профессий в 38 промышленных отраслях. Однако в этом постановлении сказано, что работодатель может принять решение об использовании труда женщин на запрещённых должностях, если им обеспечены безопасные рабочие условия, что должно быть подтверждено аттестацией рабочих мест¹³.

Попытки оспорить установленный в статье 253 Трудового кодекса РФ запрет предпринимались дважды. В 2009 году Анна Клевцев, которой было отказано в зачислении на курсы по обучению на помощника машиниста поезда метрополитена, обжаловала соответствующий пункт постановления Правительства РФ от 25 февраля 2000 года № 162 в Верховный Суд РФ. Отказав в удовлетворении требований, Верховный Суд РФ указал, что такой запрет обусловлен «особенностями женского организма» и преследует цель создания условий для обеспечения «фактического равноправия женщин с мужчинами» введением «специальных правил охраны труда женщин, льгот и дополнительных гарантий их трудовых прав»¹⁴. При этом Верховный Суд отверг аргумент о дискриминационном характере запрета, поскольку он вызван «заботой государства о женщинах, нуждающихся в повышенной по сравнению с мужчинами социальной и правовой защите». В обоснование своего вывода Верховный Суд РФ сослался на положения Конвенции № 111 МОТ «Относительно дискриминации в области труда и занятий» от 25 июня 1958 года, которая не относит к дискриминации всякое различие, исключение или предпочтение, основанные на специфических требованиях, связанных с определённой работой, а также на положения Декларации ООН «О ликвидации дискриминации в отношении женщин» от 7 ноября 1967 года, согласно которой меры, принятые для защиты женщин на определённых

¹⁰ Основы законодательства Российской Федерации об охране труда, утв. ВС РФ 6 августа 1993 года № 5600-1 (ст. 6) // Российская газета. № 168. 1993. 1 сентября.

¹¹ Федеральный закон от 17 июля 1999 года № 181-ФЗ (ред. от 9 мая 2005 года, с изм. от 26 декабря 2005 года) «Об основах охраны труда в Российской Федерации» (утратил силу) // Российская газета. № 143. 1999. 24 июля.

¹² Трудовой кодекс Российской Федерации от 30 декабря 2001 года № 197-ФЗ (ред. от 3 июля 2016 года) // Собрание законодательства Российской Федерации. 2002. № 1 (ч. 1). Ст. 3.

¹³ В обозначенном деле *С. Медведевой* предприятие провело такую аттестацию дважды, в 2010 и 2012 годах. Аттестация подтвердила, что рабочее место моториста-рулевого не соответствует санитарно-гигиеническим нормативам по уровню шума.

¹⁴ Решение Верховного Суда РФ от 2 марта 2009 года № ГКПИ09-36 «Об отказе в удовлетворении заявления о признании недействующим в части пункта 374 раздела XXX Перечня тяжёлых работ и работ с вредными или опасными условиями труда, при выполнении которых запрещается применение труда женщин, утв. Постановлением Правительства РФ от 25 февраля 2000 года № 162» // СПС «КонсультантПлюс».

ных видах работы с учётом физиологических особенностей их организма, не должны считаться дискриминационными (п. 3 ст. 10).

В последующем А. Клевец обратилась с жалобой в Конституционный Суд РФ, оспаривая конституционность статьи 253 Трудового кодекса РФ. Отказавшись признать дискриминационный характер установленного в этой статье запрета, Конституционный Суд в целом повторил логику аргументации Верховного Суда РФ, основанную на идее о защите женщин от «вредных» профессий¹⁵. Конституционный Суд объяснил это тем, что реализация принципа юридического равенства не может осуществляться без учёта общепризнанной социальной роли женщины в продолжении рода, что обязывает государство устанавливать дополнительные гарантии для женщин, в том числе в сфере трудовых отношений, направленные на охрану материнства. При этом психофизиологические особенности организма работающих приняты во внимание при установлении определённых ограничений для применения труда женщин, введённых в связи с необходимостью их особой защиты от вредных производственных факторов, негативно воздействующих на женский организм, прежде всего на репродуктивную функцию.

3. Соотношение правовых позиций Комитета ООН и Конституционного Суда РФ

Комитет по ликвидации дискриминации в отношении женщин согласился с заявительницей С. Медведевой по всем пунктам и, в отличие от Конституционного Суда в деле А. Клевец, признал ограничение на приём на работу женщин прямой дискриминацией по признаку пола. Дdiamетрально противоположные выводы членов Комитета ООН и судей Конституционного Суда обусловлены различными подходами к анализу утверждений о дискриминации, которые рассматриваются ниже.

¹⁵ См.: Определение Конституционного Суда РФ от 22 марта 2012 года № 617-О-О об отказе в принятии к рассмотрению жалобы гражданки Клевец Анны Юрьевны на нарушение её конституционных прав частями первой и третьей статьи 253 Трудового кодекса Российской Федерации и пунктом 374 раздела XXX Перечня тяжёлых работ и работ с вредными или опасными условиями труда, при выполнении которых запрещается применение труда женщин // СПС «КонсультантПлюс».

3.1. Допустимость ограничения прав женщин согласно Конвенции о ликвидации всех форм дискриминации в отношении женщин

Принципиально различный подход Конституционного Суда РФ и Комитета ООН к анализу ключевого аргумента о дискриминации по признаку пола показывает, насколько неочевидным является толкование одних и тех же положений международных норм о правах человека при кажущейся их ясности.

В своём определении по делу А. Клевец Конституционный Суд РФ не использует терминологию ограничения индивидуального права на труд, а говорит об ограничении использования труда женщин. Такое ограничение адресовано не самим работницам или соискательницам работы, а работодателям, однако становится запретом именно для женщин, о чём судьи предпочитают не говорить. Основываясь на таком подходе, Конституционный Суд далее обращается к антидискриминационным гарантиям Конвенции о ликвидации всех форм дискриминации в отношении женщин, подтверждая, что она провозглашает принцип юридического равенства полов, так же как и часть 3 статьи 19 Конституции России. Вместе с тем, по мнению Конституционного Суда, принцип юридического равенства не является абсолютным, поскольку в соответствии с пунктом 2 статьи 4 Конвенции принятие государствами-участниками «специальных мер, направленных на охрану материнства»¹⁶ не считается дискриминационным. Логическое толкование определения Конституционного Суда приводит к выводу, что такие меры могут выражаться в запрете доступа женщин к определённым профессиям.

Общим правилом толкования международного договора в соответствии со статьёй 31 Венской конвенции о праве международных договоров является толкование договора добросовестно в соответствии с обычным значением, которое следует придавать терминам договора в их контексте, а также в свете объекта и целей договора. Хотя понимание статьи 4 Конвенции о ликвидации всех форм дискриминации в отношении женщин Кон-

¹⁶ Конвенция о ликвидации всех форм дискриминации в отношении женщин. Принята резолюцией 34/180 Генеральной Ассамблеи от 18 декабря 1979 года. URL: http://www.un.org/ru/documents/decl_conv/conventions/cedaw.shtml (дата обращения: 02.08.2016).

ституционным Судом как санкционирующее ограничение женщин в праве на труд может на первый взгляд показаться верным, обращение к объекту и цели Конвенции демонстрирует ошибочность подобного толкования. Цель Конвенции состоит в том, чтобы гарантировать женщинам «осуществление и пользование правами человека и основными свободами на основе равенства с мужчинами» (ст. 3)¹⁷. В духе данной цели ни одна из статей Конвенции не говорит о возможности какого-либо ограничения прав женщин или предоставления какой-либо защиты женщине против её собственной воли. Соответственно, объектом Конвенции являются различные законодательные и практические меры, призванные гарантировать формальное и фактическое равенство женщин.

В отличие от Конституционного Суда РФ, Комитет ООН не обращается к статье 4 Конвенции, тем самым соглашаясь с заявительницей в том, что эта статья не может служить оправданием для ограничения права женщины на доступ к профессии и тем самым поощрять разницу в обращении по признаку пола.

Действительно, государства могут принимать специальные меры, направленные на охрану материнства, однако такие меры должны способствовать доступу женщин на рынок труда для преодоления фактического неравенства, а не исключать возможности трудоустройства для женщин. Например, речь может идти о праве на сокращённый рабочий день, обязанности работодателя соблюдать гендерный баланс при заполнении рабочих мест и прочем. При этом, как указывал Европейский Суд по правам человека в делах о доступе мужчин к социальным мерам, предоставляемым женщинам, так называемые «позитивные дискриминационные меры» должны быть пропорциональны цели коррективной, компенсации или смягчения длящихся последствий страданий, перенесённых исторически ущемлённой группой, такой как женщины¹⁸. Такого же толкования статьи 4 Конвенции о ликвидации всех форм дискриминации в отношении женщин придержива-

ется и Комитет по ликвидации дискриминации в отношении женщин¹⁹.

В связи с этим для констатации дискриминации не имеет значения тот факт, что ограничение на доступ женщин к определённым профессиям преследовало цель защитить женщин от неблагоприятных производственных факторов и не имело намерения поразить их в правах по сравнению с мужчинами. Дискриминационное отношение может иметь место и в отсутствие соответствующего умысла, когда, тем не менее, в результате такой меры женщины подвергаются менее благоприятному обращению, чем мужчины²⁰.

3.2. Оправдание разницы в обращении особой социальной ролью женщины

Запрет, установленный в статье 253 Трудового кодекса РФ, имеет легитимную цель защитить здоровье женщины от воздействия вредных факторов, в том числе с учётом их возможного негативного влияния на репродуктивную функцию женского организма. Хотя Конституционный Суд РФ прямо не говорит об этом, но с его точки зрения такая цель очевидно перевешивает индивидуальные интересы женщины, претендующей на работу в равных с мужчинами условиях. В своём решении Комитет ООН, не отвергая значимость цели охраны женского здоровья, объясняет, почему такой «принудительной» защите женщины нет места в системе конвенционных гарантий.

Статья 2 Конвенции о ликвидации всех форм дискриминации в отношении женщин закрепляет обязательство воздерживаться от любых дискриминационных актов и отменить существующие дискриминационные законы²¹. По мнению Комитета, установленное

¹⁷ Конвенция о ликвидации всех форм дискриминации в отношении женщин.

¹⁸ См.: European Court of Human Rights (*далее* – ECtHR). *Runke and White v. the United Kingdom*. Applications nos. 42949/98, 53134/99. Judgment of 10 May 2007. Paras. 37, 40–43.

¹⁹ См.: Комитет по ликвидации дискриминации в отношении женщин. Общая рекомендация № 25 по пункту 1 статьи 4 Конвенции о ликвидации всех форм дискриминации в отношении женщин о временных специальных мерах. Принята на 30-й сессии (2004). URL: [http://www.un.org/womenwatch/daw/cedaw/recommendations/General%20recommendation%2025%20\(Russian\).pdf](http://www.un.org/womenwatch/daw/cedaw/recommendations/General%20recommendation%2025%20(Russian).pdf) (дата обращения: 02.08.2016).

²⁰ См.: ECtHR. *D.H. and Others v. Czech Republic* [GC]. Application no. 57325/00. Judgment of 13 November 2007. Para. 184.

²¹ См. подробнее: Комитет по ликвидации дискриминации в отношении женщин. Общая рекомендация № 28, касающаяся основных обязательств государств-участников по статье 2 Конвенции о ликвидации всех форм дискриминации в отношении женщин. Принята на 47-й сессии (2010). Док. ООН CEDAW/C/GC/28, 16 декабря 2010 года. URL: [http://www.un.org/womenwatch/daw/cedaw/recommendations/General%20recommendation%2028\(Russian\).pdf](http://www.un.org/womenwatch/daw/cedaw/recommendations/General%20recommendation%2028(Russian).pdf)

в статье 253 Трудового кодекса РФ ограничение отражает «существующие стереотипы относительно роли и обязанностей женщин и мужчин в семье и в обществе и в результате поддерживает традиционное представление о роли женщины как матери и жены, уменьшая тем самым социальный статус женщины и её образовательные и карьерные перспективы»²².

Хотя Комитет ООН недвусмысленно указал на несоответствие Конвенции запрета на трудоустройство заявительницы в качестве капитана речного судна, остаётся открытым вопрос о том, может ли в принципе быть оправдано ограничение на доступ к профессиям для женщин по причине вредного влияния производственных факторов на их репродуктивную функцию. Ограничение на работу имеет целью оградить репродуктивное здоровье женщины от воздействия вредных производственных факторов (в данном случае от повышенного уровня шума), что было принято во внимание Конституционным Судом РФ, однако Комитет отметил, что ему не было представлено каких-либо научных доказательств того, что включение профессии моториста-рулевого в перечень запрещённых профессий основано на научных данных о негативном влиянии шума на женский организм²³. В любом случае, как указал Комитет ООН, законы должны в «равной мере защищать право мужчин и женщин на безопасные условия труда, учитывая при этом специальные риски для их здоровья»²⁴. Тем самым Комитет ООН фактически отверг возможность оправдания подобных ограничений даже научно подтверждёнными данными.

Идеология защиты прав уязвимых групп нередко используется для оправдания ограничений прав человека в «лучших интересах» таких людей, в частности посредством защиты индивида от собственных «неразумных» действий. В рамках такой идеологии то, что в наилучшей степени отвечает интересам отдельного человека, определяется некими

общими представлениями об общественных ценностях, как в случае с ограничением права на труд с «вредными» условиями, или представлениями другого человека, который наделён правом принимать решения вместо самого индивида, что имеет место в случае ограничения дееспособности. Такой патерналистской идеологии защиты вряд ли есть место в современном международном праве прав человека. В частности, первым принципом Конвенции о правах инвалидов называется уважение личной самостоятельности и независимости человека, включая свободу делать свой собственный выбор²⁵. Конвенция о ликвидации всех форм дискриминации в отношении женщин прямо не называет уважение свободного волеизъявления в качестве ключевого принципа, однако говорит о праве женщины на *свободный* выбор профессии или рода работ²⁶.

В деле *Константина Маркина* Конституционный Суд РФ объяснил «особой, связанной с материнством» социальной ролью женщины в обществе объективную необходимость предоставления отпуска по уходу за ребёнком военнослужащим-женщинам, но не мужчинам, в связи с чем отказался признать такую разницу в обращении дискриминацией²⁷. С таким объяснением не согласился Европейский Суд по правам человека, указав, что достижение гендерного равенства в настоящее время является главной целью государств — участников Совета Европы, в связи с чем только «особо важные причины» могут послужить тому, чтобы различие в обращении могло считаться совместимым с Конвенцией о защите прав человека и основных свобод²⁸. В обоснование такого вывода

refworld.org.ru/publisher.CEDAW.GENERAL.,52d922f84,0.html (дата обращения: 02.08.2016).

²² Ранее Комитет по ликвидации дискриминации в отношении женщин подверг критике подобные ограничения в своих заключительных замечаниях по восьмому периодическому докладу Российской Федерации. См.: UN Doc. CEDAW/C/RUS/CO/8, 21 December 2015, Paras. 33–34.

²³ См.: *Svetlana Medvedeva v. Russia*. Para. 11.3.

²⁴ См.: *Ibid*.

²⁵ Конвенция о правах инвалидов. Принята резолюцией 61/106 Генеральной Ассамблеи от 13 декабря 2006 года. Ст. 3. URL: http://www.un.org/ru/documents/decl_conv/conventions/disability.shtml (дата обращения: 02.08.2016).

²⁶ Конвенция о ликвидации всех форм дискриминации в отношении женщин. Ст. 11(1)(с).

²⁷ См.: Определение Конституционного Суда РФ от 15 января 2009 года № 187-О-О об отказе в принятии к рассмотрению жалоб гражданина Маркина Константина Александровича на нарушение его конституционных прав положениями статей 13 и 15 Федерального закона «О государственных пособиях гражданам, имеющим детей», статей 10 и 11 Федерального закона «О статусе военнослужащих», статьи 32 Положения о порядке прохождения военной службы и пунктов 35 и 44 Положения о назначении и выплате государственных пособий гражданам, имеющим детей // СПС «КонсультантПлюс».

²⁸ См.: ECtHR. *Konstantin Markin v. Russia* [GC]. Application no. 30078/06. Judgment of 22 March 2012. Para. 127.

Европейский Суд сослался на положение Конвенции о ликвидации всех форм дискриминации в отношении женщин, которая требует от государств изменить «социальные и культурные модели поведения мужчин и женщин с целью достижения искоренения предрассудков и упразднения обычаев и всей прочей практики, которые основаны на идее неполноценности или превосходства одного из полов или стереотипности роли мужчин и женщин». В итоге Европейский Суд пришёл к выводу, что ссылки на традиции, общие правила или преобладающее общественное мнение в отдельной стране являются недостаточными для оправдания различия в обращении по признаку пола, поскольку государствам запрещено поощрять традиции, которые отводят мужчинам главенствующую, а женщине второстепенную роль в семье²⁹.

3.3. Позитивные обязательства государства по обеспечению безопасных условий труда для женщин

Одним из аргументов Конституционного Суда РФ в деле *А. Клевец*, а равно и российских властей в ходе рассмотрения жалобы С. Медведевой в Комитете ООН являлось то, что установленный в статье 253 Трудового кодекса РФ запрет на трудоустройство женщин в действительности не является абсолютным, поскольку, согласно примечанию к постановлению Правительства РФ от 25 февраля 2000 года № 162, в случае обеспечения работодателем безопасных рабочих условий он может принять решение об использовании труда женщин на «запрещённых» должностях.

Отстаивая своё право работать мотористом-рулевым, С. Медведева требовала от пассажирского предприятия создания таких безопасных условий труда, в чём ей было отказано, а суды, рассматривавшие это дело, указали, что у работодателя нет подобной обязанности. В деле *А. Клевец* в Конституционном Суде вопрос о наличии у работодателя обязанности обеспечить безопасные условия труда как гарантии равного доступа женщин к «мужским» профессиям напрямую не ставился, тогда как в деле в Комитете ООН это был один из ключевых вопросов.

Согласно статье 11 Конвенции о ликвидации всех форм дискриминации в отношении женщин, государства-участники принимают все «соответствующие меры для ликвидации дискриминации в отношении женщин в области занятости», с тем чтобы обеспечить женщинам равные права с мужчинами. В частности, это включает в себя право на одинаковые возможности при найме на работу, в том числе применение одинаковых критериев отбора при найме³⁰, право на свободный выбор профессии или рода работы, на продвижение в должности и гарантию занятости³¹, а также право на охрану здоровья и безопасные условия труда, в том числе по сохранению функции продолжения рода³². Комитету ООН предстояло ответить на вопрос о том, каков объём обязательств государств с учётом этих положений Конвенции, в частности, должны ли государства требовать создания безопасных условий труда от работодателей — частных лиц.

В своём решении Комитет подчеркнул тот факт, что образование заявительницы в любом случае предполагало работу в опасных, с точки зрения санитарных правил, условиях труда, в связи с чем она была фактически лишена возможности работать по специальности судоводителя, полученной в колледже³³. При этом создание безопасных условий труда для женщин не является обязанностью работодателя, а целиком зависит от его доброй воли. По мнению Комитета, это является дискриминацией, так как Конвенция требует от государств создания безопасных условий труда в равной степени для мужчин и для женщин, а не ограничения занятости женщин в определённых областях.

При этом Комитет ООН принял во внимание тот факт, что в российском законодательстве нет специального ограничения для работы в небезопасных условиях труда для мужчин, даже если известны риски для их репродуктивного здоровья³⁴.

³⁰ Конвенция о ликвидации всех форм дискриминации в отношении женщин. Статья 11(1)(b).

³¹ Там же. Статья 11(1)(c).

³² Там же. Статья 11(1)(f).

³³ См.: *Svetlana Medvedeva v. Russia*. Para. 11.5.

³⁴ См.: Гигиеническая оценка вредных производственных факторов и производственных процессов, опасных для репродуктивного здоровья человека. Методические рекомендации № 11-8/240-09, утв. Минздравом РФ 12 июля 2002 года // СПС «КонсультантПлюс».

²⁹ См.: Ibid.

Тем не менее решение Комитета ООН не отвечает на вопрос о том, каков объём обязательств государств в отношении поведения частных лиц, ведь в ситуации заявительницы создание безопасного рабочего места требует финансового решения самой компании-работодателя. Согласно параграфу (е) статьи 2 Конвенции, государства-участники обязуются принимать все соответствующие меры для ликвидации дискриминации в отношении женщин со стороны какого-либо «лица, организации или предприятия». В своих решениях и заключительных замечаниях Комитет по ликвидации дискриминации в отношении женщин неоднократно подтверждал, что Конвенция налагает на государство обязательство создать систему юридической защиты от злоупотреблений со стороны частных лиц³⁵. Должно ли государство при этом требовать принятия позитивных мер для преодоления дискриминации за счёт средств частных лиц, решение Комитета ООН не объясняет. Однако если обратиться к иным международным инструментам, в частности к Конвенции ООН о правах инвалидов, то такие меры не исключаются, но ограничиваются требованием о «разумном приспособлении», то есть о «внесении, когда это нужно в конкретном случае, необходимых и подходящих модификаций и коррективов, не становящихся несоизмерным или неоправданным бременем, в целях обеспечения реализации или осуществления инвалидами наравне с другими всех прав человека и основных свобод»³⁶. Возможно, такая же логика может быть использована и в случае антидискриминационных мер для достижения фактического равноправия женщин³⁷. Разумным приспособлением

может стать не только модернизация оборудования, но и разработка определённого графика с целью минимизации вредного воздействия шума мотора на организм женщины или применение средств индивидуальной защиты. В любом случае, у государства всегда остаётся возможность отменить соответствующие запреты.

4. Эффективная защита от дискриминации

Конвенция о ликвидации всех форм дискриминации в отношении женщин требует от государств-участников не только выполнения ряда конкретных мер по преодолению дискриминации в отношении женщин, но и устанавливает общее обязательство обеспечить эффективную судебную защиту от дискриминации. В деле *Светланы Медведевой* Комитет установил нарушение пунктов (с) и (е) статьи 2 Конвенции о ликвидации всех форм дискриминации в отношении женщин, поскольку российские суды отказались рассматривать утверждение заявительницы о её дискриминации и отказались обязать частную компанию создать необходимые условия труда. По мнению Комитета, это фактически означало оправдание судами дискриминации заявительницы со стороны компании и отказ в обеспечении эффективной защиты от дискриминации³⁸.

Вопрос об эффективности российской судебной системы в отношении защиты от дискриминации подробно рассматривался и в практике Европейского Суда по правам человека. В связи с этим Суд указал, что в рамках своих обязательств по статье 14 Конвенции о защите прав человека и основных свобод государства должны не только воздерживаться от установления необоснованных ограничений, но и надлежащим образом реагировать на такие ограничения со стороны частных лиц. Так, в деле *«Даниленков и другие (Danilenkov and Others) против России»*, которое касалось различных мер, принятых администрацией частной компании (закрытого акционерного общества «Морской торговый порт Калининград») с целью

³⁵ См.: Комитет по ликвидации дискриминации в отношении женщин. Общая рекомендация № 19 (Насилие в отношении женщин), § 9. URL: http://www.un.org/ru/documents/decl_conv/conventions/cedaw_handbook/cedaw_rec19.pdf (дата обращения: 02.08.2016); Общая рекомендация № 28, § 19; Committee on the Elimination of Discrimination against Women. *Alyne da Silva Pimentel v. Brazil*, Communication No. 17/2008, Views of 27 September 2011, UN Doc. CEDAW/C/49/D/17/2008, Para. 7.5; *Vertido v. The Philippines*, Communication No. 18/2008, Views of 16 July 2010, Para. 8.4; *Şahide Goekce v. Austria*, Communication No. 5/2005, Views of 6 August 2007, Para. 12.1.4; *Fatma Yildirim v. Austria*, Communication No. 6/2005, Views of 6 August 2007, Paras. 12.1.2, 12.1.5.

³⁶ Конвенция о правах инвалидов. Статья 2.

³⁷ См.: *Waddington L., Hendriks A.* The Expanding Concept of Employment Discrimination in Europe: From Direct and Indirect Discrimination to Reasonable Accommodation Discrimina-

tion // *The Industrial Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations*. Vol. 18. 2002. No. 4. P. 403–427.

³⁸ См.: *Svetlana Medvedeva v. Russia*. Para. 11.4.

понуждения заявителей к отказу от своего членства в профсоюзной организации, Суд пришёл к выводу о нарушении статьи 14 в сочетании со статьёй 11 в связи с отказом судов рассмотреть утверждения заявителей о дискриминации по признаку членства в профсоюзе и обеспечить надлежащую судебную защиту в связи с этим (нарушение позитивного обязательства)³⁹. Суд подчеркнул, что лица, пострадавшие от дискриминации, должны иметь возможность обжаловать подобное отношение и реализовать право на обращение в суд с целью возмещения ущерба и использования других средств защиты. Следовательно, государства обязаны создать судебную систему, которая обеспечит реальную и эффективную защиту от дискриминации по признаку членства в профсоюзе⁴⁰.

5. Правовые последствия решения Комитета в свете позиций Конституционного Суда РФ

В своём решении Комитет потребовал от российских властей предоставить заявительнице необходимую компенсацию, а также обеспечить содействие заявительнице в доступе к работе согласно её квалификации. Помимо исправления индивидуальной ситуации заявительницы, Комитет указал также общие меры, которые должны быть приняты российскими властями. В частности, речь идёт о необходимости пересмотра статьи 253 Трудового кодекса и периодической корректировке списка запрещённых профессий и отраслей, установленных постановлением Правительства № 162, с тем чтобы такие исключения, применяемые только к женщинам, были строго ограничены мерами, которые направлены на охрану материнства в строгом смысле этого слова, а также мерами, которые предоставляют особые условия для беременных женщин и кормящих матерей и не препятствуют доступу женщин к занятости и их вознаграждению на основе гендерных стереотипов. После сокращения перечня запрещённых профессий государство должно поощрять и облегчать доступ женщин к ранее запрещённым работам посредством

улучшения условий труда и принятия соответствующих временных специальных мер для поощрения такого доступа. Позицию Комитета ООН можно истолковать как обращённое к государству требование о прогрессивной реализации антидискриминационного положения трудового законодательства применительно к установлению общих ограничений для использования труда женщин в определённых отраслях и только там, где это обусловлено объективно установленным риском серьёзного и неизбежного вреда для здоровья женщины. Однако требование об отмене запрета на доступ к тем работам, где такой риск не является очевидным и серьёзным, должно рассматриваться как обязательство, требующее немедленной реализации. Последнее касается также ситуаций, в которых доступ к профессии представляется более значимым интересом в индивидуальной ситуации женщины, претендующей на получение соответствующей работы, чем защита её репродуктивной функции, например как в ситуации заявительницы С. Медведевой, имеющей двоих детей и стремящейся получить повышение по службе⁴¹.

Вопрос о возможности пересмотра решений российских судов на основе соображений Комитета, по аналогии с постановлениями Европейского Суда по правам человека или Конституционного Суда РФ, напрямую не урегулирован. Применительно к соображениям Комитета по правам человека Конституционный Суд РФ ранее указал на возможность такого пересмотра с учётом необходимости добросовестного и ответственного выполнения соображений Комитета в рамках добровольно принятых на себя Россией международно-правовых обязательств⁴².

Однако реализация соображений Комитета ООН по делу С. Медведевой осложняется тем, что позиция международного органа входит в противоречие с позицией Конституционного Суда РФ по этому же вопросу.

Вопрос о соотношении позиций контрольных органов ООН по правам человека уже не

⁴¹ Svetlana Medvedeva v. Russia. Para. 11.5.

⁴² См.: Определение Конституционного Суда РФ от 28 июня 2012 года № 1248-О по жалобе гражданина Хорошенко Андрея Анатольевича на нарушение его конституционных прав пунктом 5 статьи 403, частью четвертой статьи 413 и частями первой и пятой статьи 415 Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации // Вестник Конституционного Суда Российской Федерации. 2013. № 1.

³⁹ ECtHR. *Danilenkov and Others v. Russia*. Application no. 67336/01. Judgment of 30 July 2009.

⁴⁰ См.: Ibid. Para. 124.

в первый раз возникает в практике Конституционного Суда РФ. Так, в Постановлении от 23 сентября 2014 года Конституционный Суд РФ отказался применить вывод Комитета по правам человека о явно дискриминационном характере закона Рязанской области о запрете «пропаганды гомосексуализма среди несовершеннолетних» с точки зрения Международного пакта о гражданских и политических правах⁴³. Тем не менее в своём решении Конституционный Суд никак не высказался о значении соображений Комитета по правам человека в данном споре, фактически оставив открытым вопрос о соотношении собственного подхода к дискриминации представителей сексуальных меньшинств с подходом международных органов по правам человека.

В Постановлении от 19 апреля 2016 года Конституционный Суд РФ рассмотрел возможность исполнения Постановления Европейского Суда по правам человека по делу *Анчугов и Гладков против России*⁴⁴ на основании новых полномочий, предоставленных Конституционному Суду в 2015 году⁴⁵. Конституционный Суд пришёл к выводу о невозможности реализации позиции Европейского Суда по данному делу с учётом её противоречия императивной норме российской Конституции, лишавшей избирательных прав осуждённых, отбывающих наказание в виде лишения свободы⁴⁶. В отличие от данной ситуации в *деле С. Медведевой* нет прямого противоречия позиции Комитета ООН поло-

жениям российской Конституции. С учётом этого представляется, что позиция Комитета по ликвидации дискриминации в отношении женщин в решении по делу С. Медведевой не исключает его реализацию в правовой системе России, но, безусловно, требует признания приоритета конвенционных обязательств перед соответствующими положениями трудового законодательства. Важную роль в этом процессе может сыграть Конституционный Суд РФ, который не раз признавал возможность прогрессивного толкования Конституции и изменения собственных правовых позиций в свете «современных стандартов прав человека»⁴⁷. Это будет способствовать продолжению конструктивного взаимодействия и взаимоуважительного диалога с международными контрольными институтами прав человека, важность которых подчеркнул Конституционный Суд РФ в деле *Анчугова и Гладкова*, оставив тем не менее право последнего слова в этом диалоге за собой⁴⁸.

Библиографическое описание:

Бартенев Д. Запрещённые профессии для женщин: новый повод для диалога Конституционного Суда России и Комитета ООН? // Международное правосудие. 2016. № 3 (19). С. 37–47.

Prohibited professions for women: a new cause for the dialogue between the Russian Constitutional Court and a UN Committee?

Dmitri Bartenev

Candidate of Sciences (Ph.D.) in Law, Associate Professor, Faculty of Law, St. Petersburg State University (e-mail: d.bartenev@spbu.ru).

Abstract

In 2016 the UN Committee on the Elimination of Discrimination Against Women (the CEDAW) adopted its views in the first case against Russia by Svetlana Medvedeva who had been banned from becoming a helmsperson-motorist with a Russian river navigation company. The UN Committee criticized as discriminatory the list of prohibited jobs for women which included over 400 professions. The CEDAW acknowledged that the prohibition was

⁴³ Постановление Конституционного Суда РФ от 23 сентября 2014 года № 24-П по делу о проверке конституционности части 1 статьи 6.21 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях в связи с жалобой граждан Н. А. Алексеева, Я. Н. Евтушенко и Д. А. Исакова // Собрание законодательства Российской Федерации. 2014. № 40 (ч. III). Ст. 5489. Речь идёт о Соображениях Комитета по правам человека ООН по жалобе *Федотова против России* от 21 октября 2012 года Док. ООН ССРР/С/106/D/1932/2010.

⁴⁴ ECtHR. *Anchugov and Gladkov v. Russia*. Applications nos. 11157/04, 15162/05. Judgment of 4 July 2013.

⁴⁵ См.: Федеральный конституционный закон от 14 декабря 2015 года № 7-ФКЗ «О внесении изменений в Федеральный конституционный закон “О Конституционном Суде Российской Федерации”» // Собрание законодательства Российской Федерации. 2015. № 51 (ч. I). Ст. 7229.

⁴⁶ См.: Постановление Конституционного Суда РФ от 19 апреля 2016 года № 12-П по делу о разрешении вопроса о возможности исполнения в соответствии с Конституцией Российской Федерации постановления Европейского Суда по правам человека от 4 июля 2013 года по делу «Анчугов и Гладков против России» в связи с запросом Министерства юстиции Российской Федерации // Собрание законодательства Российской Федерации. 2016. № 17. Ст. 2480.

⁴⁷ См., например: Постановление Конституционного Суда РФ от 27 июня 2012 года № 15-П по делу о проверке конституционности положений частей 3 и 10 статьи 40 Федерального закона «Об общих принципах организации местного самоуправления в Российской Федерации» и пункта 3 части первой статьи 83 Трудового кодекса Российской Федерации в связи с жалобой гражданина А. В. Дубкова // Собрание законодательства Российской Федерации. 2012. № 29. Ст. 4167.

⁴⁸ См.: Постановление Конституционного Суда РФ от 19 апреля 2016 года № 12-П. Пункт 4.4 мотивировочной части.

motivated by the need to protect women from harmful work conditions however, unlike the Russian Constitutional Court in a similar case, rejected such justification as manifestly discriminatory. The article discusses the difference in approaches to understanding discrimination against women between the CEDAW Committee and the Russian Constitutional Court. The author provides a brief historical overview of the legislative measures restricting women's access to "harmful" professions in the Soviet times and in modern Russia as well as an unsuccessful attempt to challenge this ban through the constitutional complaint. The analysis of the legal reasoning of the Russian Constitutional Court reveals conceptual differences to understanding discrimination against women between this Court and the CEDAW. The article argues that paternalistic approach of the Constitutional Court based on the doctrine of a "special social role" of a woman sits ill with the interpretation of the Convention under the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties. The author suggests that the Russian Constitutional Court can still play a key role in implementing the views of the CEDAW Committee in the Russian legal system by reversing its previous findings and by means of progressive interpretation of the constitutional equality provisions in light of the modern human rights standards.

Keywords

UN Committee on the Elimination of Discrimination Against Women; equality; gender-based discrimination; right to work.

Citation

Bartenev D. (2016) Zapreshchyonnye professii dlya zhenshchin: novyy povod dlya dialoga Konstitutsionnogo Suda Rossii i Komiteta OON? [Prohibited professions for women: a new cause for the dialogue between the Russian Constitutional Court and a UN Committee?]. *Mezhdunarodnoe pravosudie*, no. 3, pp. 37–47. (In Russian).

References

- Batsvin N. (2013) Analiz sudebnoy praktiki po delam, svyazannym s diskriminatsiyey na rabote [Analysis of Court Cases Related to Labour Discrimination]. *Trudovoe Pravo*, no. 4, pp. 19–38. (In Russian).
- Waddington L., Hendriks A. (2002) The Expanding Concept of Employment Discrimination in Europe: From Direct and Indirect Discrimination to Reasonable Accommodation Discrimination. *The Industrial Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations*, vol. 18, no. 4, pp. 403–428.

Безотлагательность рассмотрения судом правомерности содержания под стражей: европейские подходы к российским проблемам

Алексей Лаптев*

Нарушение права на безотлагательное рассмотрение судом правомерности содержания под стражей, гарантированного Европейской Конвенцией по правам человека (п. 4 ст. 5), является в России распространённым явлением. Нередко сроки рассмотрения судами данного вопроса не отвечают требованию «безотлагательности». В статье приводится анализ правовых позиций Европейского Суда по правам человека в отношении данного требования в контексте уголовного преследования. В ней также содержится обзор средств правовой защиты от такой меры пресечения как содержание под стражей и сроков принятия по ним решения, предусмотренных в УПК Российской Федерации. Нарушение требования «безотлагательности» влечёт за собой возникновение права на компенсацию (п. 5 ст. 5 Европейской Конвенции), которое в настоящее время в России реализовать невозможно. Автор приходит к выводу о необходимости разработки и внедрения механизма реализации права на компенсацию за нарушение данного требования, по аналогии с Федеральным законом от 30 апреля 2010 года № 68-ФЗ «О компенсации за нарушение права на судопроизводство в разумный срок или права на исполнение судебного акта в разумный срок».

→ *Европейский Суд по правам человека; Конвенция о защите прав человека и основных свобод; безотлагательное рассмотрение судом правомерности содержания под стражей; право на компенсацию; пункт 4 статьи 5 Конвенции; пункт 5 статьи 5 Конвенции*

DOI: 10.21128/2226-2059-2016-3-48-63

1. Введение

В настоящей статье проводится анализ практики Европейского Суда по правам человека (*далее* — ЕСПЧ, Европейский Суд или Суд) в отношении одного из аспектов права на безотлагательное рассмотрение судом правомерности содержания под стражей, а именно — сроков рассмотрения данного вопроса. Данное право закреплено в пункте 4 статьи 5 Конвенции о защите прав человека и основных свобод (*далее* — Европейская Конвенция, Конвенция)¹. Его содержание (как и

иных прав и свобод, гарантированных в Конвенции) раскрывается в практике ЕСПЧ — органа, наделённого полномочиями рассматривать соответствующие жалобы. Все вопросы, касающиеся толкования и применения положений Конвенции и Протоколов к ней, находятся в ведении ЕСПЧ (п. 1 ст. 32 Конвенции).

Следует отметить, что правовые позиции, сформулированные Судом в его окончательных постановлениях, принятых в отношении Российской Федерации, являются обязательными для российских судов, а принятые в отношении других государств — участников Конвенции должны ими учитываться при от-

* *Лаптев Алексей Николаевич* — доктор права (Университет им. Христиана Альбрехта, Германия), LL.M. (Kiel), эксперт правозащитной организации Prison Litigation Network, юрист Европейского Суда по правам человека (2010–2014) (e-mail: a.laptev@bk.ru).

¹ В России Конвенция ратифицирована Федеральным законом от 30 марта 1998 года № 54-ФЗ (см.: Собрание законодатель-

ства Российской Федерации. 1998. № 14. Ст. 1514) и вступила в силу 5 мая 1998 года. Если не указано иного, ссылки на судебные и нормативные акты, использованные в настоящей статье, приводятся по СПС «КонсультантПлюс» (дата обращения: 30.08.2016).

правлении правосудия². Вместе с тем, как показывает практика, у правоприменителей, как и у простых граждан, возникают трудности с установлением содержания правовых позиций Суда по той или иной проблеме. Это связано как с огромным массивом постановлений Суда, так и с доступностью и качеством имеющихся переводов постановлений на русский язык. Кроме того, Суд всегда принимает решение исходя из обстоятельств конкретного дела, поэтому возникают определённые сложности как в обобщении его правовых позиций³, так и в их применении в делах с несколько иными фактическими обстоятельствами. Этим же объясняется и некоторая противоречивость позиций Суда, во всяком случае — по пограничным вопросам. Более того, не всегда в решениях и постановлениях Суда факты дела излагаются в полном объёме, что зачастую вызывает дополнительные трудности в понимании и применении его правовых позиций. Поэтому настоящий анализ, как представляется, может быть полезен всем, кто сталкивается (в той или иной форме) с такой мерой пресечения, как содержание под стражей.

2. Общие положения

Гарантии пункта 4 статьи 5 Конвенции применимы только к судебной процедуре проверки законности содержания под стражей (*Medvedev v. Russia*, no. 9487/02, § 49, 15 July 2010), которая проводится по инициативе лица, лишённого свободы (его представителей). В этом заключается принципиальное отличие от срока, установленного в пункте 3 статьи 5 Конвенции, где говорится о доставлении к судье после первого задержания по

инициативе властей. Другое отличие состоит в том, что гарантии пункта 3 статьи 5 Конвенции распространяются только на лиц, задержанных с целью уголовного преследования, а гарантии пункта 4 статьи 5 Конвенции — на всех лиц, лишённых свободы⁴.

Судебная проверка законности содержания под стражей, согласно пункту 4 статьи 5 Конвенции, должна проводиться «безотлагательно». Данное правило является менее строгим, чем пункт 3 статьи 5 Конвенции, где говорится о «незамедлительном» доставлении к судье при задержании с целью уголовного преследования, однако также не содержит чётких временных ориентиров. Всё зависит от обстоятельств конкретного дела, в частности его сложности, усердия, продемонстрированного властями, и причин задержек (*Mooren v. Germany* [GC], no. 11364/03, § 106, 9 July 2009)⁵. На практике это означает, что нарушение может быть установлено только тогда, когда ответственность за задержки несут власти и срок вынесения решения превышает те сроки, которые признаются Судом соответствующими требованию «безотлагательности» (см., например: *Lebedev v. Russia*, no. 4493/04, § 98–102, 25 October 2007; *Trepashkin v. Russia (no. 2)*, no. 14248/05, § 144–146, 16 December 2010, *Miminoshvili v. Russia*, no. 20197/03, § 101, 28 June 2011).

Соблюдение сроков, установленных Уголовно-процессуальным кодексом Российской Федерации (*далее* — УПК), учитывается Судом, но не имеет решающего значения (*Khudoyorov v. Russia*, no. 6847/02, § 198, 8 November 2005; *Rozhkov v. Russia*, no. 64140/00, § 124, 19 July 2007). Поскольку речь идёт о таком фундаментальном праве, как свобода, государство должно организовать свои процедуры таким образом, чтобы судебное разбирательство было проведено с минимальными задержками (*Mayzit v. Russia*, no. 63378/00,

² См.: пункт 2 Постановления Пленума Верховного Суда РФ от 27 июня 2013 года № 21 «О применении судами общей юрисдикции Конвенции о защите прав человека и основных свобод от 4 ноября 1950 года и Протоколов к ней». Российский Конституционный Суд, в свою очередь, отметил, что правовые позиции ЕСПЧ «должны учитываться федеральным законодателем при регулировании общественных отношений и правоприменительными органами при применении соответствующих норм права» (п. 2.1 Постановления Конституционного Суда РФ от 5 февраля 2007 года № 2-П).

³ См.: *Álvarez García F.J., Queralt Jiménez A. European Convention Protection of the Right to Liberty and Security: A Minimum European Standard // Europe of Rights: A Compendium on the European Convention of Human Rights / ed. by J. García Roca, P. Santolaya. Leiden ; Boston : Martinus Nijhoff Publishers, 2012. P. 107–152, 146.*

⁴ Из практики ЕСПЧ следует одно исключение из данного правила: гарантии пункта 4 статьи 5 Конвенции, как правило, не распространяются на лиц, осуждённых компетентным судом и отбывающих наказание в виде лишения свободы (п. 1(a) ст. 5 Конвенции), поскольку судебный контроль законности лишения свободы в такой ситуации инкорпорирован в соответствующий приговор (см., например: *Menesheva v. Russia*, no. 59261/00, § 106, 9 March 2006).

⁵ Ссылки на постановления и решения ЕСПЧ, использованные в настоящей статье, приводятся по его информационно-правовой системе «HUDOC», расположенной на его официальном сайте: URL: <http://hudoc.echr.coe.int> (дата обращения: 30.08.2016).

§ 49, 20 January 2005). Необходимость безотлагательного рассмотрения вопроса о законности содержания под стражей до обвинительного приговора также вытекает из принципа презумпции невиновности (*Idalov v. Russia* [GC], no. 5826/03, § 155, 22 May 2012). Применение любой принудительной меры до приговора, особенно связанной с лишением свободы, в определённом смысле противоречит презумпции невиновности, так как человек начинает испытывать серьёзные ограничения ещё до того, как он был признан виновным. Лишение свободы является исключительной мерой, именно поэтому оно должно сопровождаться особыми процессуальными гарантиями, в том числе и в отношении сроков рассмотрения этого вопроса.

3. Сроки проверки законности содержания под стражей по УПК Российской Федерации

Судебные постановления об избрании и продлении меры пресечения в виде содержания под стражей могут быть обжалованы в апелляционном порядке (ч. 3 ст. 389.2 УПК). Согласно части 11 статьи 108 УПК, срок рассмотрения жалобы на постановление судьи об избрании этой меры пресечения апелляционным судом — не более 3 суток со дня её поступления в суд. Как разъяснил Верховный Суд России, такой срок также действует при рассмотрении в апелляционном порядке жалоб на все последующие судебные постановления о продлении этой меры пресечения⁶. Таким образом, сроки рассмотрения апелляционных жалоб на постановления о содержании под стражей существенно короче, чем общие сроки рассмотрения дел судом апелляционной инстанции (см.: ст. 389.10 УПК). Следует отметить, что апелляционные жалобы подаются через суд, вынесший обжалуемое постановление (ч. 1 ст. 389.3 УПК). Определённым пробелом является отсутствие сроков для передачи (пересылки) жалобы и соответствующих материалов, необходимых для её рассмотрения, из суда первой

инстанции в апелляционный суд⁷. Однако очевидно, что данные сроки должны быть минимальными. Так, Верховный Суд разъяснил, что «судам после поступления жалобы... на указанные решения необходимо незамедлительно направлять соответствующие материалы для апелляционного рассмотрения»⁸.

Вступившие в законную силу постановления об избрании меры пресечения в виде заключения под стражу, а также о её продлении могут быть обжалованы в кассационном порядке⁹. Кассационная жалоба подаётся непосредственно в суд кассационной инстанции (ч. 1 ст. 401.3 УПК). Следует отметить, что российский УПК не предусматривает специальных (сокращённых) сроков для рассмотрения кассационных жалоб на постановления о содержании под стражей. Общие сроки рассмотрения кассационных жалоб составляют от одного до трёх месяцев. Причём период со дня истребования дела до дня его поступления в суд кассационной инстанции не засчитывается в данные сроки (ст. 401.9 УПК).

Кроме того, как неоднократно отмечал Конституционный Суд России, УПК позволяет «в любой момент производства по уголовному делу заявить ходатайство об отмене или изменении данной меры пресечения [в виде содержания под стражей], не препятствуя при этом суду принять соответствующее решение»¹⁰ (выделено мною. — А.Л.). Таким образом, Конституционный Суд признаёт за стороной защиты право подать ходатайство об освобождении непосредственно в суд на любом этапе судопроизводства, включая досудебное производство¹¹. Данное ходатайство подлежит рассмотрению и разреше-

⁷ См.: *Butusov v. Russia*, no. 7923/04, § 29, 22 December 2009.

⁸ См.: пункт 52 Постановления Пленума Верховного Суда РФ от 19 декабря 2013 года № 41 (ред. от 24 мая 2016 года).

⁹ См.: пункт 5 Постановления Пленума Верховного Суда РФ от 28 января 2014 года № 2 (ред. от 3 марта 2015 года) «О применении норм главы 47.1 Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации, регулирующих производство в суде кассационной инстанции».

¹⁰ См. определения Конституционного Суда РФ: от 6 июня 2003 года № 184-О; от 15 июля 2003 года № 308-О; от 19 марта 2009 года № 271-О-О; от 13 октября 2009 года № 1109-О-О.

¹¹ В Постановлении Пленума Верховного Суда РФ от 19 декабря 2013 года № 41 (ред. от 24 мая 2016 года) «О практике применения судами законодательства о мерах пресечения в виде заключения под стражу, домашнего ареста и залога» упомянута лишь возможность заявления суду ходатайства об отмене (изменении) меры пресечения в виде содержания под стражей в период судебного разбирательства по уголовному делу (п. 35).

⁶ См.: пункт 52 Постановления Пленума Верховного Суда РФ от 19 декабря 2013 года № 41 (ред. от 24 мая 2016 года) «О практике применения судами законодательства о мерах пресечения в виде заключения под стражу, домашнего ареста и залога».

нию непосредственно после его заявления (ст. 121 УПК). В случаях, когда немедленное принятие решения по ходатайству, заявленному в ходе предварительного расследования, невозможно, оно должно быть разрешено не позднее трёх суток со дня его заявления (там же). Решения об отказе в удовлетворении ходатайства об освобождении (отмене, изменении меры пресечения) не названы в части 3 статьи 389.2 УПК РФ среди тех судебных актов, которые подлежат самостоятельному апелляционному обжалованию (до вынесения итогового судебного решения). Однако судебная практика, хоть и не отличается единообразием по этому вопросу¹², допускает возможность такого обжалования¹³. При этом действуют общие сроки рассмотрения дела в суде апелляционной инстанции (ст. 389.10 УПК).

Следует отметить, что если согласиться с позицией, согласно которой решения суда об отказе в удовлетворении ходатайства стороны защиты об освобождении (отмене, изменении меры пресечения в виде содержания под стражей) не подлежат самостоятельному апелляционному обжалованию¹⁴, то это будет означать, что они обжалуются в апелляционном порядке одновременно с обжалованием итогового судебного решения по делу (см.: ч. 2 ст. 389.2 УПК). Однако очевидно, что это будет противоречить пункту 4 статьи 5 Конвенции, которая требует «безотлагательной» проверки законности содержания под стражей и освобождения заявителя в случае признания данной меры пресечения незаконной¹⁵. Решение суда об отказе в ходатайстве

об освобождении также может быть обжаловано в кассационном порядке¹⁶.

Российский Конституционный Суд признаёт также за стороной защиты «право в любой момент производства по уголовному делу заявить ходатайство об отмене или изменении данной меры пресечения [в виде содержания под стражей] и обоснованность отказа в этом»¹⁷ (выделено мною. — А.Л.). Такое ходатайство может быть заявлено следователю (дознавателю), в производстве которого находится уголовное дело (ч. 2 ст. 110, ч. 2 ст. 119 УПК). Однако очевидно, что сделать это можно не в любой момент производства по уголовному делу, как указал Конституционный Суд России, а только в период его нахождения в производстве соответствующего должностного лица (см.: ч. 1 ст. 255 УПК)¹⁸. Вынесенное по ходатайству постановление следователя (дознавателя) может быть обжаловано в суд в порядке статьи 125 УПК РФ¹⁹. Срок рассмотрения данной жалобы — 5 суток со дня её поступления в суд (ч. 3 ст. 125 УПК). Постановление суда об отказе в удовлетворении жалобы может быть обжаловано в апелляционном и кассационном порядке по общим правилам, установленным

установил нарушение пункта 4 статьи 5 Конвенции ввиду отказа суда второй инстанции рассмотреть жалобу заявителя на судебное постановление, которым было отклонено его ходатайство об освобождении. При этом суд второй инстанции сослался на пункт 2 части 5 статьи 355 УПК РФ (соответствует ч. 2 ст. 389.2 УПК РФ в действующей редакции), согласно которому не подлежат обжалованию определения или постановления об отклонении ходатайств участников судебного разбирательства, вынесенные в ходе судебного разбирательства. При рассмотрении данного дела в ЕСПЧ власти Российской Федерации признали нарушение пункта 4 статьи 5 Конвенции.

¹² См.: Рукавишников П. П. Отказ суда в изменении меры пресечения как предмет самостоятельного кассационного (апелляционного) обжалования // Сибирский юридический вестник. 2012. № 3(58). С. 102–106.

¹³ См., например: Апелляционное постановление Краснодарского краевого суда от 5 мая 2015 года № 22-2825/2015. URL: <http://sudact.ru/regular/doc/4EZMB76bMeUO/> (дата обращения: 30.08.2016).

¹⁴ См., например: пункт 1.2 Постановления Конституционного Суда РФ от 22 марта 2005 года № 4-П; определения Конституционного Суда РФ от 25 сентября 2014 года № 2292-О и от 20 ноября 2014 года № 2741-О. См. также: пункт 6 Обзора судебной практики применения судами Нижегородской области законодательства о мерах пресечения в виде заключения под стражу, домашнего ареста и залога за четвёртый квартал 2014 года, утверждён Президиумом Нижегородского областного суда 22 апреля 2015 года. URL: <http://obsudnn.ru/index.php/obzory-sudebnoj-praktiki/1267> (дата обращения: 30.08.2016).

¹⁵ Следует отметить, что в деле *Makarenko v. Russia*, no. 5962/03, § 122–125, 22 December 2009, Европейский Суд

¹⁶ См., например: Постановление Президиума Хабаровского краевого суда от 19 октября 2015 года № 44у-138/2015.

¹⁷ Определения Конституционного Суда РФ от 24 декабря 2012 года № 2323-О и от 18 октября 2012 года № 1904-О.

¹⁸ Поэтому формулировка, использованная в пункте 5 Постановления Конституционного Суда РФ от 16 июля 2015 года № 23-П, представляется более удачной: «[УПК РФ]... предоставляет обвиняемому и его защитнику право в любой момент производства по уголовному делу заявить ходатайство органу, осуществляющему уголовное судопроизводство, об отмене или изменении меры пресечения (ст. 47, 53 и 119–122)» (выделено мною. — А.Л.).

¹⁹ Следует отметить, что изменение меры пресечения в виде содержания под стражей на залог или домашний арест производится исключительно судом в порядке, установленном статьёй 108 УПК РФ (см.: ч. 2 ст. 106, ч. 3 ст. 107 УПК РФ). Отказ суда в удовлетворении соответствующего ходатайства может быть обжалован в апелляционном и кассационном порядке, см. например: Апелляционное постановление Московского городского суда от 14 июля 2016 года № 10-11270/2016.

УПК²⁰. Вместе с тем следует отметить, что процедура обжалования, установленная статьёй 125 УПК РФ, была признана Европейским Судом не соответствующей требованиям пункта 4 статьи 5 Конвенции, поскольку не предусматривает полномочия суда освободить заявителя из-под стражи, даже если отказ соответствующего должностного лица об отказе в удовлетворении данного ходатайства будет признан незаконным или необоснованным²¹. Поэтому заслуживает поддержки позиция судов, согласно которой вопросы, связанные с изменением меры пресечения, должны рассматриваться в порядке статей 108–109 УПК, а не в порядке статьи 125 УПК²².

Наконец, следует отметить, что если кассационная жалоба в Судебную коллегия по уголовным делам Верховного Суда России была рассмотрена по существу, то пункт 4 части 3 статьи 412.1 УПК позволяет обжаловать её определение в надзорном порядке в Президиум Верховного Суда. Сроки рассмотрения надзорных жалоб составляют один-два месяца. Причём период со дня истребования дела до дня его поступления в российский Верховный Суд не засчитывается в данные сроки (ст. 412.6 УПК).

²⁰ См., например: Апелляционное постановление Краснодарского краевого суда от 24 ноября 2015 года № 22К-6858/2015. URL: <http://sudact.ru/regular/doc/v59EhiNTrtdB/> (дата обращения: 30.08.2016); Апелляционное постановление Верховного суда Республики Саха (Якутия) от 24 марта 2015 года № 22К-287/2015. URL: <http://sudact.ru/regular/doc/QuBhqiP7PmdB/> (дата обращения: 30.08.2016).

²¹ См.: *Zokhidov v. Russia*, no. 67286/10, § 189, 5 February 2013; *Yefimova v. Russia*, no. 39786/09, § 301–309, 19 February 2013.

²² См., например, Апелляционное постановление Ставропольского краевого суда от 11 августа 2016 года № 22К-4110/2016. URL: <http://sudact.ru> (дата обращения: 30.08.2016). В целом, судебная практика в отношении порядка рассмотрения и обжалования ходатайств об освобождении из-под стражи весьма противоречива. Давно назрела необходимость чётко урегулировать данные вопросы на уровне УПК РФ или Постановления Пленума Верховного Суда РФ, к чему призывает ряд авторов, см. например: *Арзамасцева К. А., Каретников А. С.* Судебный порядок отмены или изменения судом меры пресечения в виде содержания под стражей в досудебном производстве по уголовному делу // *Российский судья*. 2009. № 2. С. 28–29; *Абрамочкин В. В.* Отдельные аспекты отмены и изменения меры пресечения в виде заключения под стражу, избранной в ходе досудебного производства // *Уголовно-процессуальное законодательство в современных условиях: проблемы теории и практики* / редкол.: В. И. Качалов и др. М.: Волтерс Клувер, 2010. С. 145–151, 151; *Буранов П. С., Бикмиев Р. Г.* Ходатайства об изменении или отмене меры пресечения, виды принимаемых по ним судебных решений и основания для их принятия // *Судья*. 2015. № 12. С. 37–41, 41.

4. Ответственность за задержки

Задержки, ответственность за которые несёт сторона защиты, не могут обосновать нарушение требования «безотлагательности», закреплённого в пункте 4 статьи 5 Конвенции. Сторона защиты несёт ответственность, например, за следующие задержки:

– отложение рассмотрения ходатайства об освобождении судом первой инстанции в результате неявки адвоката заявителя (*Zuyev v. Russia*, no. 16262/05, § 98, 19 February 2013)²³;

– задержка (более двух недель), вызванная подачей жалобы заявителем в суд второй инстанции с нарушением установленного порядка – жалоба была подана в данный суд напрямую, а не через суд первой инстанции, как того требовал УПК РФ (*Trepashkin v. Russia (no. 2)*, no. 14248/05, § 143, 16 December 2010)²⁴;

– задержка (10 суток) в результате того, что жалоба на постановление о содержании под стражей была подана адвокатом заявителя по почте, а не лично (*Lebedev v. Russia*, no. 4493/04, § 22, 24 and 105, 25 October 2007)²⁵;

– отложение судебного заседания судом второй инстанции на 8 суток в результате ходатайства заявителя о личном участии, поданном незадолго (за один день) до назначенного слушания (*Fedorenko v. Russia*,

²³ Рассмотрение ходатайства об освобождении было отложено в результате неявки адвоката три раза: 13, 20 и 28 января 2005 года. Наконец, оно было рассмотрено 15 февраля 2005 года. Таким образом, представляется, что защита должна нести ответственность за весь период, который составил более месяца. Однако Суд отметил, что задержка по вине защиты составила менее двух недель (ibid. § 98). Даже если учитывать только период с 13 по 28 января, срок составляет более двух недель (15 суток). Поскольку 28 января причина отложения не изменилась, а после отложения ходатайство было рассмотрено достаточно быстро, представляется, что за последующий период государство также не должно нести ответственности.

²⁴ См. также: *Ilkin v. Russia*, no. 12436/11, § 77, 22 September 2015. С другой стороны, в отношении решения о неприемлемости обязанность «незамедлительно рассмотреть» жалобу лежит и на том суде, в который она была подана по ошибке (*Labzov v. Russia (dec.)*, no. 62208/00, § 2, 8 January 2004; *Luberti v. Italy*, no. 9019/80, § 33, 23 February 1984).

²⁵ Вместе с тем в другом деле, в отсутствие каких-либо объяснений такой задержки со стороны властей, ЕСПЧ включил длительность почтового пробега апелляционной жалобы (один месяц), поданной адвокатом заявителя на постановление суда о содержании последнего под стражей в период, ответственность за который несёт государство (*Nabid Abdullayev v. Russia*, no. 8474/14, § 23 and 82–84, 15 October 2015).

по. 39602/05, § 81–83, 21 September 2011; см. также: *Rokhlina v. Russia*, по. 54071/00, § 78, 7 April 2005);

– перенос даты судебного заседания судом второй инстанции на 8 суток в результате того, что адвокаты заявителя не представили документ, подтверждающий их полномочия представлять его интересы (*Miminoshvili v. Russia*, по. 20197/03, § 101, 28 June 2011);

– перенос срока судебного заседания судом второй инстанции на 5 суток по ходатайству защиты для ознакомления с материалами дела (*Pichugin v. Russia*, по. 38623/03, § 154, 23 October 2012);

– перенос срока судебного заседания судом второй инстанции на двое суток, поскольку заявителю требовалось время для консультации со своими адвокатами (*Mkhitaryan v. Russia*, по. 46108/11, § 106, 5 February 2013)²⁶.

За задержки, которые носят объективный характер, власти также не несут ответственности. Вместе с тем болезнь заявителя пока является единственным примером, когда Суд признал, что причина задержки носила объективный характер (*Rokhlina v. Russia*, по. 54071/00, § 76, 7 April 2005)²⁷. Болезнь судьи (*Pelevin v. Russia*, по. 38726/05, § 64, 10 February 2011) или других подсудимых по делу (*Matyush v. Russia*, по. 14850/03, § 97 and 102, 9 December 2008) не являются уважительной причиной для задержек. Выходные и праздничные дни (см.: *Khodorkovskiy and Lebedev v. Russia*, nos. 11082/06 and 13772/05, § 523, 25 July 2013), как и приостановление производства по уголовному делу (см.: *Khudobin v. Russia*, по. 59696/00, § 111 and 119, 26 October 2006), также не освобождают государство от ответственности за задержки.

Соблюдение формальностей, установленных процессуальным законодательством, например заблаговременное и надлежащее извещение сторон о дате судебного заседания (см.: *Miminoshvili v. Russia*, по. 20197/03, § 103, 28 June 2011; *Yevgeniy Gusev v. Russia*, по. 28020/05, § 97, 5 December 2013)

или получение возражений от стороны обвинения (см.: *Khodorkovskiy v. Russia*, по. 5829/04, § 248, 31 May 2011; *Mkhitaryan v. Russia*, по. 46108/11, § 106, 5 February 2013), не освобождает государство от обязанности провести процесс «безотлагательно». Обстоятельства, связанные с другими подсудимыми по делу либо их адвокатами (неявка в судебное заседание, болезнь и т. д.), также не оправдывают задержки в рассмотрении жалобы заявителя (*Matyush v. Russia*, по. 14850/03, § 101–102, 9 December 2008). Требования законности и обоснованности содержания под стражей предполагают необходимость индивидуального рассмотрения ситуации каждого обвиняемого, подозреваемого и т. п. Именно поэтому обстоятельства, связанные с другими участниками уголовного судопроизводства, не могут являться основанием для отложения рассмотрения данного вопроса.

Естественно, что государство несёт ответственность за задержки, которые возникли в результате процессуальных нарушений, допущенных государственными органами, например за время, которое потребовалось заявителю для восстановления срока обжалования постановления о продлении меры пресечения в виде содержания под стражей ввиду того, что копия данного постановления была ему вручена после истечения срока обжалования, либо за отложение судебного заседания ввиду несвоевременного уведомления о нём заявителя (*Manerov v. Russia*, по. 49848/10, § 44, 5 January 2016).

Следует отметить, что задержки в рассмотрении ходатайства об освобождении не может оправдать и тот факт, что заявитель был впоследствии осуждён и ему засчитали в срок отбытия наказания время, проведённое под стражей до приговора, как иногда утверждали в Суде российские власти (*Lamazhyk v. Russia*, по. 20571/04, § 105, 30 July 2009; *Savenkova v. Russia*, по. 30930/02, § 99, 4 March 2010). Наконец, возможность подать ходатайство об освобождении во время рассмотрения судом второй инстанции апелляционной жалобы на постановление суда о содержании под стражей, как и рассмотрение такого ходатайства судом первой инстанции, также не освобождают государство от обязанности рассмотреть апелляционную жалобу на постановление о содержании под

²⁶ С другой стороны, в этом же параграфе постановления Суд отметил, что государство ответственно за весь период рассмотрения жалобы заявителя.

²⁷ В данном деле суд первой инстанции отложил рассмотрение ходатайства об освобождении из-за болезни заявителя на пять суток.

стражей незамедлительно (см.: *Veliyev v. Russia*, no. 24202/05, § 167, 24 June 2010; *Malofeyeva v. Russia*, no. 36673/04, § 84, 30 May 2013).

5. Исчисление срока

Для начала следует отметить, что период, в течение которого происходит проверка законности содержания под стражей, Суд, как правило, исчисляет в сутках (см.: *Idalov v. Russia* [GC], no. 5826/03, § 32 and 156, 22 May 2012). Так, например, срок рассмотрения жалобы, поданной на постановление о продлении меры пресечения в виде содержания под стражей 13 марта 2009 года и рассмотренной судом второй инстанции 26 марта 2009 года, составил, по оценке Суда, 13 суток (*Karimov v. Russia*, no. 54219/08, § 124, 29 July 2010). Вместе с тем встречаются дела, в которых данный период был посчитан в днях (см., например: *Sarban v. Moldova*, no. 3456/05, § 119–120, 4 October 2005, где Суд посчитал, что срок рассмотрения ходатайства об освобождении составил 21 сутки, притом что оно было подано 13 января 2005 года, а рассмотрено и отклонено 2 февраля 2005 года). При втором способе подсчёта данный период увеличивается на один день, так как включает в себя день подачи жалобы (ходатайства).

По общему правилу, отправной точкой для исчисления периода, ответственность за который несут власти, является дата получения компетентным судом соответствующего ходатайства либо жалобы (*Miminoshvili v. Russia*, no. 20197/03, § 102, 28 June 2011; *Khodorkovskiy v. Russia*, no. 5829/04, § 248, 31 May 2011; *Tsarenko v. Russia*, no. 5235/09, § 77, 3 March 2011). Если эта дата неизвестна, то Суд, исходя из имеющихся материалов, может посчитать срок с другой даты, например с даты, указанной в жалобе, или даже с даты вынесения обжалуемого постановления о содержании под стражей (см.: *Miminoshvili v. Russia*, no. 20197/03, § 102, 28 June 2011). Суд часто исходит из даты подачи жалобы заявителем, причём остаётся неясным, совпадает ли дата подачи с датой получения жалобы судом, с учётом того, что заявитель находился под стражей и, соответственно, вынужден был подать жалобу через администрацию места лишения свободы (см., напри-

мер: *Idalov v. Russia* [GC], no. 5826/03, § 156, 22 May 2012; *Medvedev v. Russia*, no. 9487/02, § 21 and 49, 15 July 2010). В некоторых делах, в отсутствие соответствующей информации, Суд установил примерную продолжительность рассмотрения жалоб на судебные постановления о содержании под стражей, исходя из того, что они были поданы в пределах срока обжалования, установленного УПК РФ (см., например: *Starokadomskiy v. Russia*, no. 42239/02, § 82, 31 July 2008; *Gubkin v. Russia*, no. 36941/02, § 154, 23 April 2009).

В случае подачи нескольких жалоб, например краткой и развёрнутой, либо заявителем и его адвокатом, либо разными адвокатами заявителя, срок, как правило, исчисляется с получения последней жалобы судом первой инстанции (см.: *Trepashkin v. Russia* (no. 2), no. 14248/05, § 144, 16 December 2010; *Khodorkovskiy v. Russia*, no. 5829/04, § 248, 31 May 2011)²⁸. Подача нескольких жалоб на постановление о содержании под стражей усложняет дело и может вызвать задержки в его рассмотрении, ответственность за которые, в принципе, должен нести заявитель (см.: *Lebedev v. Russia*, no. 4493/04, § 104–105, 25 October 2007; см. также: *Belozorov v. Russia and Ukraine*, no. 43611/02, § 142, 15 October 2015). Вместе с тем, если задержки с подачей развёрнутой или дополнительной жалобы произошли по вине властей либо власти допустили существенные задержки при осуществлении процессуальных действий, связанные с рассмотрением первоначальной жалобы, Суд может включить этот период в общую продолжительность разбирательства, ответственность за которую несёт государство²⁹. Так, Суд признал, что власти несут ответственность за десятидневную задержку в подаче защиты развёрнутой жалобы на постановление о содержании под стражей, которая произошла в результате запоздалого изготовления протокола судеб-

²⁸ Противоположный подход был использован Судом в деле *Rokhlina v. Russia*, no. 54071/00, § 75–79, 7 April 2005.

²⁹ В качестве исключения, которое не получило развития в судебной практике, следует упомянуть дело *Shteyn (Stein) v. Russia*, no. 23691/06, § 131–133, 18 June 2009, в котором Суд указал, что период, за который власти несут ответственность, начался не с момента получения судом первоначальной или дополнительной жалобы на постановление суда о содержании заявителя под стражей, а с момента окончания срока для представления возражений по этим жалобам.

ного заседания, в котором было вынесено данное постановление (*Lebedev v. Russia*, no. 4493/04, § 98–102, 25 October 2007). В отношении другого постановления о продлении в этом же деле Суд пришёл к выводу, что, несмотря на подачу защитой дополнительной жалобы, власти несут ответственность за весь период со дня получения судом первоначальной жалобы ввиду существенных задержек в осуществлении процессуальных действий, связанных с её рассмотрением (см. там же, § 103–108)³⁰.

Вместе с тем очевидно, что, если ходатайство об освобождении (либо жалоба на постановление о мере пресечения) поданы лицом, находящимся под стражей, государство должно нести ответственность за задержки, связанные с их отправкой в суд администрацией места содержания под стражей³¹. Что касается периода доставки жалобы из места лишения свободы до суда, то представляется, что власти также должны нести ответственность и за этот период. Данная позиция находит подтверждение в практике Суда (см., например: *Labzov v. Russia* (dec.), no. 62208/00, § 2, 8 January 2004; *Rokhlina v. Russia*, no. 54071/00, § 75, 7 April 2005; *Yeugeniy Bogdanov v. Russia*, no. 22405/04, § 158–159, 26 February 2015), хотя встречается и противоположный подход, когда Суд принял за точку отсчёта получение компетентным судом соответствующей жалобы, даже

если она была подана лицом, содержащимся под стражей (см., например: *Alekhin v. Russia*, no. 10638/08, § 144, 30 July 2009; *Miminozhvili v. Russia*, no. 20197/03, § 101, 28 June 2011; *Shikuta v. Russia*, no. 45373/05, § 22 and 56, 11 April 2013). В пользу первого подхода можно привести следующие аргументы: 1) с момента передачи жалобы администрации места содержания под стражей её пересылка в суд находится вне контроля заключённого; 2) в отличие от адвоката, у заключённого нет возможности выбрать способ доставки жалобы (см.: *Lebedev v. Russia*, no. 4493/04, § 105, 25 October 2007, где Суд признал, что власти не несут ответственности за период почтовой доставки жалобы, поданной адвокатом, поскольку он мог подать её лично, а не направлять по почте); 3) государство устанавливает порядок доставки жалоб из места лишения свободы в суд (почтой, курьером), и если этот порядок не гарантирует незамедлительного получения судом жалобы, то государство и должно нести за это ответственность; 4) практика Суда свидетельствует о том, что срок почтовой пересылки жалобы на постановление о мере пресечения из суда первой в суд второй инстанции включается в период, за который государство несёт ответственность (см., например: *Idalov v. Russia* [GC], no. 5826/03, § 152 and 157, 22 May 2012; *Butusov v. Russia*, no. 7923/04, § 34, 22 December 2009; *Tsarenko v. Russia*, no. 5235/09, § 79, 3 March 2011; *Olyunin v. Russia* [Committee], no. 22631/04, § 24, 19 April 2016), поэтому нет оснований использовать другой подход, когда жалоба переправляется не из одного суда в другой, а из следственного изолятора в суд. Исходя из вышесказанного, исчисление срока с момента получения судом жалобы представляется оправданным только в том случае, если жалоба была подана адвокатом заявителя³².

Соответствующий период, по общему правилу, заканчивается в день вынесения су-

³⁰ См. также: *Kashpruk v. Russia* [Committee], no. 37894/07, § 10 and 32, 8 December 2015, где Суд признал, что государство несёт ответственность за задержку в девять суток в пересылке судом стороне обвинения копии первоначальной жалобы на постановление суда о содержании под стражей, несмотря на то что впоследствии заявителем был подан ряд дополнений к жалобе. См. также: *Ilkin v. Russia*, no. 12436/11, § 17–18 and 77, 22 September 2015, где, несмотря на последующую подачу дополнительной жалобы (срок рассмотрения которой по вине государства составил всего 12 суток), ЕСПЧ установил нарушение пункта 4 статьи 5 Конвенции, поскольку, по его мнению, первоначальная жалоба заявителя на постановление о заключении его под стражу была необоснованно признана поданной с пропуском срока обжалования, что существенно затянуло процедуру её рассмотрения судом второй инстанции.

³¹ Жалобы, адресованные в суд, должны быть направлены администрацией места содержания под стражей адресату не позднее следующего за днём подачи рабочего дня (п. 94 Правил внутреннего распорядка следственных изоляторов уголовно-исполнительной системы, утверждены Приказом Минюста РФ от 14 октября 2005 года № 189 (ред. от 21 июля 2016 года) // Бюллетень нормативных актов федеральных органов исполнительной власти. № 46. 2005. 14 ноября). Статья 126 УПК РФ говорит о том, что это должно происходить «немедленно».

³² Хотя следует отметить, что Почта России является федеральным государственным унитарным предприятием, осуществляющим публичную обязанность по доставке корреспонденции, за неэффективную работу которого, в принципе, государство также должно нести ответственность (см.: *Liseytseva and Maslov v. Russia*, nos. 39483/05 and 40527/10, § 206, 9 October 2014). Вместе с тем этот вопрос остаётся дискуссионным, поскольку, согласно практике Суда, государство не обязано обеспечить «идеально функционирующую почтовую связь» (см., например: *Zagorodnikov v. Russia*, no. 66941/01, § 31, 7 June 2007).

дом решения по вопросу о законности содержания под стражей, даже если ни заявитель, ни его адвокат не присутствовали в суде (см., например: *Idalov v. Russia* [GC], по. 5826/03, § 32 and 156, 22 May 2012). Однако в одном из российских дел при установлении соответствующего нарушения Суд учёл, что заявитель не был проинформирован о принятом судом второй инстанции решении по своему ходатайству об освобождении более семи месяцев (см.: *Medvedev v. Russia*, по. 9487/02, § 50 and 53, 15 July 2010). Также следует отметить, что встречаются дела (но не в отношении России), когда в общую длительность проверки законности содержания под стражей Суд включал период, который потребовался властям для вручения заявителю либо его адвокату судебного решения по жалобе (см.: *G.B. v. Switzerland*, по. 27426/95, § 27, 30 November 2000; *M.B. v. Switzerland*, по. 28256/95, § 31, 30 November 2000; *Mooren v. Germany*, по. 11364/03, § 71, 13 December 2007, причём в последнем деле данный подход был одобрен Большой Палатой Суда, см.: *Mooren v. Germany* [GC], по. 11364/03, § 107, 9 July 2009). Поэтому представляется, что гарантии пункта 4 статьи 5 Конвенции включают в себя право не только на безотлагательное извещение о принятом судебном решении, но и на получение его копии, во всяком случае если по национальному законодательству существует возможность его обжаловать³³.

В зависимости от того, как сформулирована соответствующая жалоба, а также исходя из обстоятельств конкретного дела, ЕСПЧ проверяет сроки производства по делу в суде первой инстанции, второй инстанции либо оценивает общую продолжительность рассмотрения дела судами нескольких инстанций.

6. Сроки в суде первой инстанции

Следующие сроки в суде первой инстанции Суд признал не соответствующими критерию «безотлагательности» и, соответственно, нарушающими пункт 4 статьи 5 Конвенции:

³³ См.: *Rogushin v. Russia* [Committee] (dec.), по. 34706/04, § 33, 21 June 2016, где Суд пришёл к выводу, что жалоба заявителя на невручение ему судебных постановлений о содержании под стражей является неприемлемой, так как он не смог опровергнуть утверждение властей, что соответствующие копии вручались стороне защиты.

16 суток (*Shcherbina v. Russia*, по. 41970/11, § 65–70, 26 June 2014 – в контексте экстрадиции); 20 суток (то есть 21 день, см.: *Sarban v. Moldova*, по. 3456/05, § 120, 4 October 2005), 23 суток (*Rehbock v. Slovenia*, по. 29462/95, § 85–86, 28 November 2000), 26 суток (*Fursenko v. Russia*, по. 26386/02, § 138–139, 24 April 2008), 1 месяц (*Rozhkov v. Russia*, по. 64140/00, § 120–125, 19 July 2007) и более длительные сроки рассмотрения жалоб (либо ходатайств об освобождении), поданных подозреваемыми и обвиняемыми в совершении преступлений. Напротив, процедура рассмотрения ходатайства об освобождении сроком в 8 суток была, по мнению Суда, проведена «безотлагательно» (*Labzov v. Russia* (dec.), по. 62208/00, § 2, 8 January 2004)³⁴. Исходя из имеющейся практики ЕСПЧ, некоторые авторы делают вывод, что две недели являются максимально допустимым сроком для рассмотрения подобного рода дел, не представляющих особой сложности³⁵.

Из практики Суда следует, что вопрос о длительности процесса в суде первой инстанции в контексте пункта 4 статьи 5 Конвенции возникает при рассмотрении судом ходатайства об освобождении заявителя, а также при обжаловании меры пресечения в виде содержания под стражей, назначенной во внесудебном порядке (прокурором). В последнем случае требование о «безотлагательности» судебного контроля, которое содержится в пункте 4 статьи 5 Конвенции, приближается к требованию «незамедлительного» контроля, закреплённого в пункте 3 статьи 5 Конвенции (*Shcherbina v. Russia*, по. 41970/11, § 70, 26 June 2014), то есть яв-

³⁴ См., однако: *Jong, Baljet and van den Brink v. the Netherlands*, nos. 8805/79 et. al., § 55–59, 22 May 1984, где Суд нашёл нарушение пункта 4 статьи 5 Конвенции, поскольку заявители, лишённые свободы во внесудебном порядке, были также лишены возможности заявить ходатайство об освобождении на протяжении 6, 7 и 11 суток соответственно. Представляется, что эта ситуация не отличается существенно от ситуации, когда ходатайство об освобождении было подано, однако остаётся не рассмотренным в указанные периоды времени, поскольку проверка правомерности лишения свободы отсутствует как в том, так и в другом случае.

³⁵ См.: *Elberling B. Recht auf Freiheit und Sicherheit / Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten: EMRK Kommentar / U. Karpenstein, F. C. Mayer (Hrsg.)*. 2. Aufl. München : C. H. Beck, 2015. S. 143. Rn. 106.

ляется более строгим. Следует также отметить, что при первоначальном заключении под стражу по подозрению в совершении преступления пункт 3 статьи 5 Конвенции, гарантирующий право на «незамедлительное» доставление к судье, является *lex specialis* по отношению к пункту 4 статьи 5 Конвенции (*Lebedev v. Russia*, no. 4493/04, § 74, 25 October 2007).

7. Сроки в суде второй инстанции

Если по национальному праву судебное решение по мере пресечения в виде содержания под стражей либо отказ в ходатайстве об освобождении могут быть обжалованы в суд второй инстанции, такая жалоба также должна быть рассмотрена безотлагательно. Однако стандарты «безотлагательного» разбирательства в суде второй инстанции менее строгие, чем в первой, при условии, что заключённому были предоставлены адекватные процессуальные гарантии в первом процессе (*Lebedev v. Russia*, no. 4493/04, § 96, 25 October 2007). Обстоятельства конкретного дела (сложность, поведение сторон и т. п.) здесь также имеют решающее значение. Из практики Суда можно сделать вывод, что допустимые сроки рассмотрения судом второй инстанции простых дел по жалобам, поданных подозреваемыми и обвиняемыми, как правило, не должны превышать 20 суток (либо трёх недель). Самые длительные сроки рассмотрения жалоб, которые не нарушили пункт 4 статьи 5 в российских делах, составили 22 суток (*Pichugin v. Russia*, no. 38623/03, § 154, 23 October 2012) и 23 суток (*Khodorkovskiy and Lebedev v. Russia*, nos. 11082/06 and 13772/05, § 50 and 522–523, 25 July 2013)³⁶. С другой стороны, в одном деле нарушение было установлено в отношении срока рассмотрения судом второй инстанции жалобы, который составил 20 суток (*Butusov v. Russia*, no. 7923/04, § 32–35, 22 December 2009). Возможное объяснение этому — различная сложность

дел³⁷. Нарушение также было установлено в делах, в которых срок рассмотрения жалоб судом второй инстанции составил 23 суток (*Kovyazin and Others v. Russia*, nos. 13008/13 et al., § 99, 17 September 2015), 25 суток (*Kuptsov and Kupstova v. Russia*, no. 6110/03, § 107, 3 March 2011), 26 суток (*Mamedova v. Russia*, no. 7064/05, § 96, 1 June 2006, *Khodorkovskiy and Lebedev v. Russia*, nos. 11082/06 and 13772/05, § 522–524, 25 July 2013), 27 и более суток (*Lebedev v. Russia*, no. 4493/04, § 102, 25 October 2007; 26 November 2009; *Pichugin v. Russia*, no. 38623/03, § 155–156, 23 October 2012; *Mkhitaryan v. Russia*, no. 46108/11, § 106–107, 5 February 2013).

8. Сроки в нескольких инстанциях

Если разбирательство осуществлялось в нескольких судебных инстанциях, необходимо провести общую оценку для того, чтобы определить соответствие требованию «безотлагательности» (*Mooren v. Germany* [GC], no. 11364/03, § 106, 9 July 2009). Время подготовки жалобы в вышестоящий суд не учитывается, поскольку власти не несут ответственности за этот период (*Medvedev v. Russia*, no. 9487/02, § 53, 15 July 2010; *Navarra v. France*, no. 13190/87, § 27, 23 November 1993). Так, например, несовместимыми с пунктом 4 статьи 5 Конвенции были признаны следующие сроки рассмотрения ходатайства заявителя об освобождении двумя инстанциями: 29 суток (*Isayev v. Russia*, no. 20756/04, § 164, 22 October 2009)³⁸, 31 сутки (*Sanchez-Reisse v. Switzerland*, no. 9862/82, § 54–61, 21 October 1986 — в контексте экстрадиции), 32 суток (*G.B. v. Switzerland*, no. 27426/95, § 25–39, 30 November 2000), 34 суток (*M.B.*

³⁶ Сроки рассмотрения жалоб на меру пресечения в виде содержания под стражей судом второй инстанции, которые составили 10, 11 и 16 суток, также были признаны Судом соответствующими требованию «безотлагательности», закреплённому в пункте 4 статьи 5 Конвенции (см.: *Yudayev v. Russia*, no. 40258/03, § 84–87, 15 January 2009; *Khodorkovskiy v. Russia*, no. 5829/04, § 247, 31 May 2011).

³⁷ Этим же можно объяснить более жёсткую позицию Суда по отношению к срокам рассмотрения жалоб на судебные постановления о содержании под стражей в контексте экстрадиции. Так, в таких делах нарушение пункта 4 статьи 5 Конвенции было установлено при длительности производства в суде второй инстанции, составившей 13 суток (см.: *Karimov v. Russia*, no. 54219/08, § 124–128, 29 July 2010; *Shakurov v. Russia*, no. 55822/10, § 182–187, 5 June 2012).

³⁸ Вместе с тем из фактов дела следует, что 29 суток прошло между датой отклонения судом первой инстанции ходатайства об освобождении (26 ноября 2003 года) и датой оставления данного решения в силе судом второй инстанции (25 декабря 2003 года). В постановлении Суда не указано, когда были поданы ходатайство об освобождении в суд первой инстанции и соответствующая жалоба в суд второй инстанции.

v. Switzerland, no. 28256/95, § 29–43, 30 November 2000), 54 суток (*Medvedev v. Russia*, no. 9487/02, § 53–54, 15 July 2010), около 70 суток (*Ignatov v. Russia*, no. 27193/02, § 12–14 and 112, 24 May 2007). К аналогичному выводу Суд пришёл в отношении длительности рассмотрения судами двух инстанций жалобы на меру пресечения, избранную прокурором, которая составила 54 суток (*Khudyakova v. Russia*, no. 13476/04, § 99–101, 8 January 2009 – в контексте экстрадиции). С другой стороны, в одном деле, где власти были ответственны за рассмотрение жалобы на продление прокурором меры пресечения в виде содержания под стражей на протяжении 28 суток, Суд не установил нарушения (*Rokhlina v. Russia*, no. 54071/00, § 75–79, 7 April 2005)³⁹.

При оценке длительности проверки законности содержания под стражей ЕСПЧ также учитывает, вынес ли вышестоящий суд решение по существу дела или направил его на новое рассмотрение в нижестоящий суд, что неизбежно вызывает (порой неоправданные) задержки в вынесении окончательного решения (*Mooren v. Germany* [GC], no. 11364/03, § 103 and 107, 9 July 2009). Так, например, несовместимой с пунктом 4 статьи 5 Конвенции была признана общая длительность рассмотрения ходатайства об освобождении, рассмотренного судами двух инстанций дважды (в результате отмены первоначального постановления судом второй инстанции), которая составила 63 суток (*Isayev v. Russia*, no. 20756/04, § 164, 22 October 2009). Аналогичным образом Суд установил нарушение пункта 4 статьи 5 Конвенции, где общая длительность процесса в результате отмены судом второй инстанции постановления о продлении меры пресечения в виде содержания под стражей (суды двух инстанций рассмотрели этот вопрос дважды) составила 75 суток (*Mukhitdinov v. Russia*, no. 20999/14, § 19, 21 and 87, 21 May 2015)⁴⁰.

Рассмотрение судом второй инстанции жалобы на судебное решение о продлении меры пресечения в виде содержания под стражей дважды (второй раз – после отмены решения в порядке надзора), общая длительность которого составила 71 сутки, также привело к нарушению пункта 4 статьи 5 Конвенции (*Yudayev v. Russia*, no. 40258/03, § 80–83, 15 January 2009)⁴¹. Следует подчеркнуть, что Суд включил в этот период время, которое потребовалось защите для получения копии первоначального решения суда второй инстанции, а также на подготовку, подачу и рассмотрение надзорной жалобы судом надзорной инстанции. Как отметил Суд, повторное рассмотрение дела потребовалось в результате процессуальных нарушений, допущенных судом второй инстанции (адвокат заявителя не был извещён о судебном заседании, а самого заявителя на него не доставили). Однако в похожей ситуации в другом деле Суд, без всякого обоснования, не стал включать надзорное производство в общую продолжительность рассмотрения жалобы на продление меры пресечения в виде содержания под стражей. Нарушение требования «незамедлительности» было установлено со ссылкой на то, что суду второй инстанции потребовалось три месяца, чтобы вынести решение по жалобе до его отмены в порядке надзора, и ещё почти три месяца – после такой отмены (*Strelets v. Russia*, no. 28018/05, § 105–108, 6 November 2012), хотя в данном деле причиной отмены в надзоре также послужило нарушение процессуального характера (суд второй инстанции не рассмотрел все аргументы защиты).

Длительность надзорного производства была исключена из общего срока рассмотрения ходатайства об освобождении заявителя и в деле *Preminyin v. Russia* (no. 44973/04, § 120–123, 10 February 2011). Общая длительность разбирательства без учёта надзорного производства в данном деле составила почти 10 месяцев (дело было рассмотрено

³⁹ В данном деле общая продолжительность разбирательства в судах двух инстанций составила 41 сутки (с 15 октября до 25 ноября 1999 года), однако задержка в 5 суток носила объективный характер (болезнь заявителя), а ещё одна задержка в 8 суток произошла по вине заявителя, которая несвоевременно подала ходатайство о личном участии в заседании суда второй инстанции по рассмотрению её жалобы.

⁴⁰ См. также: *Shukhardin v. Russia*, no. 65734/01, § 13–19 and 121, 28 June 2007, где общая длительность процесса в ре-

зультате отмены судом второй инстанции постановления о продлении меры пресечения в виде содержания под стражей составила около 8 месяцев (суды двух инстанций рассмотрели этот вопрос дважды).

⁴¹ Поскольку в данном деле жалоба в суд второй инстанции была подана 5 мая 2003 года, а рассмотрена в конечном итоге только 16 июля 2003 года, срок между этими двумя датами на самом деле составил 72 суток.

судами двух инстанций трижды). Причиной отмены первоначальных решений по делу заявителя в надзорной инстанции послужило неправильное применение процессуального права нижестоящими судами, которые пришли к выводу об отсутствии территориальной подсудности для рассмотрения его жалобы. В данном деле Суд применил по аналогии свою практику в отношении исчисления длительности процесса по пункту 1 статьи 6 Конвенции (право на рассмотрение дела в разумный срок), согласно которой данная норма Конвенции не применяется к процедурам, направленным на возобновление оконченого производства по делу. Однако допустимость такой аналогии вызывает сомнения, поскольку право на рассмотрение дела в разумный срок применяется к судебному разбирательству «в случае спора о гражданских правах и обязанностях» либо «при предъявлении любого уголовного обвинения». Соответственно, до отмены окончательного судебного решения, вынесенного по гражданскому делу, спор о гражданских правах и обязанностях отсутствует (он уже разрешён), а по уголовному делу — отсутствует предъявленное обвинение. Пункт 4 статьи 5 Конвенции, напротив, применяется при «рассмотрении судом правомерности содержания под стражей», что, как представляется, в той или иной степени происходит и в производстве по надзорной жалобе.

Наконец, в другом деле Суд не стал рассматривать вопрос о том, нужно ли включать надзорное производство в общую длительность проверки законности содержания под стражей, поскольку она превысила допустимые сроки уже до отмены в порядке надзора. В данном деле суду второй инстанции потребовалось почти три месяца для того, чтобы рассмотреть жалобу на продление меры пресечения в виде содержания под стражей (*Yevgeniy Gusev v. Russia*, no. 28020/05, § 97–100, 5 December 2013). Таким образом, следует констатировать, что практика Суда в этом вопросе не является единообразной⁴².

Вместе с тем представляется, что духу Конвенции больше соответствует подход, согласно которому гарантии пункта 4 статьи 5 Конвенции распространяются и на экстраординарные средства правовой защиты⁴³, поскольку при их использовании, как уже сказано выше, в той или иной степени происходит «рассмотрение судом правомерности содержания под стражей». Так, например, Суд применил пункт 4 статьи 5 Конвенции к процедуре рассмотрения конституционных жалоб на судебные постановления о содержании под стражей Конституционным судом, если такая возможность предусмотрена национальным правом (*Šebalj v. Croatia*, no. 4429/09, § 221, 28 June 2011). К аналогичному выводу Суд пришёл в отношении процедур рассмотрения жалоб в Палате лордов Великобритании (*Hutchison Reid v. the United Kingdom*, no. 50272/99, § 77–78, 20 February 2003) и в Кассационном суде Франции (*Navarra v. France*, no. 13190/87, § 27–28, 23 November 1993), которые не являлись полной апелляцией в отношении вопросов факта и права, но включали в себя проверку вопросов, касающихся законности содержания под стражей. Вместе с тем очевидно, что сроки производства при использовании экстраординарных средств защиты могут отражать иной характер разбирательства (быть более длительными, чем при использовании ординарных средств), но в любом случае не должны быть чрезмерными.

9. Сроки и эффективность обжалования

Главная цель пункта 4 статьи 5 Конвенции — защита от произвольного лишения свободы. Безотлагательная проверка законности содержания под стражей необходима для того, чтобы, если выяснится его незаконность, заявитель мог выйти на свободу (*Eminbeyli v. Russia*, no. 42443/02, § 63, 26 February 2009). Поэтому рассмотрение жалобы на постановление суда о содержании под стражей после вынесения нового постановления о продле-

⁴² Представляется, что практика ЕСПЧ в отношении рассмотрения надзорных жалоб на незаконность содержания под стражей применима к новой (действующей) процедуре рассмотрения кассационных жалоб по УПК РФ, которые Суд (как ранее надзорные жалобы) признаёт экстраординарным средством правовой защиты (см.: *Kashlan v. Russia* (dec.), no. 60189/15, 19 April 2016).

⁴³ Подробнее о том, чем, согласно практике ЕСПЧ, отличаются обычные от экстраординарных средств правовой защиты, см.: *Юркина Е.Е.* Европейский Суд по правам человека о новой кассации в гражданском процессе — новый взгляд Суда на старые вопросы? Решение Европейского Суда по правам человека по делу *Абраман и Якубовские против России* в отношении исчерпания внутренних средств правовой защиты // Международное правосудие. 2015. № 4 (16). С. 11–23, 13–14.

нии такого содержания, а тем более после проверки законности нового постановления и оставлении его в силе судом второй инстанции не имеет практического смысла, поскольку не может привести к освобождению заявителя (*Starokadomskiy v. Russia*, no. 42239/02, § 86, 31 July 2008; *Gubkin v. Russia*, no. 36941/02, § 157, 23 April 2009). К такому же выводу Суд пришёл и в ситуации, когда окончательное решение по вопросу о законности меры пресечения в виде содержания под стражей было вынесено после приговора (*Premininy v. Russia*, no. 44973/04, § 212, 10 February 2011) либо после освобождения заявителя (*Mikhail Grishin v. Russia*, no. 14807/08, § 164, 24 July 2012). Таким образом, сроки рассмотрения законности содержания под стражей тесно связаны с вопросом эффективности процедуры обжалования. Чтобы быть эффективной, такая процедура, как правило, должна состояться до истечения срока содержания под стражей, установленное соответствующим судебным постановлением (*Fursenko v. Russia*, no. 26386/02, § 142–143, 24 April 2008; *Mikhail Grishin v. Russia*, no. 14807/08, § 164, 24 July 2012)⁴⁴. С другой стороны, правовой интерес в проверке законности содержания под стражей сохраняется у заявителя и после истечения соответствующего периода, поскольку, даже если это не приведёт к освобождению, подтверждение незаконности лишения свободы позволит ему реализовать своё право на получение компенсации, установленное пунктом 5 статьи 5 Конвенции (*Pichugin v. Russia*, no. 38623/03, § 161, 23 October 2012; *S.T.S. v. the Netherlands*, no. 277/05, § 61, 7 June 2011)⁴⁵.

⁴⁴ Вместе с тем в ряде дел ЕСПЧ пришёл к выводу, что пункт 4 статьи 5 Конвенции не распространяется на средства защиты, которые могут быть использованы для рассмотрения вопроса о законности уже закончившегося периода содержания под стражей, в особенности в случае кратковременного лишения свободы, когда лицо вышло на свободу, прежде чем суд смог бы незамедлительно рассмотреть данный вопрос (см., например: *Sivenko v. Latvia* [GC], no. 48321/99, § 158, 9 October 2003, где максимальная длительность лишения свободы составила 30 часов; *Fox, Campbell and Hartley v. the United Kingdom*, nos. 12244/86 et al., § 45, 30 August 1990, где максимальная длительность содержания под стражей составила 44 часа).

⁴⁵ Здесь усматривается определённое противоречие с практикой Суда (указанной в предыдущей сноске), согласно которой пункт 4 статьи 5 Конвенции не распространяется на средства защиты, которые могут быть использованы для рассмотрения вопроса о законности уже закончившегося периода содержа-

10. Заключение

Практика Европейского Суда по правам человека свидетельствует о том, что нарушение права на безотлагательное рассмотрение судом правомерности содержания под стражей является в России весьма распространённым явлением. В силу пункта 5 статьи 5 Европейской Конвенции жертвы данного нарушения имеют право на компенсацию. Однако, как установил Европейский Суд, российское право не предусматривает возможности получить компенсацию за данное нарушение (*Alekhin v. Russia*, no. 10638/08, § 151–155, 30 July 2009). Поэтому при нарушении права на безотлагательную проверку судом правомерности лишения свободы одновременно нарушается и право на получение компенсации, на что целесообразно указывать в соответствующих жалобах в ЕСПЧ (это повлечёт за собой увеличение размера компенсации, присуждённой Судом)⁴⁶.

Кроме того, для выполнения международных обязательств, вытекающих из пункта 5 статьи 5 Конвенции, федеральному законодательству и правоприменительным органам необходимо разработать и внедрить механизм реализации права на компенсацию за нарушение права на безотлагательное рассмотрение судом правомерности содержания под стражей. Примером такого механизма может служить Федеральный закон от 30 апреля

ния под стражей. См. также: *Navarra v. France*, no. 13190/87, § 24, 23 November 1993, где Суд высказал позицию, что право на проверку законности содержания под стражей и право на получение компенсации не связаны между собой напрямую; *A. and Others v. the United Kingdom* [GC], no. 3455/05, § 200, 19 February 2009, где Суд признал жалобы на нарушение пункта 4 статьи 5 Конвенции явно необоснованными в связи с тем, что процедура проверки законности лишения свободы заявителей была инициирована после их освобождения.

⁴⁶ Компенсация, которую ЕСПЧ присуждает за нарушение права на безотлагательное рассмотрение правомерности лишения свободы, гарантированного пунктом 4 статьи 5 Конвенции, может достигать довольно значительных размеров. Так, в одном из последних дел Суд присудил заявителю 5000 евро в качестве компенсации морального вреда за данное нарушение (см.: *Olyunin v. Russia* [Committee], no. 22631/04, 19 April 2016). Следует отметить, что ранее Суд за него присуждал гораздо меньшие суммы (см., например: *Rozhkov v. Russia*, no. 64140/00, 19 July 2007, где сумма компенсации составила 500 евро). Чем вызвано такое значительное (в 10 раз!) увеличение размера компенсации, остаётся загадкой. Справедливости ради стоит отметить, что данный процесс проходил постепенно. Так, в деле *Abidov v. Russia*, no. 52805/10, 12 June 2012, ЕСПЧ присудил за подобное нарушение 2000 евро, а в деле *Alikhonov v. Russia*, no. 35692/11, 31 July 2012 – 3000 евро.

2010 года № 68-ФЗ «О компенсации за нарушение права на судопроизводство в разумный срок или права на исполнение судебного акта в разумный срок»⁴⁷ (ред. от 3 июля 2016 года), который также был принят в целях выполнения требований ЕСПЧ о создании эффективного средства правовой защиты в отношении нарушений Конвенции, связанных, среди прочего, с длительностью судебных процедур. К сожалению, данный Федеральный закон не предусматривает возможность получения компенсации за нарушение права на безотлагательное рассмотрение судом правомерности содержания под стражей, в силу чего суды отказывают в удовлетворении подобных заявлений⁴⁸. Вместе с тем следует отметить, что пункт 5 статьи 5 Конвенции, предусматривающий право на компенсацию в такой ситуации, является составной частью российской правовой системы. Более того, он, как представляется, не требует издания внутригосударственных актов для применения, поскольку способен порождать права и обязанности для субъектов национального права⁴⁹. Так, Европейский Суд признал, что право на компенсацию, гарантированное пунктом 5 статьи 5 Конвенции, является субъективным правом (см.: *Neumeister v. Austria* (Article 50), no. 1936/63, § 30, 7 May 1974). Поэтому в силу пункта 3 статьи 5 Федерального закона от 15 июля 1995 года № 103-ФЗ «О международных договорах Российской Федерации»⁵⁰ (ред. от 12 марта 2014 года) его положения подлежат непосредственному применению судами⁵¹. А согласно части 4 статьи 15 Конституции России, если «международным договором Российской Федерации установлены иные правила, чем предусмотренные законом, то

применяются правила международного договора». Кроме того, статья 53 российской Конституции гарантирует каждому право на возмещение государством вреда, причинённого незаконными действиями (или бездействием) органов государственной власти или их должностных лиц. Таким образом, в принципе, уже имеется достаточная правовая база для присуждения компенсации за нарушение права на безотлагательную проверку законности содержания под стражей.

Остаётся надеяться, что описанный выше законодательный пробел (отсутствие правовых норм, непосредственно регулирующих условия и порядок присуждения компенсации в такой ситуации), наличие которого приводит к нарушению прав граждан, будет устранён либо законодателем, либо судами путём толкования и применения в судебной практике Конвенции, правовых позиций ЕСПЧ, а также общих положений об ответственности государства за вред, причинённый незаконными действиями (бездействием) государственных органов и должностных лиц⁵². Причём этот пробел должен быть устранён с учётом необходимости скорейшей реализации международно-правовых обязательств Российской Федерации, вытекающих из Европейской Конвенции о защите прав челове-

⁴⁷ Собрание законодательства Российской Федерации. 2010. № 18. Ст. 2144.

⁴⁸ См., например: Определение Верховного Суда РФ от 18 января 2011 года № 35-Г10-26.

⁴⁹ См.: пункт 3 Постановления Пленума Верховного Суда РФ от 10 октября 2003 года № 5 (ред. от 5 марта 2013 года) «О применении судами общей юрисдикции общепризнанных принципов и норм международного права и международных договоров Российской Федерации».

⁵⁰ Собрание законодательства Российской Федерации. 1995. № 29. Ст. 2757.

⁵¹ Так, например, суды Германии применяют пункт 5 статьи 5 Конвенции непосредственно, см.: пункт 10 Постановления Верховного Суда ФРГ от 19 сентября 2013 года по делу III ZR 407/12 (BGH Urteil vom 19. September 2013 Az. III ZR 407/12). URL: <https://openjur.de/u/648098.html> (дата обращения: 30.08.2016).

⁵² В своём отчёте о принятых мерах по исполнению постановлений ЕСПЧ, который был представлен Комитету Министров Совета Европы, власти Российской Федерации заявили, что российское законодательство предусматривает возможность получения компенсации за все нарушения статьи 5 Конвенции, установленные Судом (включая нарушение права на безотлагательную проверку законности лишения свободы). При этом они сослались на часть 3 статьи 133 УПК РФ, согласно которой «право на возмещение вреда в порядке, установленном [главой 18 УПК “Реабилитация”], имеет также любое лицо, незаконно подвергнутое мерам процессуального принуждения в ходе производства по уголовному делу», см.: документ DH-DD(2015)1171, с. 21–22. URL: <https://rm.coe.int/CoERMPublicCommonSearchServices/DisplayDCTMContent?documentId=09000016804a6fe2> (дата обращения: 30.08.2016). Вместе с тем власти не сослались на какую-либо судебную практику, которая свидетельствовала бы о присуждении компенсации за нарушение права на безотлагательную проверку законности содержания под стражей в порядке данной главы. Данную судебную практику также не удалось обнаружить и автору настоящей статьи. Кроме того, согласно части 2 статьи 136 УПК РФ, иски о компенсации за причинённый моральный вред, который, как представляется, является основным видом вреда при нарушении права на безотлагательную проверку законности содержания под стражей, «предъявляются в порядке гражданского судопроизводства». Судебная практика о присуждении компенсации морального вреда за данное нарушение в порядке гражданского судопроизводства также отсутствует.

ка⁵³. Вместе с тем даже устранение этого пробела не снимает с государства обязательства обеспечить реализацию права на безотлагательное рассмотрение судом правомерности содержания под стражей, с тем чтобы предупредить повторение подобных нарушений⁵⁴. Осторожный оптимизм в возможном решении этой проблемы вызывает конструктивная позиция российских властей, которые в ряде последних дел, рассмотренных ЕСПЧ, признали нарушение права заявителей на безотлагательное рассмотрение судом правомерности содержания под стражей и обязались выплатить им определённые суммы в качестве компенсации морального вреда⁵⁵.

Библиографическое описание:

Лаптев А. Н. Безотлагательность рассмотрения судом правомерности содержания под стражей: европейские подходы к российским проблемам // *Международное правосудие*. 2016. № 3 (19). С. 48–63.

Speediness of judicial review of the lawfulness of detention: European approach to Russian problems

Alexey Laptev

Doctor of Laws (Dr. jur.), LL.M. (Kiel), Human Rights Expert, Prison Litigation Network, Lawyer at the Registry of the European Court of Human Rights (2010–2014) (email: a.laptev@bk.ru).

⁵³ См.: пункт 5 Определения Конституционного Суда РФ от 3 июля 2008 года № 734-О-П в отношении аналогичного пробела, имевшегося в российском законодательстве (отсутствие положений, прямо предусматривающих возможность компенсации вреда, причинённого неисполнением судебных решений, вынесенных по искам к государству и иным публично-правовым образованиям). См. также: пункт 3.3 Определения Конституционного Суда РФ от 3 апреля 2014 года № 687-О: «...отсутствие у граждан, чьи жалобы... были рассмотрены судом... с нарушением сроков, права обращения в суд с заявлением о присуждении компенсации за нарушение права на судопроизводство в разумный срок не может рассматриваться как ограничение их конституционных прав на судебную защиту и на возмещение государством вреда, причинённого незаконными действиями (или бездействием) органов государственной власти или их должностных лиц (статья 46, часть 1; статья 53 Конституции Российской Федерации)», поскольку «не лишает заинтересованное лицо права обратиться в суд с иском о возмещении вреда в соответствии со статьями 1069 и 1070 ГК Российской Федерации, а также о компенсации морального вреда на основании статьи 151 данного Кодекса».

⁵⁴ См., например: пункт 11 Постановления Пленума Верховного Суда РФ от 10 октября 2003 года № 5 (ред. от 5 марта 2013 года).

⁵⁵ См., например: *Birulev and Shishkin v. Russia*, nos. 35919/05 and 3346/06, § 35, 14 June 2016; *Foteyev v. Russia* [Committee] (dec.), no. 75639/13, 19 January 2016.

Abstract

The article provides an analysis of case-law of the European Court of Human Rights on the requirement of “speediness” of judicial review of the lawfulness of detention (Article 5 § 4 of the European Convention on Human Rights) in the context of criminal proceedings. Its approach to the periods and relevant factors to be taken into consideration when assessing speediness of the proceedings has been explored. The Court’s standards concerning the question of compliance with the “speediness” requirement are rather strict. It can be deduced from its case-law that two weeks at first instance and three weeks on appeal may be a rough rule of thumb in such cases. The article also contains an overview of judicial remedies against detention on remand available under the Russian Code of Criminal Procedure and discusses whether Article 5 § 4 of the Convention is applicable to extraordinary remedies such as cassation appeals on points of law and supervisory review appeals. Violation of the “speediness” requirement in detention review proceedings is a widespread problem in Russia. A breach of this requirement gives rise to a right to compensation under Article 5 § 5 of the Convention which is currently not enforceable in Russia. The author comes to the conclusion that it is necessary to develop and implement a mechanism which secures compensation for violation of the “speediness” requirement, by analogy with Federal Law no. 68-FZ of 30 April 2010 “On Compensation for Violation of the Right to a Trial within a Reasonable Time or the Right to Enforcement of a Judgment within a Reasonable Time”.

Keywords

European Court of Human Rights; European Convention on Human Rights; speedy judicial review of the lawfulness of detention; right to compensation; Article 5 § 4 of the Convention; Article 5 § 5 of the Convention.

Citation

Laptev A. (2016) Bezotlagatel'nost' rassmotreniya sudom pravomernosti soderzhaniya pod strazhey: evropeyskie podkhody k rossiyskim problemam [Speediness of judicial review of the lawfulness of detention: European approach to Russian problems]. *Mezhdunarodnoe pravosudie*, no. 3, pp. 48–63. (In Russian).

References

- Abramochkin V. V. (2010) Otdel'nye aspekty otmeny i izmeneniya mery presecheniya v vide zaklyucheniya pod strazhu, izbrannoy v khode dosudebnogo proizvodstva [Some aspects of cancelling and changing preventive detention ordered at the pre-trial stage of criminal proceedings]. In: Kachalov V. I. [et al.] (eds.) *Ugolovno-protsessual'noe zakonodatel'stvo v sovremennykh usloviyakh: problemy teorii i praktiki* [Criminal procedure law in the present time: problems of theory and practice], Moscow: Wolters Kluwer. (In Russian).
- Arzamastseva K. A., Karetnikov A. S. (2009) Sudebnyy poryadok otmeny ili izmeneniya sudom mery presecheniya v vide soderzhaniya pod strazhey v dosudebnom proizvodstve po ugolovnomu delu [Judicial procedure for cancelling or changing preventive detention in pre-trial criminal proceedings]. *Rossiyskiy sud'ya*, no. 2, pp. 27–29. (In Russian).
- Burganov R. S., Bilkmiyev R. G. (2015) Khodataystva ob izmenenii ili otmene mery presecheniya, vidy primimaemykh po nim sudebnykh resheniy i osnovaniya dlya ikh priyatinya [Pleadings for change or cancel a preventive measure, types and grounds of judicial decisions on these cases]. *Sud'ya*, no. 12, pp. 37–41. (In Russian).
- Karpenstein U., Mayer F. C. (Hrsg.) (2015) *Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten: EMRK Kommentar*. 2. Aufl. München: C. H. Beck.

- Roca J. G., Santolaya P. (eds.) (2012) *Europe of Rights: A Compendium on the European Convention of Human Rights*, Leiden; Boston: Martinus Nijhoff Publishers.
- Rukavishnikov P. P. (2012) Otkaz suda v izmenenii mery presecheniya kak predmet samostoyatel'nogo kassatsionnogo (apellyatsionnogo) obzhalovaniya [Refusal of the court to change a preventive measure as the subject of separate reversal appeal]. *Sibirskiy yuridicheskiy vestnik*, no. 3, pp. 102–106. (In Russian).
- Yurkina E. E. (2015) Evropeyskiy Sud po pravam cheloveka o novoy kassatsii v grazhdanskom protsesse – novy vzglyad Suda na starye voprosy?: Reshenie Evropeyskogo Suda po pravam cheloveka po delu *Abramyan i Yakubovskie protiv Rossii* v otnoshenii ischerpaniya vnutrennikh sredstv pravovoy zashchity [The European Court of Human Rights. Decision on a renewed appeal in civil lawsuit – A new look of the Court at the old issues?: Commentary on the Judgment of the ECHR in the case of *Abramyan and Yakubovskiy v. Russia* in respect of the exhaustion of domestic legal remedies]. *Mezhdunarodnoe pravosudie*, no. 4, pp. 11–23. (In Russian).

Прецедент в практике Суда Европейского Союза

Алексей Исполинов*

В настоящей статье автор рассматривает значение прецедентов в практике Суда Европейского Союза, то есть обязанности для Суда Европейского Союза своих ранее вынесенных решений. Автор отмечает, что, хотя Суд ЕС (в отличие от Европейского Суда по правам человека) никогда не формулировал своё отношение к прецедентному (или квазипрецедентному) характеру своих решений, он старается следовать своим ранее принятым решениям, отходя от них лишь в крайних случаях. В рамках настоящей статьи прецедентная сила решений Суда Европейского Союза исследуется в трёх направлениях. Во-первых, в отношении обязательности ранее вынесенных решений для самого Суда. Во-вторых, обязательность решений Суда для нижестоящих судов Европейского Союза (вертикальный прецедент), то есть для Суда общей юрисдикции и Трибунала по гражданской службе. В-третьих, это прецедентный характер преюдициальных заключений Суда Европейского Союза для национальных судов государств – членов Союза. Автор приходит к выводу, что, хотя прецедент не является формально источником права Европейского Союза, он играет очень важную роль в функционировании правопорядка Европейского Союза, обеспечении его единства и целостности, приобретает с течением времени квазинормативный характер.

→ Суд Европейского Союза; прецедент; вертикальный прецедент; апелляция; надзор; преюдициальные заключения

DOI: 10.21128/2226-2059-2016-3-64-77

1. Введение

По красноречивому замечанию одного из исследователей, влияние Суда Европейского Союза (далее также – Суда ЕС) на формирование внутреннего устройства Европейского Союза является беспрецедентным, в то время как отношение самого Суда ЕС к прецеденту остаётся во многом загадкой¹. При этом, по признанию другого аналитика, количество публикаций на эту тему находится в обратной пропорции к числу и уместности намёков на эту тему, которые можно найти в учредительных договорах или в решениях самого Суда Европейского Союза². Действи-

тельно, западная литература о роли прецедента в практике Суда ЕС весьма обширна³. К чести российских исследователей, они также не обходят эту проблематику своим вниманием, правда, либо останавливаясь на простой констатации прецедентного характера решений Суда ЕС⁴, либо концентрируясь в

by K. Bradley, N. Travers, A. Whelan. Oxford ; Portland : Hart Publishing, 2014. P. 47–65.

³ См.: Jacob M. Precedents and Case-based Reasoning in the European Court of Justice: Unfinished Business. Cambridge: Cambridge University Press, 2014; *Dertlén M., Lindholm J.* Characteristics of Precedent: The Case Law of the European Court of Justice in three Dimensions // German Law Journal. Vol. 16. 2015. No. 5. P. 1073–1098; *Arnulf A.* Owning up to Fallibility: Precedent and the Court of Justice // Common Market Law Review. Vol. 30. 1993. No. 2. P. 247–266; *Tridimas T.* Op. cit.; *Komárek J.* Reasoning with Previous Decisions: Beyond the Doctrine of Precedent // American Journal of Comparative Law. Vol. 61. 2013. No. 1. P. 149–172.

⁴ Так, А. Я. Капустин в своей монографии говорит о прецедентном праве Суда ЕС, признавая, что «Суду ЕС удалось оказать большее влияние на развитие правовой системы ЕС, чем до настоящего времени это удавалось какому-либо иному международному суду» (*Капустин А. Я.* Европейский Союз: интеграция и право. М.: Изд-во РУДН, 2000. С. 315–316). В свою очередь, М. М. Бирюков также отмечает, что решения Суда ЕС рассматриваются в качестве прецедентов и являются

* *Исполинов Алексей Станиславович* – кандидат юридических наук, доцент, заведующий кафедрой международного права МГУ им. М. В. Ломоносова (e-mail: ispolinov@inbox.ru).

¹ См.: *Tridimas T.* Precedent and the Court of Justice: A Jurisprudence of Doubt? // Philosophical Foundations of European Union Law / ed. by J. Dickson, P. Eleftheriadis. Oxford: Oxford University Press, 2012. P. 307–330.

² См.: *Bradley K.* Vertical Precedent at the Court of Justice of the European Union: When Push Comes to Shove // Of Courts and Constitutions: Liber Amicorum in Honour of Nial Fennelly / ed.

основном на прецедентной силе преюдициальных заключений Суда ЕС⁵. Ситуация в российской доктрине осложняется тем, что зачастую авторы смешивают понятие прецедент и судебное нормотворчество, заявляя о прецедентах Суда ЕС как о самостоятельном источнике права Европейского Союза⁶ или относя решения Суда к различным группам источников права ЕС, а то и говоря о судебных решениях как о «третичном праве» Европейского Союза⁷. Однако далеко не каждое решение Суда ЕС обладает прецедентной силой⁸, равно как и далеко не каждое преце-

дентное решение Суда ЕС становится нормой права (если в нём Суд даёт лишь толкование существующей договорной нормы, не создавая при этом новую). В рамках данной статьи автор планирует сконцентрироваться лишь на вопросах прецедентной силы решений Суда Европейского Союза, то есть на обязательности ранее вынесенных решений как для самого Суда ЕС, так и для других Судов Союза, равно как и для национальных судов в части преюдициальных заключений Суда ЕС.

2. Суд ЕС и прецедент

Понятие «прецедент» пришло в право Европейского Союза из системы общего права, которая следует правилу *stare decisis* (буквально — стоять на решённом. — *А.И.*), подразумевающему обязательную силу ранее вынесенных судами решений при рассмотрении аналогичных судебных дел. Перефразируя эту формулировку, можно сказать, что судьи связаны рассуждениями, содержащимися в решениях, принятых ранее другими судами. Если исходить из этого понимания прецедентов, то общий вывод, к которому приходят все авторы, изучающие проблему прецедентной силы решений Суда ЕС, состоит в том, что Суд не связан своими предыдущими решениями, но на практике весьма редко от них отходит⁹. Как отмечает Э. Арнулл, сама доктрина обязательного прецедента совершенно не подходила для государств — учредителей Европейских Сообществ при создании ими Суда Европейского Союза. И дело не только в том, что все эти государства принадлежали к континентальной системе права. Не менее, если не более, серьёзным соображением стало то, что Суд предполагался как суд первой и последней инстанции, чьи решения можно было изменять только путём внесения поправок в учредительные договоры, что, в свою очередь, требовало согласия всех государств и ратификации на на-

обязательными для всех государств-членов, при этом под прецедентным характером решений понимается, что при аналогичных обстоятельствах Суд принимает решение, аналогичное ранее вынесенному (см.: *Бирюков М.М.* Европейское право: краткий курс. М.: Дипломатическая академия МИД России, 2003. С. 47). Ю.М. Орлова скептически оценивает прецедентную активность Суда ЕС, утверждая, что «доминирующая на сегодняшний день роль Суда ЕС приводит к искажённому конституционному равновесию» (*Орлова Ю.М.* Суд ЕС и правовая интеграция государств — членов Европейского Союза // Вестник Нижегородского университета им. Н.И. Лобачевского. 2014. № 6. С. 142–145, 144). Д. Тихоновецкий говорит о принципиальном отличии прецедента в системе европейского права от традиционного понимания прецедента в праве, заимствованного из английской системы общего права (см.: *Тихоновецкий Д.С.* Судебная практика в системе источников Европейского права: дисс. ... канд. юрид. наук. М., 2004. С. 82). См. также: *Энтин К.В.* Право Европейского Союза и практика Суда Европейского Союза. М.: Норма, 2015. С. 58–59; *Марченко М.Н., Дерябина Е.М.* Право Европейского Союза. Вопросы истории и теории. М.: Проспект, 2010. С. 115; *Абуллин А.И.* Судебный прецедент в системе источников права Европейского Союза // Правовая политика и правовая жизнь. 2012. № 2. С. 144–148; *Гошин В.А.* Судебный прецедент как источник права Европейского Союза // Проблемы в российском законодательстве. 2015. № 4. С. 290–295; *Мещерякова О.М.* Роль Суда ЕС (прецедентного права ЕС) в развитии законодательства о конкуренции Европейского Союза // Российская юстиция. 2013. № 9. С. 17–19.

⁵ См.: *Голуб К.Ю.* Судебный прецедент в системах международного и европейского права // Известия Саратовского университета. Серия: «Экономика. Управление. Право». 2007. Вып. 1. С. 92–96, 93.

⁶ «Суд ЕС развивает систему прецедентов *“sui generis”* (т.е. представляющих самостоятельный источник права), которая не похожа на все известные аналоги» (*Тихоновецкий Д.С.* Указ. соч. С. 83).

⁷ См.: *Довгань Е.* К вопросу о статусе источников права Европейского Союза // Журнал международного права и международных отношений. 2010. № 1. С. 3–9. Однако, по мнению К. Голуба, прецедентное право Суда ЕС, с одной стороны, обладает высшей юридической силой в европейской правовой системе, что характерно для актов первичного права, а с другой стороны, оно формируется на основе и во исполнение этих актов, что является главной чертой производного права (см.: *Голуб К.Ю.* Указ. соч. С. 93).

⁸ См. также мнение В. Горшкова, который пишет, что необходимо различать решения Суда ЕС, несущие прецедентный характер, и совокупность всех решений Суда ЕС как результат судебной деятельности высшей судебной инстанции, то есть

его судебную практику (см.: *Горшков В.Е.* Правовая природа и виды источников судебного права ЕС // Вестник экономики, права и социологии. 2012. № 1. С. 183–187, 185).

⁹ См.: *Arnulf A.* Owning up to Fallibility: Precedent and the Court of Justice. P. 248. К. В. Энтин пишет, что «Суд ЕС не следует характерной для англосаксонской системы доктрины обязательного прецедента. Это означает, что Суд формально не связан своими предыдущими решениями и вправе отступать от них» (*Энтин К.В.* Право Европейского Союза и практика Суда Европейского Союза. М.: Норма, 2015. С. 58–59).

циональном уровне¹⁰. Это подразумевало и то, что Суд должен иметь право изменять свою устоявшуюся практику и отходить от ранее принятых решений, когда это необходимо. Как отмечает другой исследователь, введение системы обязательных прецедентов в судебную систему ЕС означало бы не только серьёзный отход от практики, которой следуют государства — члены ЕС в своих правовых порядках, но и от существовавшей в то время международной практики¹¹.

В отличие от Европейского Суда по правам человека (*далее также* — ЕСПЧ) и других международных судов, Суд ЕС никогда не формулировал своё отношение к прецедентному (или квазипрецедентному) характеру своих решений, хотя используемая им в решениях терминология позволяет, как минимум, предположить, что он из этого исходит. Так, Генеральные адвокаты и сам Суд используют термины «прецедент»¹², «*stare decisis*»¹³, «*ratio decidendi*»¹⁴ и «*obiter dictum*»¹⁵. Однако гораздо чаще Суд использует термин «устоявшаяся судебная практика» (*established* или *settled case law*), не сопровождая и не обосновывая эти ссылки какими-либо доктринальными рассуждениями. Зато некое пояснение роли прецедента в практике Суда Европейского Союза можно найти в заключениях Генеральных адвокатов Суда ЕС, которые являются полноправными членами Суда. Так, Генеральный адвокат Суда

П. Мадуро пишет в одном из своих заключений следующее:

«Суд всегда действовал очень продуманно в том, что касается изменения толкования норм права, данного им в ранних решениях. Без того чтобы решить, представляют ли собой эти решения прецеденты или нет, Суд всегда показывал уважительное отношение в своей устоявшейся судебной практике. Можно сказать, что та сила, которую Суд придаёт своим ранним решениям, происходит из необходимости обеспечить слаженность, единообразие и правовую определённость, необходимую в любой системе права. Хотя сам Суд формально не связан своими предыдущими решениями, своим уважительным отношением к ним он признаёт важность стабильности практики для своего авторитета и помогает сохранить единообразие, целостность и правовую определённость в правовом порядке Сообщества»¹⁶.

Однако использование Судом терминов из системы общего права не превращает практику Суда в полноценную систему прецедентов. Именно поэтому к решениям Суда Европейского Союза не применимо традиционное для англосаксонской доктрины разделение судебного решения на *ratio decidendi* и *obiter dictum*. Анализ решений Суда ЕС показывает, что целый ряд ключевых положений правового порядка Союза были сформулированы им первоначально именно в *obiter*. В этом отношении можно согласиться с Э. Арнуллом, который считает, что всё сказанное Судом в своих решениях способно иметь прецедентную силу¹⁷.

Не менее интересна ещё одна особенность практики Суда Европейского Союза, подмеченная исследователями. Суд крайне редко ссылался на свои ранние решения в 1970-е годы, гораздо чаще в 1980-е, а начиная с 1990-х годов это стало уже стандартной практикой Суда¹⁸. На сегодня около 80% решений Суда Европейского Союза в значительной степени основаны на позициях Суда, сформулированных в ранее вынесенных ре-

¹⁰ См.: *Arnulf A. Owning up to Fallibility: Precedent and the Court of Justice*. P.248.

¹¹ См.: *Bradley K. Op. cit.*

¹² См.: Court of Justice of the European Union (*далее* — CJEU). Case C-334/12 RX-II, *Oscar Orlando Arango Jaramillo and Others v. European Investment Bank (EIB)*, § 50; European Court of Justice (*далее* — ECJ), C-97/09 RX-II, *M v. European Medicines Agency (EMA)* [2009] ECR I-12033, § 62; Court of First Instance of the European Union (*далее* — CFI). Case T-336/07, *Telefónica, SA and Telefónica de España, SA v. European Commission* ECR. § 361, 364, 432.

¹³ См.: ECJ. Case 112/76, *Renato Manzoni v. Fonds national de retraite des ouvriers mineurs* [1977] ECR 1647, Opinion of AG Warner, p.1662; ECJ, Joined cases C-267/95 and C-268/95, *Merck & Co. Inc., Merck Sharp & Dohme Ltd and Merck Sharp & Dohme International Services BV v. Primecrown Ltd and Ketan Himatlal Mehta, Bharat Himatlal Mehta and Necessity Supplies Ltd and Beecham Group plc v. Europharm of Worthing Ltd* [1996] ECR I-6285, Opinion of AG Fennelly, § 139; ECJ. Case C-262/96, *Sema Sürül v. Bundesanstalt für Arbeit* [1999] ECR I-2685, Opinion of AG La Pergola, § 36.

¹⁴ См.: ECJ. Case C-442/03 P, *P&O European Ferries (Vizcaya) v. Commission* [2006] I-4845, § 44.

¹⁵ См.: CJEU. Case C-352/09 P, *ThyssenKrupp Nirosta GmbH v. European Commission* [2011] ECR I-2359, § 132.

¹⁶ См.: ECJ. Joined cases C-94/04 and C-202/04, *Federico Cipolla v. Rosaria Fazari, née Portolese and Stefano Macrino and Claudia Capoparte v. Roberto Meloni* [2006] ECR I-11421, Opinion of AG Poireres Maduro, § 28.

¹⁷ См.: *Arnulf A. The European Union and its Court of Justice*. Oxford : Oxford University Press, 1999. P.631.

¹⁸ См.: *Tridimas T. Op. cit.* P.309.

шениях¹⁹. Более того, в своих Указаниях и порядке проведения письменной и устной процедур, размещённых на сайте Суда, Суд недвусмысленно побуждает стороны процесса и их юристов сопровождать свои письменные представления в Суд ссылками на применимые решения Суда²⁰.

Как отмечает один из исследователей права Европейского Союза, Суд ЕС фактически создал свою собственную доктрину *stare decisis*, при этом используя континентальную методологию и стиль рассуждений, которые фокусируются на правилах и принципах, артикулированных в самих решениях, а не на фактических обстоятельствах рассмотренных дел²¹.

В отличие от других международных судов, прецедентная сила решений Суда ЕС проявляется в трёх направлениях. Во-первых, в отношении обязательности ранее вынесенных решений для самого Суда (назовём это самообязывающий прецедент). Во-вторых, это обязательность решений Суда для нижестоящих судов Союза (вертикальный прецедент), то есть для Суда общей юрисдикции (*далее также* — СОЮ), в отношении решений которого Суд Европейского Союза выступает в роли апелляционной инстанции, и Трибунала по гражданской службе (по отношению к которому Суд ЕС выступает как надзорная инстанция). В-третьих, это прецедентный характер преюдициальных заключений Суда ЕС для национальных судов государств — членом Европейского Союза. Как уже указывалось выше, российские исследователи в своих трудах в основном касались прецедентного характера именно преюдициальных решений Суда Европейского Союза, и, насколько известно автору, вопрос вертикального прецедента в практике Суда пока остаётся вне поля зрения отечественных авторов.

3. Проблема самообязывающего прецедента

Как уже указывалось, Суд Европейского Союза находится в том же положении, что и все другие международные суды: он не связан своими предыдущими решениями, но отход от них Суд допускает крайне редко. К числу наиболее известных этих случаев можно отнести решение Суда Европейского Союза по делу *HAG-II*²², где Суд совершенно недвусмысленно пересмотрел свою позицию, занятую в решении по делу *HAG-I*²³ (в котором Суд заявил о приоритете для него идеи единого внутреннего рынка над защитой прав интеллектуальной собственности). Другим примером стало решение по делу *Kerk*²⁴, которое в доктрине считается самым резким пересмотром со стороны Суда своей позиции, ранее сформулированной в решениях по делам *Dassonville*²⁵ и *Cassis de Dijon*²⁶ (в этих решениях Суд дал крайне расширительное толкование ограничений свободы передвижения товаров).

В решении по делу *Dassonville* Суд заявил, что «все [национальные. — А. И.] правила торговли, способные прямо или косвенно, в действительности или потенциально затронуть торговлю внутри Сообщества, должны рассматриваться как меры, имеющие эффект количественных ограничений». Из этого следовало, что такие меры подпадают под сферу действия статьи 30, которая запрещает государствам — членам Европейского Союза принимать меры, устанавливающие количественные ограничения. Однако столкнувшись с тем, что этот вывод Суда стал использоваться для обжалования любых национальных мер, регулирующих торговлю, в решении по делу *Kerk* Суд пересмотрел свою позицию, предложив ограничительный подход гораздо большей степени. В обоснование такого пересмотра Суд заявил, что «с учётом растущей тенденции торговых компаний ссылаться на

¹⁹ *McCown M.* Re-Writing the Treaties with Precedent: Intellectual Property Rights and EU Law: Working Paper. 2003. P. 16. URL: <http://aei.pitt.edu/2894> (дата обращения: 01.08.2016).

²⁰ Notes for the guidance of Counsel in written and oral proceedings before the Court of Justice of the European Communities (February 2009). URL: http://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2008-09/txt9_2008-09-25_17-37-52_275.pdf (дата обращения: 01.08.2016).

²¹ См.: *Barceló J.J.* Precedent in European Community Law // *Interpreting Precedents: A Comparative Study* / ed. by D. N. McCormick, R. S. Summers. Adelshot : Ashgate & Dartmouth, 1997. P. 407–436, 433.

²² ECJ. Case C-10/89, *CNL-Sucal v. HAG GF* [1990] ECR I-3711 (*далее* — *HAG-II*).

²³ ECJ. Case 192/73, *Van Zuylen v. HAG* [1974] ECR 731 (*далее* — *HAG-I*).

²⁴ ECJ. Joined cases C-267 and C-268/91 [1993] ECR I-6097 (*далее* — *Kerk* case).

²⁵ ECJ. Case 8/74, *Procureur du Roi v. Dassonville* [1974] ECR 837, § 5.

²⁶ ECJ. Case 120/78, *Rewe v. Bundesmonopolverwaltung für Branntwein* [1979] ECR 649.

статью 30 для того, чтобы оспорить любые национальные меры, ограничивающие их коммерческую свободу, даже если эти меры не направлены против товаров из других стран ЕС, Суд считает необходимым пересмотреть свою устоявшуюся практику по этому вопросу»²⁷. Отметим, что Суд так и не почитал необходимым указать, какие именно решения он считает необходимым пересмотреть, что представляет очевидный контраст с приведённым выше подходом того же ЕСПЧ, который для изменения своей позиции предпочитает обстоятельные объяснения.

Ещё бóльшую трудность представляют случаи неочевидного (скрытого) пересмотра Судом Европейского Союза своих решений, когда в своём решении Суд об этом прямо не заявляет, но в результате практика радикально меняется, что приводит к весьма серьёзным последствиям. Ярким примером такого рода является решение по делу *Chernobyl*²⁸. В этом решении Суд решал вопрос о том, обладает ли Европарламент правом обращаться в Суд ЕС с иском об аннулировании нормативного акта, принятого Советом Европейского Союза. Действующая на тот момент формулировка соответствующей статьи Договора о ЕС (ст. 173) вообще не упоминала Европарламент в числе институтов, акты которых можно аннулировать в рамках соответствующей процедуры. Это объяснялось тем, что на момент разработки этих положений (середина 1950-х годов) Европарламент (тогда ещё Европейская Ассамблея) мыслился разработчиками лишь как сугубо консультативный вспомогательный орган, никак не вовлечённый в процесс принятия законодательных актов. За два года до решения по делу *Chernobyl* Суд ЕС в своём решении по делу *Comitology* отказался признать за Европарламентом такое право, указав, что «применимые положения [Договора о ЕС. — А.И.] в том виде, в каком они изложены сейчас, не дают Суду право признать за Европарламентом право обращаться с иском в рамках процедуры аннулирования»²⁹. В решении по делу *Chernobyl* Суд сначала сослался на своё решение по делу *Comitology*, снова повторив, что «Парламент не имеет права иницииро-

вать процедуру аннулирования по статье 173 Договора о ЕЭС». Однако затем через несколько параграфов Суд пришёл к следующему выводу:

«Отсутствие в договорах каких-либо положений, дающих Европарламенту право инициировать процедуру аннулирования, может являться процессуальным пробелом, но это не может умалять фундаментальный интерес сохранения и соблюдения институционального баланса, заложенного договорами об учреждении Европейских Сообществ»³⁰.

Хотя Суд ничего не сказал про судьбу своего решения по делу *Comitology*, оно было воспринято как государствами, так и академическим сообществом как его негласный пересмотр Судом и безусловное признание за Европарламентом права выступать истцом в исках об аннулировании актов институтов Евросоюза.

Иногда Суд меняет свою многолетнюю практику под воздействием внешних факторов, к которым можно отнести и решения Европейского Суда по правам человека. В 1989 году в своём решении по делу *Hoechst*³¹ Суд заявил, что не готов признать существование среди основных принципов права Европейского Союза право предприятий на неприкосновенность своих помещений, указав также и на отсутствие соответствующей практики ЕСПЧ. Тем не менее, после того как ЕСПЧ в 1992 году в своём решении по делу *Niemietz v. Germany*³² признал за компаниями такое право, вытекающее из статей 8 и 9 Европейской Конвенции, Суд ЕС только в 2002 году в решении по делу *Roquette Frères*³³ изменил свою 13-летнюю практику, специально сославшись на решение Европейского Суда по правам человека по этому вопросу.

4. Вертикальный прецедент

С момента создания Европейских Сообществ Суд ЕС был длительное время судом первой и последней инстанции, пока в 1989 году в

²⁷ ECJ. Joined cases C-267 and C-268/91, *Kerk* case, § 14.

²⁸ ECJ. Case C-70/88, *European Parliament v. Council* [1990] ECR I-2041 (далее — *Chernobyl* case).

²⁹ ECJ. Case 302/87, *Parliament v. Council* [1988] ECR 5615.

³⁰ ECJ. Case C-70/88, *Chernobyl* case, § 26.

³¹ ECJ. Joined cases 46/87 and 227/88, *Hoechst AG v. Commission of the European Communities* [1989] ECR 2859.

³² European Court of Human Rights. *Niemietz v. Federal Republic of Germany*, 251 Eur. Ct. H.R. (ser. A) (1992).

³³ ECJ. Case C-94/00, *Roquette Frères SA v. Directeur général de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes* [2002] ECR I-9039.

рамках Европейского Союза не был создан Суд первой инстанции (ныне Суд общей юрисдикции), все решения которого, включая определения о прекращении производства по делу, можно было обжаловать в Суд Европейского Союза в апелляционном порядке. Затем в 2001 году в соответствии с Ницким договором судебная система Европейского Союза была трансформирована в трёхзвенную за счёт введения специализированных судов (из которых пока был создан только Трибунал по гражданской службе). В новой конструкции Суд общей юрисдикции получил право рассматривать апелляционные жалобы на решения специализированных судов и наравне с Судом Европейского Союза выносить преюдициальные заключения по запросам национальных судов. В свою очередь у Суда Европейского Союза появилась новая для него функция надзорной инстанции. Понимая и допуская как возможность ошибок нижестоящих судов, так и вероятные риски стабильности и целостности судебной практики Евросоюза в результате противоречащих толкований, даваемых в своих преюдициальных заключениях Судом Европейского Союза и Судом общей юрисдикции, разработчики договора предусмотрели, что «решения, вынесенные Судом общей юрисдикции, в исключительных случаях могут быть предметом пересмотра в порядке надзора Судом Европейского Союза в том случае, если существует серьёзный риск единству или целостности права Европейского Союза» (ст. 256 ДФЕС).

4.1. Прецедент в апелляционном производстве

В соответствии со статьёй 61 Статута Суда Европейского Союза, в том случае, если апелляционная жалоба является обоснованной, Суд Европейского Союза может отменить решение Суда общей юрисдикции и вынести окончательное решение по спору или отправить дело на новое рассмотрение в первую инстанцию. В этом случае его выводы по вопросам права будут обязательны для Суда общей юрисдикции. Решение Суда Европейского Союза будет также обязательным для нижестоящего суда в случае, если Суд ЕС установит, что принятый им к рассмотрению иск относится к компетенции Суда общей юрисдикции, и перенаправит дело в этот суд,

который в этом случае уже не сможет уклониться от рассмотрения спора.

В остальных случаях Суд общей юрисдикции в принципе не обязан следовать ранее принятым решениям Суда Европейского Союза. Как об этом заявил сам Суд общей юрисдикции в решении по делу *NMB-II*, он должен следовать решениям Суда Европейского Союза лишь в случаях, предусмотренных Статутом Суда ЕС, а также следуя принципу *res judicata*³⁴. Однако предусмотренная возможность отмены Судом Европейского Союза решения суда первой инстанции является весьма действенным инструментом для того, чтобы Суд общей юрисдикции на практике весьма редко отходил от прецедентной практики Суда Европейского Союза. В тех же случаях, когда Суд общей юрисдикции отходил от практики Суда Европейского Союза, он это делал для того, чтобы выразить несогласие с позицией вышестоящего суда и побудить его изменить свою точку зрения.

Пожалуй, наиболее известным и красочным примером такого диалога судов ЕС является уже вошедшее в историю права ЕС рассмотрение дел *Kadi-I* и *Kadi-II*. В обоих делах рассматривались иски саудовского бизнесмена Яссина Кади об аннулировании актов Совета и Комиссии о включении его в санкционный список, принятый на основании резолюций Совета Безопасности ООН по борьбе с террористической организацией «Аль-Каида». Суд общей юрисдикции (тогда ещё Суд первой инстанции) в своём решении по делу *Kadi-I* в 2005 году отказал заявителю в рассмотрении иска, признав данные акты мерами, направленными на исполнение резолюций Совета Безопасности ООН и не подпадающими под юрисдикцию судов Европейского Союза³⁵. Однако Суд Европейского Союза, рассматривая апелляционную жалобу заявителя, пришёл в 2008 году к совершенно другим выводам, не согласившись с выводом Суда первой инстанции о приоритетности обязательств государств по Уставу ООН перед обязательствами по любому другому договору, отменил решение нижестоящего суда и принял решение об аннулировании актов

³⁴ См.: CFI. Case T-162/94, *NMB France SARL, NMB-Minebea-GmbH, NMB UK Ltd and NMB Italia Srl v. Commission of the European Communities* [1996] ECR II-427, § 36.

³⁵ См.: CFI. Case T-315/01, *Kadi v. Council and Commission* [2005], ECR II-3546.

Европейского Союза в части включения заявителя в санкционные списки³⁶. Решение Суда, так же как и отменённое им решение Суда первой инстанции, вызвали многочисленные комментарии, в которых многие исследователи упрекали Суд Европейского Союза в «шовинистском и в местечковом тоне» и даже в разжигании конфронтации между системой ООН по поддержанию мира и безопасости и соответствующей системой Европейского Союза³⁷.

После решения Суда Европейского Союза по делу *Kadi-I* Комиссия ЕС повторно включила Я. Кади в санкционный список, и это было тут же снова обжаловано заявителем в Суд общей юрисдикции. При рассмотрении этого дела Совет и Комиссия ЕС, как и ряд стран Союза, недовольные позицией Суда Европейского Союза по делу *Kadi-I*, всячески побуждали Суд общей юрисдикции пойти на пересмотр позиции Суда ЕС в решении по делу *Kadi-I*, упирая при этом как раз на отсутствие в Европейском Союзе системы обязательного прецедента. Логика и аргументы, приведённые Судом общей юрисдикции в решении по делу *Kadi-II*³⁸ в отношении вертикального прецедента в судебной системе ЕС, крайне показательны и имеют самое прямое отношение к теме настоящей статьи. Суд общей юрисдикции снова заявил, что в соответствии со статьёй 61 Статута Суда Европей-

ского Союза Суд общей юрисдикции не связан выводами по вопросам права, сделанными Судом Европейского Союза в решении по делу *Kadi-I*, подчеркнув тем самым ещё раз отсутствие в судебной системе Европейского Союза доктрины прецедента, сходной с англосаксонской системой права (п. 112 решения).

Отметив отдельно, что решение Суда ЕС по делу *Kadi-I* вызвало крайне неоднозначную реакцию как в столицах стран Европейского Союза, так и в научных кругах, Суд общей юрисдикции подчеркнул, что он не может утверждать, что эта критика является полностью необоснованной (*those criticisms are not entirely without foundation*), в такой элегантной форме выразив своё несогласие с рассуждениями и выводами Суда ЕС (п. 121 решения). Однако, по мнению Суда общей юрисдикции, вопрос об уместности в данном деле ранее сделанных выводов Суда ЕС нужно решать с учётом всех обстоятельств дела. Кроме этого, надо принимать во внимание сам принцип апелляции, равно как и иерархическую судебную структуру ЕС, которая сама по себе не нацелена на пересмотр нижестоящим судом выводов вышестоящего суда (п. 121 решения). Суд общей юрисдикции завершил свои рассуждения признанием, что ответы на вопросы, поднятые институтами и странами ЕС, а также научным сообществом по следам решения Суда ЕС по делу *Kadi-I*, должны быть даны не им, а самим Судом Европейского Союза при рассмотрении других подобных дел в будущем.

4.2. Прецедент ЕС в процедуре надзора

Исключительный характер процедуры надзора подтверждается процедурными особенностями её инициирования, закреплёнными в Статуте Суда Европейского Союза. Статья 62 Статута устанавливает, что только Первый Генеральный адвокат Суда ЕС может обратиться в Суд с просьбой о пересмотре в порядке надзора решения Суда общей юрисдикции³⁹. При этом надзорная процедура может быть начата только в том случае, если

³⁶ См.: ECJ. Joined cases C-402/05 and C-415/05, *Jasin Abdulah Kadi and Al Barakaat International Foundation v. Council of the European Union and the Commission of the European Communities* [2008] ECR I-0635. Суд ЕС заявил, что «никакой международный договор [читай и Устав ООН тоже. — А.И.] не может затрагивать распределение полномочий, зафиксированное в договоре о ЕС, и, следовательно, автономность правопорядка ЕС». Кроме этого, «обязательства, налагаемые международным договором, не могут иметь последствием ущемление конституционных принципов правопорядка ЕС, в число которых входит и принцип, что все акты ЕС должны уважать основные права человека. Уважение основных прав человека является условием правомерности этих актов для Суда ЕС...». Таким образом, Суд ЕС провозгласил свою обязанность рассматривать вопросы правомерности любых внутренних актов ЕС, имплементирующих решения международных организаций, на предмет соответствия этих внутренних актов основным правам человека (п. 282, 286 решения).

³⁷ См.: *De Búrca G. The European Court of Justice and the International Legal Order After Kadi* // *Harvard International Law Review*. Vol. 51. 2010. No. 1. P. 1–49, 4–5. Наиболее полный обзор комментариев о решении по делу *Kadi* представлен в работе: *Poli S., Tzanou M. The Kadi Rulings: A Survey of the Literature* // *Yearbook of European Law*. Vol. 28. 2009. No. 1. P. 533–558.

³⁸ General Court of the European Union (далее — GC). Case T-85/09, *Kadi v. European Commission* [2010] ECR II-5177.

³⁹ Должность Первого Генерального адвоката Суда ЕС была впервые введена в 1974 году. Статья 14 Правил процедуры Суда Европейского Союза предусматривает, что он назначается Судом сроком на один год по представлению, сделанному собранием всех Генеральных адвокатов.

палата Суда Европейского Союза согласится с его доводами о том, что решение Суда общей юрисдикции представляет серьёзный риск единству или целостности права Европейского Союза. Итогом процедуры надзора может быть отмена решения Суда общей юрисдикции, вынесенного по апелляционной жалобе на решение Трибунала по гражданской службе, и направление дела на новое рассмотрение в нижестоящие суды (и тогда они должны следовать выводам Суда Европейского Союза по вопросам права). Либо Суд ЕС вправе вынести новое решение по существу спора или новое преюдициальное заключение вместо отменённого им заключения Суда общей юрисдикции.

Сложность инициирования процедуры надзора, равно как и весьма общие её основания (риск единству или целостности права ЕС), привели к тому, что первое надзорное решение Суда Европейского Союза было вынесено лишь в 2009 году после трёх безуспешных попыток Первого Генерального адвоката убедить Суд ЕС прибегнуть к такой процедуре⁴⁰. В своём первом надзорном решении по делу *C-197/09 RX-II (M v. EMEA)* Суд ЕС отменил апелляционное решение Суда общей юрисдикции и вернул дело в этот суд на новое рассмотрение⁴¹. Суд ЕС решил, что ошибки, допущенные Судом общей юрисдикции, являются настолько серьёзными, что напрямую затрагивают единство или целостность правопорядка Европейского Союза⁴².

В следующих своих надзорных решениях Суд ЕС пояснил, что слова «единство или целостность права Европейского Союза» он намерен толковать как «единство и целостность», не противопоставляя эти термины. При этом под риском для единства права Со-

юза он будет понимать ситуацию, когда нижестоящий суд не использовал явно применимые положения первичного права, а риск целостности права возникает в тех случаях, когда нижестоящий суд игнорирует прецедентную практику Суда ЕС⁴³.

Подводя итог рассмотрению проблемы вертикального прецедента в практике Суда Европейского Союза, необходимо отметить, что деятельность Суда в качестве апелляционной и тем более надзорной инстанции уникальна для современного международного правосудия. Наличие апелляционных инстанций в целом ряде международных судебных учреждений (Суд ЕАЭС, Апелляционный Орган ВТО, апелляционное производство в Европейском Суде по правам человека и в международных уголовных судах и трибуналах) не может сравниться ни количественно, ни качественно с той ролью, которую играют вертикальные прецеденты в практике Суда Европейского Союза. Само право Суда ЕС отменять решения нижестоящих судов и отправлять дела вниз на новое рассмотрение со своими обязательными указаниями сильно облегчает Суду ЕС его задачу по выстраиванию предсказуемой и целостной судебной практики и делает прецедентный характер решений Суда ЕС более очевидным, чем у какого-либо иного международного суда. Если же говорить только о надзорной деятельности Суда ЕС, то в самое ближайшее время её ждёт прекращение (как минимум на какое-то время). Связано это с тем, что, во-первых, благодаря активному сопротивлению со стороны самого Суда Европейского Союза планы наделить Суд общей юрисдикции правом наравне с Судом ЕС выносить преюдициальные заключения, скорее всего, останутся на бумаге, и надзорная деятельность Суда ЕС в этом вопросе будет носить лишь теоретический характер. Во-вторых, реформа Суда ЕС, начатая в конце 2015 года, предполагает прекращение деятельности Трибунала по гражданской службе в сентябре 2016 года с передачей всех дел и переводом персонала и судей в Суд общей юрисдикции⁴⁴. В этом случае за

⁴⁰ См.: CJEU. Case C-216/08 RX, Case C-21/09 RX и C-180/09 RX.

⁴¹ См.: CJEU. Case C-197/09 RX-II [2009] ECR I-12033.

⁴² Само дело касалось иска временного сотрудника Европейского медицинского агентства, который по пути на работу попал в ДТП и потерял трудоспособность. После того как его работодатель отказался рассматривать вопрос о его инвалидности и расторг с ним контракт по истечении срока, заявитель обратился с иском в Трибунал по гражданской службе. Трибунал в иске отказал без рассмотрения дела по существу. На стадии апелляции Суд общей юрисдикции поддержал требования заявителя, отменив решение Трибунала, рассмотрел дело по существу и присудил истцу 3000 евро. Своим решением СОЮ нарушил многолетнюю практику Суда ЕС, который исходит из того, что вторая инстанция не может вынести решение по существу спора, если на первой инстанции в иске было отказано и в апелляции обжалуется отказ в рассмотрении иска.

⁴³ См.: CJEU. Case C-579/12 RX-II, *Review Commission v. Strack*, Judgment of 19 September 2013.

⁴⁴ Regulation (EU, Euratom) 2015/2422 of the European Parliament and of the Council of 16 December 2015 amending Protocol No. 3 on the Statute of the Court of Justice of the European Union.

Судом ЕС останется лишь апелляционное рассмотрение жалоб на решения Суда общей юрисдикции. Однако это в любом случае не умаляет важность и актуальность накопленного Судом ЕС опыта в надзорной сфере, включая его толкование термина «риск единству и целостности правопорядка Европейского Союза».

5. Прецедентная сила преюдициальных решений

В Европейском Союзе практика преюдициальных заключений регулируется во многом решениями Суда ЕС. Механизм преюдициальных заключений Суда Европейского Союза впервые появился в Римском договоре 1957 года. Начиная с того момента и до нынешнего дня в учредительных договорах Сообщества и Союза нет ни слова о юридической силе таких заключений и их обязательности. Тем не менее де-факто они играют роль своего рода прецедентов для национальных судов, цементируя правопорядок Евросоюза и выполняя очень важную роль в единообразном толковании и применении права ЕС. Суд Европейского Союза добился этого не сразу, весьма осмотрительно и последовательно формулируя свою позицию в ряде решений.

В деле *Da Costa*⁴⁵ Суд рассматривал запрос голландского суда, который уже обращался ранее с подобным запросом в рамках сходного до идентичности дела (дело *Van Gend*). К чести Суда Европейского Союза, он не стал отказывать в рассмотрении запроса, несмотря на просьбу Комиссии об этом. Вместо этого, отметив в своём решении схожесть как вопросов, так и материалов основного дела, Суд просто указал, что «запрашивающий [преюдициальное заключение. — А.И.] суд должен использовать предыдущее разъяснение Суда».

В решении по делу *CILFIT*⁴⁶ Суд Европейского Союза указал, что, во-первых, наличие предыдущего разъяснения Суда по идентичному вопросу освобождает национальный суд от обязанности обращаться в Суд ЕС в случае, если такая обязанность прямо предпи-

сывается положениями договоров. Во-вторых, Суд указал, что такой же эффект для национальных судов преюдициальные решения Суда ЕС могут иметь в случае, если спор касается одного и того же вопроса права, независимо от обстоятельств спора, и даже в том случае, если вопросы, поднятые национальными судами, не являются идентичными.

Рассматривая запрос национального суда по делу *International Chemical Corporation*⁴⁷, Суд указал, что, несмотря на то что преюдициальное заключение, в котором Суд объявил акт институтов Европейского Союза недействительным, адресовано только национальному суду, обратившемуся с запросом в Суд, «есть достаточные основания для любого национального суда считать данный акт институтов ЕС недействительным для целей рассмотрения споров в их производстве» (п. 13).

Оценивая практику Суда Европейского Союза в части преюдициальных заключений, необходимо отметить в первую очередь терпеливость и сдержанность самого Суда. Между решением по делу *Da Costa* и решением по делу *Interantional Chemical Corporation* прошло около 20 лет. Бросается в глаза также правильно подобранная уважительная интонация в адрес национальных судов («есть достаточные основания для национальных судов полагать», как в процитированном выше решении по делу *International Chemical Corporation*). Очевидно, и это отмечается всеми комментаторами, что Суд ЕС исходил из необходимости эффективного и конструктивного диалога с национальными судами, ибо именно на национальные суды проходила и приходится основная тяжесть судебной работы по практическому применению норм права Евросоюза. Суду ЕС тем не менее потребовались десятилетия, чтобы механизм преюдициальных заключений заработал эффективно.

Тот факт, что Суд Европейского Союза формально не связан своими предыдущими решениями, не лишает национальный суд права обратиться в этот Суд ещё раз, даже несмотря на то, что по этому вопросу уже есть ранее вынесенное им решение. Так, в одном из своих дел немецкий суд напрямую

⁴⁵ См.: ECJ. Joined Cases C-28–30/62, *Da Costa en Schaake NV, Jacob Meijer NV, Hoechst-Holland NV v. Netherlands Inland Revenue Administration* [1963] ECR 31.

⁴⁶ ECJ. Case C-283/81, *Srl CILFIT and Lanificio di Gavardo SpA v. Ministry of Health* [1982] ECR 3415.

⁴⁷ ECJ. Case C-66/80, *International Chemical Corporation v. Amministrazione delle Finanze dello Stato* [1981] ECR 1191.

спросил Суд ЕС, хочет ли он поддержать своё ранее принятое решение. В ответ на это Суд проанализировал обоснованность ранее вынесенного решения и пришёл к выводу, что он не видит оснований для отхода от него⁴⁸. На практике национальный суд может обратиться в Суд Европейского Союза даже дважды при разбирательстве одного и того же дела (хотя это встречается чрезвычайно редко) и лишь в тех случаях, когда он либо испытывает трудности с пониманием ранее вынесенного преюдициального решения Суда Европейского Союза, либо у него появились новые соображения, которые могут заставить Суд поменять свои выводы⁴⁹. Как отмечает Э. Арнулл, который сам проработал несколько лет в Суде Европейского Союза, иногда Суд даёт инструкции Секретарю Суда направить письмо в запрашивающий суд, обращая его внимание на ранние решения Суда ЕС и спрашивая, намерен ли национальный суд по-прежнему настаивать на своём запросе⁵⁰. Часто после такого письма запрашивающий суд отзывает свой запрос. Более того, практика показывает, что, отвечая на запрос национального суда, который идентичен ранее сделанному запросу другого суда, Суд Европейского Союза либо даёт идентичный ответ, просто повторяя своё ранее сделанное заключение, либо может просто ограничиться обоснованным определением (*reasoned order*), в котором содержится ссылка на ранее принятое решение. Право Суда использовать обоснованное определение содержится в статье 99 Правил Процедуры Суда⁵¹, и, как показывает практика последних лет, Суд довольно активно к ней прибегает. Так, в 2015 году из 377 рассмотренных Судом ЕС запросов национальных судов 35 запросов были обработаны именно таким образом⁵². Как отмечают

авторы, эта статья Правил процедуры может теоретически использоваться Судом и как квазифильтрационный механизм, позволяющий Суду самому решать, какой из своих прецедентов он хочет пересмотреть⁵³.

Кардинальные качественные изменения в прецедентной силе преюдициальных заключений Суда ЕС произошли в последние годы, и связаны они с решением Суда ЕС по делу *Köbler*⁵⁴. В этом деле Суд признал нарушением права ЕС отказ высшего национального суда обратиться с запросом в Суд Европейского Союза в том случае, когда он был обязан это сделать. Дело интересно тем, что австрийский суд, рассматривающий иск профессора Кёблера, обратился в Суд Европейского Союза в порядке преюдициального запроса. В ответ Суд в лице своего Секретаря направил запрашивающему суду копию своего решения по другому делу, полагая, что этого будет достаточно для того, чтобы отзывать запрос. Австрийский суд действительно запрос отозвал, но не по причине того, что он увидел в присланном решении ответы на свои вопросы, а потому, что он не согласился с толкованием, данным Судом Европейского Союза в присланном решении. Посчитав на этом свою обязанность по обращению в Суд ЕС исполненной, австрийский суд в иске профессору Кёблеру отказал. Истец обратился с иском к правительству Австрии, прося возместить ущерб, понесённый в результате нарушения австрийским судом права Европейского Союза (в данном случае своей обязанности обратиться с запросом в Суд ЕС).

Суд ЕС в решении по делу *Köbler* заявил, что «в любом случае нарушение права Европейского Союза будет считаться достаточно серьёзным, если решение национального суда было принято с очевидным отказом следовать устоявшейся практике Суда ЕС по данному вопросу»⁵⁵. Правда, следуя своей традиции постепенного внедрения своих новых доктрин, Суд отказался признать в действиях австрийского суда очевидное нарушение своей устоявшейся практики.

Следующий шаг в развитии доктрины ответственности национальных судов за нарушение устоявшейся практики Суда Европей-

⁴⁸ См.: ECJ. Case 28/67, *Molkerei-Zentrale Westfalen v. Hauptzollamt Paderborn* [1968] ECR 143. См. также: Arnall A. Owing up to Fallibility: Precedent and the Court of Justice. P.248.

⁴⁹ См.: ECJ. Case 14/86, *Pretore di Salò v. Persons Unknown* [1987] ECR 2545. См.: Arnall A. Owing up to Fallibility: Precedent and the Court of Justice. P.248.

⁵⁰ См.: Arnall A. Owing up to Fallibility: Precedent and the Court of Justice. P.252.

⁵¹ CJEU. Recommendations to national courts in relation to the initiation of preliminary ruling proceedings // Official Journal of the European Union. C 338. 6.11.2012.

⁵² См.: Court of Justice of the European Union. Annual Report 2015: Judicial Activity. P. 10. URL: http://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2016-08/rapport_annuel_2015_activite_judiciaire_en_web.pdf (дата обращения: 01.08.2016).

⁵³ См.: *Tridimas T.* Op. cit. P.328.

⁵⁴ ECJ. Case C-224/01, *Gerhard Köbler v. Austria* [2003] ECR I-10239.

⁵⁵ *Ibid.* § 56.

ского Союза был сделан в решении Суда по делу *Traghetti del Mediterraneo SpA*⁵⁶. В нём Суд снова заявил, что в тех случаях, когда решение национального суда принято с явным (manifest) отказом суда учитывать устоявшуюся практику Суда (case law), это даёт основание презюмировать наличие явного нарушения государством своих обязательств по праву Европейского Союза. Затем Суд пошёл ещё дальше, провозгласив, что предусмотренные в национальном праве ограничения материальной ответственности государства за действия своих судов только случаями умысла или серьёзных процедурных нарушений будут противоречить праву Европейского Союза, если такие ограничения ведут к исключению ответственности государств за нарушения своими судами союзного права.

И наконец, последний на сегодня шаг в повышении прецедентного характера своих преюдициальных заключений был сделан Судом Европейского Союза в 2014 году в решении по делу *Ferreira da Silva and Others*⁵⁷. В этом решении Суд не только впервые обязал государство — член Европейского Союза выплатить компенсацию за действия своего высшего суда в виде отказа обратиться в Суд Союза за преюдициальным заключением, но и указал, что выплата такой компенсации никак не должна быть обусловлена отменой решения национального суда, которым и был нанесён ущерб заявителю. Если национальное законодательство содержит такое требование, оно не должно применяться при решении вопроса о компенсации в случаях нарушения национальными судами права Европейского Союза в виде явного пренебрежения устоявшейся практикой Суда ЕС.

6. Общая оценка прецедентной практики Суда Европейского Союза

Как ни парадоксально, несмотря на признаваемые всеми успешность и авторитет Суда ЕС, его отношение к прецедентной силе своих решений подвергается весьма серьёзной критике. Оценивая приверженность Суда ЕС

своим ранее вынесенным решениям, исследователи отмечают, что его подход к выстраиванию своей прецедентной практики является значительно менее структурированным, предсказуемым и прозрачным по сравнению с теми усилиями, которые предпринимают в этом направлении Верховный суд США или тот же ЕСПЧ⁵⁸. М. Якоб отмечает, что прецедентная техника Суда Европейского Союза остаётся «сложной и ситуативной» и что Суд всё ещё во многом полагается на повторяемость, а не на объяснения, и это создаёт почву для обвинений в отсутствии должной мотивированности изменений Судом своих решений⁵⁹.

Надо отметить, что с начала 1990-х годов стиль и язык Суда ЕС подвергаются непрекращающейся критике со стороны, в первую очередь, критике американских исследователей, которые как раз в это время открыли для себя Суд ЕС и начали его сравнивать с Верховным судом США. Такие сравнения оказываются заведомо выигрышными для Верховного суда США, который предпочитает индуктивные рассуждения, предусматривающие диалог, обилие аналогий и аргументации, а также пространные особые мнения судей.

На наш взгляд, такие сравнения заведомо не совсем корректны. Стиль Суда ЕС имеет свои исторические объяснения. Суд Европейского Союза вполне осознанно создавался во многом по модели французского Государственного Совета (Conseil d'État), на тот момент высшего административного суда Франции, позаимствовав от него многие особенности своего судопроизводства, существующие до сих пор. Госсовет Франции всегда отличался крайне своеобразным стилем, не творя право, а провозглашая весьма сухим и сжатым языком, что есть право. Его решения всегда выносились от имени всего Совета как единого целого, при этом особые мнения просто не допускались. Достаточно сравнить решение Госсовета Франции о конституционности позитивной дискриминации, где анализу основного вопроса отведено всего четыре параграфа⁶⁰, и 150-страничное решение Верховного суда США по тому же вопросу с оби-

⁵⁶ ECJ. Case C-173/03, *Traghetti del Mediterraneo SpA* [2006] ECR, p. I-5177.

⁵⁷ CJEU. Case C-160/14, *João Filipe Ferreira da Silva e Brito and Others v. Estado português*. URL: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:62014CJ0160> (дата обращения: 01.08.2016).

⁵⁸ См., например: *Tridimas T.* Op. cit. P. 325.

⁵⁹ См.: *Jacob M.* Op. cit. P. 5—6.

⁶⁰ См.: French Constitutional Council. *Feminine Quotas Case* 82-146 DC of 18 November 1983.

лием особых мнений судей⁶¹. Именно поэтому ранние решения Судов Сообщества и Союза, вынесенные в 1950-х и в начале 1960-х годов, выглядят как точные копии решений высших французских судов⁶². Более того, некоторые крайне важные детали современного судопроизводства в Суде ЕС также имеют французское происхождение, как, например, использование только французского языка при обсуждении судьями дела, а также при разработке и обсуждении проекта решения.

Приверженность Суда ЕС этому стилю в настоящее время в глазах многих исследователей уже выглядит некоей аномалией, хотя бы в силу того, что Суд ЕС не занимает в системе Европейского Союза то же место, что Госсовет в системе органов власти Франции⁶³. Суд ЕС упрекают в том, что он отказывается менять свою манеру изложения на стиль, более подходящий для современных международных судов. В пример приводится эволюция техники аргументирования, которую проделал ЕСПЧ, также начинавший с весьма кратких решений, не утруждая себя объяснениями⁶⁴. Помимо этого, в упрек Суду ЕС ставится принятие решения коллегиальным путём, исключая особое мнение судей, и секретность обсуждений принимаемого решения⁶⁵. При этом критики Суда ЕС признают, что именно то, что Суд ЕС с самого начала говорил одним голосом, стало весьма серьёзным фактором в становлении его авторитета и в продвижении им своего собственного видения процесса европейской интеграции. Наличие же особых мнений, скорее всего, лишь помешало бы становлению авторитета Суда в первые годы его деятельности⁶⁶. Тем

не менее, по мнению критиков, введение в практику Суда ЕС особых мнений в современных условиях может повысить его легитимность в глазах реципиентов его решений⁶⁷.

Объективности ради надо отметить, что стиль Суда ЕС не остаётся полностью неизменным. Если сравнить самые первые решения Суда ЕС, весьма сжатые, если не сказать кургузые, с сегодняшними решениями, то разница будет более чем очевидна. Сейчас это уже более пространные решения, с изложением и анализом позиций сторон, цитированием как предыдущих решений самого Суда ЕС, так и решений других международных судов, сложными логическими построениями. Кроме того, введение в практику Суда ЕС правил обязательности публикаций мнений Генеральных адвокатов по рассматриваемым Судом вопросам само по себе означало значительный отход от практики французских судов. Некоторые авторы уже признают, что Суд ЕС, равно как и конституционные суды государств — членов ЕС, во всевозрастающей степени рассуждает как суд системы общего права, а не как континентальный суд⁶⁸. И всё равно при этом стиль изложения Суда ЕС подвергается жёсткой критике как минималистский, безликий и недостаточно убедительный, не объясняющий, а скорее преподносящий своё мнение⁶⁹.

Однако, судя по всему, Суд ЕС не собирается угождать всем его критикам, видя в своём неповторимом стиле и в запрете на особые мнения судей как залог собственного успеха, так и некий знак своей исключительности. Эта вполне осмысленная настойчивость, с которой Суд ЕС остаётся верен своему стилю, пусть и с небольшими модификациями, имеет вполне рациональное объяснение. Суд ЕС во всё возрастающей степени перестаёт считать себя международным судом, которому приходится полагаться на убедительность рассуждений и аргументов как на своё единственное оружие. Уходя от роли международного суда, Суд ЕС всё больше считает и ведёт себя как Верховный Суд Европейского Союза, решения которого обязательны для всех судов государств-членов,

⁶¹ USSC. *Regents of Univ. of California v. Bakke*, 438 U.S. 265 (1978).

⁶² См.: *Mancini F., Keeling D.* Language, Culture and Politics in the Life of the European Court of Justice // *Columbia Journal of European Law*. Vol. 1. 1995. No. 3. P.397–414, 399.

⁶³ См.: *Rosenfeld M.* Comparing Constitutional Review by the European Court of Justice and the U.S. Supreme Court // *International Journal of Constitutional Law*. Vol. 4. 2006. No. 4. P. 618–651, 635.

⁶⁴ См.: *De Búrca G.* After the EU Charter of Fundamental Rights: The Court of Justice as a Human Rights adjudicator? // *Maas-tricht Journal of European and Comparative Law*. Vol. 20. 2013. No. 2. P. 168–184, 177.

⁶⁵ В соответствии со статьёй 35 Статута Суда «обсуждение проекта решения Суда должно быть конфиденциальным и должно оставаться закрытым» («the deliberations of the Court of Justice shall be and shall remain secret»).

⁶⁶ См.: *Perju V.F.* Reason and Authority in the European Court of Justice // *Virginia Journal of International Law*. Vol. 49. 2009. No. 2. P.307–377, 331–332.

⁶⁷ См.: *Weiler J.H.H.* Epilogue: The Judicial Après Nice // *The European Court of Justice* / ed. by G. de Búrca, J. H. H. Weiler. Oxford : Oxford University Press, 2001. P.215–226, 225.

⁶⁸ См., например: *Rosenfeld M.* Op. cit. P.629.

⁶⁹ См.: *Weiler J.H.H.* Op. cit. P.225.

равно как и для всех остальных заинтересованных лиц⁷⁰. И если рассуждать о прецедентной практике Суда ЕС именно исходя из такой роли Суда, то на сегодня можно констатировать, что, хотя прецедент не является формально источником права ЕС, он играет очень важную роль в функционировании правопорядка ЕС, обеспечении его единства и целостности, приобретая с течением времени квазинормативный характер⁷¹.

Библиографическое описание:

Исполинов А. Прецедент в практике Суда Европейского Союза // Международное правосудие. 2016. № 3 (19). С. 64–77.

Precedent in the jurisprudence of the European Union Court of Justice

Aleksei Ispolinov

Candidate of Sciences (Ph.D.) in Law, Associate Professor, Law Department, Lomonosov Moscow State University (e-mail: ispolinov@inbox.ru).

Abstract

This article explores the meaning of precedent in the practice of the Court of Justice of the European Union, particularly, a binding character of previous CJEU decisions. In his paper the author argues that despite the fact that CJEU (in striking contrast with the European Court of Human Rights and other international courts) has never formulated its own attitude towards precedential (or quasi-precedential) value of its own judgments, the Court nevertheless tends to follow its previous rulings, only in exceptional circumstances trying to deviate from or overrule them. Within this article, the precedential footing of the CJEU judgments and decisions is viewed from three vision angles. First, considering the obligation of the CJEU to follow its own decisions. Secondly, in regard of binding character of the CJEU decisions for lower EU courts (vertical precedent principle), namely for the General Court and the EU Civil Service Tribunal. Finally, the author considers a precedential value of the CJEU preliminary rulings for national courts of the EU member states. The author concludes that, being initially set up as almost full copy of the French *Conseil d'État*, the CJEU managed to build up its own system of precedents acting now more as a common law court rather than a continental law court. And even though precedent is not officially regarded as a source of the EU law, it plays a highly significant role in the functioning of the EU legal system, contributing to its unity and integrity. So, the precedent as a legal principle is being accepted by the institutions of the European Union and member states including their national courts, acquires over time a quasi-normative status.

Keywords

EU Court of Justice; precedent value; vertical precedent; appellate and review procedure; preliminary rulings.

Citation

Ispolinov A. (2016) Precedent v praktike Suda Evropeyskogo Soyuz [Precedent in the jurisprudence of the European Union Court of Justice]. *Mezhdunarodnoe pravosudie*, no. 3, pp. 64–77. (In Russian).

References

- Abduln A. I. (2012) Sudebnyy pretsedent v sisteme istochnikov prava Evropeyskogo Soyuz [Judicial precedent in the law sources system of the European Union]. *Pravovaya politika I pravovaya zhizn'*, no. 2, pp. 144–149. (In Russian).
- Arnul A. (1993) Owning up to Fallibility: Precedent and the Court of Justice. *Common Market Law Review*, vol. 30, no. 2, pp. 247–266.
- Arnul A. (2006) *The European Union and its Court of Justice*, Oxford: Oxford University Press.
- Biryukov M. M. (2003) *Evropeyskoye pravo: kratkiy kurs* [European law: a short course], Moscow: Diplomatic academy. (In Russian).
- Bradley K. (2014) Vertical Precedent at the Court of Justice of the European Union: When Push Comes to Shove. In: Bradley K., Travers N., Whelan A. (eds.) *Of Courts and Constitutions: Liber Amicorum in Honour of Nial Fennelly*, Oxford: Hart Publishing, pp. 47–65.
- Derlén M., Lindholm J. (2015) Characteristics of Precedent: The Case Law of the European Court of Justice in Three Dimensions. *German Law Journal*, vol. 16, no. 5, pp. 1073–1098.
- Dovgan' E. K. K voprosu o statuse istochnikov prava Evropeyskogo Soyuz [On the status of the law sources system of the European Union]. *Zhurnal mezhdunarodnogo prava i mezhdunarodnykh otnosheniy*, no. 1, pp. 3–9. (In Russian).
- Entin K. V. (2015) Pravo Evropeyskogo Soyuz i praktika Suda Evropeyskogo Soyuz [Law of the European Union and jurisprudence of the EU Court of Justice], Moscow: Norma. (In Russian).
- Golub K. Yu. (2007) Sudebnyy pretsedent v sistemakh mezhdunarodnogo i evropeyskogo prava [Judicial precedent in the international and European law systems]. *Izvestiya Saratovskogo universiteta. Series: "Ekonomika. Upravleniye. Pravo"*, no. 1, pp. 92–96. (In Russian).
- Gorshkov V. A. (2012) Pravovaya priroda i vidy istochnikov sudebnogo prava ES [Legal nature and types of sources of the European Union law]. *Vestnik ekonomiki, prava i sotsiologii*, no. 1, pp. 183–187. (In Russian).
- Goshin V. A. (2015) Sudebnyy pretsedent kak istochnik prava Evropeyskogo Soyuz [Judicial precedent as a source of law in the European Union]. *Problemy v rossiyskom zakonodatel'stve*, no. 4, pp. 290–295. (In Russian).
- Jacob M. (2014) *Precedents and Case-based Reasoning in the European Court of Justice: Unfinished Business*, Cambridge: Cambridge University Press.
- Komárek J. (2005) Federal elements in the Community judicial system: Building coherence in the Community legal order. *Common Market Law Review*, vol. 42, no. 1, pp. 9–34.
- Komárek J. (2013) Reasoning with Previous Decisions: Beyond the Doctrine of Precedent. *American Journal of Comparative Law*, vol. 61, no. 1, pp. 149–172.
- Kapustin A. (2000) Evropeyskiy Soyuz: integratsiya i pravo. [European Union: integration and law], Moscow: Izdatel'stvo RUDN. (In Russian).
- Mancini F., Keeling D. (1995) Language, Culture and Politics in the Life of the European Court of Justice. *Columbia Journal of European Law*, vol. 1, no. 1, pp. 397–414.

⁷⁰ См.: Komárek J. Federal Elements in the Community Judicial System: Building Coherence in the Community Legal Order // *Common Market Law Review*. Vol. 42. 2005. No. 1. P. 9–34, 15.

⁷¹ См.: Tridimas T. Op. cit. P. 328.

- Marchenko M. N., Deryabina E. M. (2010) *Pravo Evropeyskogo Soyuz: Voprosy teorii i praktiki* [Law of the European Union: issues of theory and practice], Moscow: Prospekt. (In Russian).
- Meshcheryakova O. M. (2013) Rol' Suda ES (pretsedentnogo prava) v razvitii zakonodatel'stva o konkurentsii Evropeyskogo Soyuz [The role of the Court of Justice of the EU (case-law) in the development of competition laws of the European union]. *Rossiyskaya yustitsiya*, no. 9, pp. 17–19. (In Russian).
- Orlova Yu. M. (2014) Sud ES i pravovaya integratsiya gosudarstv – chlenov Evropeyskogo Soyuz [The European Court of Justice and legal integration of EU members]. *Vestnik Nizhegorodskogo universiteta im. N. I. Lobachevskogo*, no. 6, pp. 142–145. (In Russian).
- Perju V. F. (2009) Reason and Authority in the European Court of Justice. *Virginia Journal of International Law*, vol. 49, no. 2, pp. 307–377.
- Rosenfeld M. (2006) Comparing Constitutional Review by the European Court of Justice and the U.S. Supreme Court. *International Journal of Constitutional Law*, vol. 4, no. 4, pp. 618–651.
- Tikhonovetsky D. S. (2004) *Sudebnaya praktika v sisteme istochnikov Evropeyskogo prava*: dis. . . . kand. yurid. nauk [Case-law jurisprudence in the sources system of the European law: Ph.D. dissertation], Moscow. (In Russian).
- Tridimas T. (2012) Precedent and the Court of Justice: A Jurisprudence of Doubt? In: Dickson J., Eleftheriadis P. (eds.) *Philosophical Foundations of European Union Law*. Oxford: Oxford University Press, pp. 307–330.
- Weiler J. H. H. (2001) Epilogue: The Judicial Après Nice. In: De Búrca G., Weiler J. H. H. (eds.) *The European Court of Justice*, Oxford: Oxford University Press, pp. 215–226.

Правовые последствия решений Апелляционного органа в системе разрешения споров ВТО

Иоанна Гомула*

Система решения споров в ВТО основывается на двухуровневом судебном контроле. Стороны спора имеют возможность подать апелляцию на правовые и интерпретирующие решения, сформулированные в докладе третейской группы, перед постоянной судебной инстанцией – Апелляционным органом. На протяжении многих лет высший статус Апелляционного органа ВТО в иерархии этой системы никем фактически не оспаривался. Однако в результате ряда антидемпинговых споров ситуация поменялась. В ходе этих споров ряд третейских групп не согласился со сформулированным Апелляционным органом толкованием Антидемпингового соглашения и с его решением, согласно которому все виды «обнуления» (практики, применяемой в антидемпинговых определениях) несовместимы с принципами ВТО. Начиная со споров вокруг «обнуления», многие третейские группы ссылались на статью 11 Договоренности об урегулировании споров в ВТО, утверждая своё право и обязанность предлагать объективную оценку рассматриваемой ими ситуации, независимо от того, как ранее сходные вопросы оценивал Апелляционный орган. Хотя и кажется, что Апелляционный орган смог отстоять – по крайней мере на текущий момент – свой высший статус, попытки его оспорить не прекращаются. Подобные демарши вредят механизму разрешения споров в ВТО и отрицательно влияют на его эффективность. Поэтому признание некоторого прецедентного значения за докладами Апелляционного органа принципиально важно для безопасности и предсказуемости всей правовой системы ВТО.

→ *Всемирная торговая организация; разрешение споров; Апелляционный орган ВТО; иерархия судебных органов; прецедентное значение судебных решений; функции судебных органов; антидемпинговые определения*

DOI: 10.21128/2226-2059-2016-3-78-87

1. Введение

Система разрешения споров Всемирной торговой организации (*далее* – ВТО) действует уже более 20 лет. Её обширная практика включает (по состоянию на 1 января 2016 года) 300 докладов третейских групп и Апелляционного органа¹. Механизм разрешения споров ВТО основывается на двухуровневой

системе контроля, определяемой Договорённостью ВТО о правилах и процедурах, регулирующих разрешение споров (*далее* – Договорённость о разрешении споров, ДРС)², и администрируемой Органом по разрешению споров (*далее* – ОРС)³. Более ранняя система, развивавшаяся в соответствии со статьями XXII и XXIII Генерального соглашения по тарифам и торговле 1947 года (*далее* –

* Иоанна Гомула – кандидат юридических наук (Польская академия наук); научный сотрудник Центра международного права им. Г. Лаутерпахта, Кембриджский университет, Великобритания; член Нью-Йоркской коллегии адвокатов (e-mail: jg218@sam.ac.uk). Перевод с английского Дмитрия Владимировича Сичинавы.

¹ Сюда входят 121 доклад Апелляционного органа, опубликованные в рамках первоначальных процедур и процедур проверки соответствия. Процедура проверки соответствия инициируется в случае, когда имеет место несогласие с точки зрения соответствия определенному соглашению ВТО мер, принятых какой-либо стороной, чтобы выполнить рекомендацию или решения по первоначальной процедуре.

² Текст доступен по адресу: URL: https://www.wto.org/english/docs_e/legal_e/legal_e.htm (дата обращения: 09.02.2016). ДРС включено в Приложение 2 Марракешского соглашения об учреждении Всемирной торговой организации (соглашения о ВТО).

³ После принятия доклада Апелляционного органа его решения и рекомендации становятся решениями и рекомендациями ОРС. Однако ОРС нельзя рассматривать как судебный орган, это орган скорее административного или политического характера. См.: Sacerdoti G. The Dispute Settlement System of the WTO in Action: a Perspective on the First Ten Years // The WTO at Ten: The Contribution of the Dispute Settlement System / ed. by G. Sacerdoti, A. Yanovich, J. Bohanes. Cambridge: Cambridge University Press, 2006. P.35–57, 51.

ГАТТ)⁴, основывалась на разрешении споров только в одной инстанции через третейские группы, создаваемые *ad hoc*. Поскольку создание третейских групп и принятие их докладов требовало *консенсуса* всех договаривающихся сторон (включая ответчика), сторона спора, перед которой стояла перспектива неблагоприятного решения, с большой вероятностью могла либо наложить вето на создание группы, либо, если такое решение было уже вынесено, наложить вето на принятие доклада группы. Таким образом, согласно ГАТТ 1947, существовало две категории докладов групп: принятые и непринятые⁵.

Хотя ДРС по-прежнему основывается на принципах разрешения споров, разработанных согласно ГАТТ 1947⁶, требование *консенсуса* для утверждения третейских групп и принятия докладов заменено принципом «обратного *консенсуса*». Согласно этому принципу, доклад группы или Апелляционного органа принимается, если только ОРС не примет консенсусное решение об *обратном*⁷. На практике этот принцип гарантирует автоматическое принятие всех докладов ВТО.

ДРС также установила жёсткие временные рамки для рассмотрения споров и, что ещё более важно, учредила Апелляционный орган — постоянную квазисудебную инстанцию, состоящую из семи членов, назначаемых на четырёхлетний срок. Апелляционный орган наделён полномочиями рассматривать апелляции, связанные с вопросами права и юридическим толкованием, сформулированными в докладе третейской группы. В этом качестве он может подтвердить, изменить или отменить юридические заключения и выводы третейской группы. Статья 17.1 ДРС предусматривает, что решения, принятые Апелляционным органом, должны «безоговорочно приниматься сторонами спора».

Однако Апелляционный орган не имеет полномочия разрабатывать юридические толкования, имеющие обязательную силу для всех членов ВТО. Это разъясняется статьёй IX:2 Соглашения о ВТО, которая предоставляет исключительные полномочия принимать такие толкования (именуемые «решениями по толкованию») Конференции министров и Генеральному совету. Решения принимаются большинством в три четверти членов.

На практике, несмотря на статью IX:2, Апелляционный орган на протяжении многих лет рассматривался как неоспоримая авторитетная инстанция интерпретации и развития правовой системы ВТО. Эту ситуацию изменил ряд антидемпинговых споров⁸, связанных с неоднозначной процедурой так называемого «обнуления», применяемой некоторыми членами ВТО (в частности, США) во внутренних антидемпинговых определениях. США продолжали применять эту практику, несмотря на многочисленные решения Апелляционного органа о её несовместимости с Соглашением о применении статьи VI ГАТТ 1994 года (*далее* — Антидемпинговое соглашение)⁹. В ходе последующих споров некоторые третейские группы заявили о собственном праве интерпретации этой практики, противоречащей разработанной Апелляционным органом в более ранних делах. Апелляционный орган последовательно признавал недействительными решения этих групп. Проблема обострилась из-за существования особого стандарта рассмотрения антидемпинговых споров, предусмотренного статьёй 17.6 Антидемпингового соглашения ВТО. Это положение требует от третейских групп (а также, косвенно, и от Апелляционного органа) проявлять внимание к определениям относительно вопросов факта и права антидемпинговых служб национального уровня¹⁰.

⁴ Соглашение ГАТТ 1947 утратило силу и заменено соглашением ГАТТ 1994 (куда входят все положения предыдущего).

⁵ Список докладов, принятых согласно ГАТТ 1947, см.: URL: https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/gt47ds_e.htm (дата обращения: 16.07.2016); список принятых и непринятых докладов согласно ГАТТ 1947 см.: URL: <http://www.worldtradelaw.net/databases/gattpanels.php> (дата обращения: 16.07.2016).

⁶ См., например, статью 3.1 ДРС, которая требует, чтобы члены следовали принципам разрешения споров в соответствии с ГАТТ 1947, и статью XVI:1 Соглашения о ВТО, требующую, чтобы ВТО «руководствовалась решениями, процедурами и обычной практикой, которым следовали Договаривающиеся стороны ГАТТ 1947 и органы, созданные в рамках ГАТТ 1947».

⁷ См. статьи 16.4 и 17.14 ДРС.

⁸ Следует отметить, что большинство споров, рассматриваемых ВТО, — это антидемпинговые споры и другие споры о торговых временных мерах (споры относительно субсидий, споры о специальных защитных мерах). По состоянию на 16 июля 2016 года, из общего количества более чем в 500 жалоб 113 касались Антидемпингового соглашения, см.: URL: <http://www.worldtradelaw.net/databases/agreementcount.php> (дата обращения: 16.07.2016).

⁹ Антидемпинговое соглашение включено в приложение 1А к Соглашению о ВТО.

¹⁰ Статья 17.6 Антидемпингового соглашения предусматривает особый стандарт контроля за определениями национальных антидемпинговых органов: «...третейская группа толкует опре-

В данной статье мы обсудим вопрос прецедентного действия решений Апелляционного органа в свете вышеуказанной противоречивой ситуации.

2. ВТО: ранние годы

Во времена ГАТТ 1947 правовое действие более ранних докладов третейских групп никогда не было заметной проблемой. Последующие группы иногда ссылались на более ранние доклады, иногда особо подчёркивая, что они не считают себя связанными более ранними решениями¹¹. Однако в последние годы ГАТТ 1947 и особенно в свете новых решений, предусмотренных ДРС, оказалось необходимым разъяснить правовые последствия докладов третейских групп ГАТТ¹². Например, в 1994 году Дж. Джексон предложил пять альтернативных категорий правовых последствий принятого доклада третейской группы — от простого рекомендательного эффекта до «последующей практики» в смысле статьи 31 Венской конвенции о праве между-

народных договоров¹³. Эта проблема разбилась в одном из первых споров в рамках ВТО, в споре *Япония — Налоги на алкогольные напитки*¹⁴. В этом деле третейская группа сочла, что принятые доклады третейских групп ГАТТ 1947 составляли «последующую практику» в смысле статьи 31.3(b) Венской конвенции о праве международных договоров, рассматривая их как «иные решения» в смысле статьи 1(b)(iv) ГАТТ 1994¹⁵. Апелляционный орган не согласился с интерпретацией группы. Он признал, что принятые доклады ГАТТ представляют собой «важную часть *acquis* в рамках ГАТТ» и часто рассматривались последующими группами, вызывая «обоснованные ожидания» членов ВТО, и что, таким образом, их следует принимать во внимание, если они релевантны для спора. Однако он подчеркнул, что такие доклады не имеют обязательной силы, кроме как для разрешения конкретного спора между сторонами¹⁶. Он сравнил их статус с решениями Международного Суда ООН, отметив, что

делённые положения Соглашения в соответствии с обычными правилами толкования международного публичного права. Если третейская группа констатирует, что некоторое положение Соглашения допускает более чем одно разрешённое толкование, то она делает вывод о том, что принятая компетентными органами мера соответствует Соглашению, если она основана на одном из таких разрешённых толкований». Это положение несколько раз использовалось США и некоторыми третейскими группами как аргумент в пользу того, что некоторые типы обнуления являются «разрешённым толкованием» Антидемпингового соглашения, на что Апелляционный орган отвечал, что его толкование является единственным разрешённым.

¹¹ Обзор практики третейских групп ГАТТ см., например: *Petersmann E. U. International Trade Law and the GATT/WTO Dispute Settlement System 1948–1996: An Introduction // International Trade Law and the GATT/WTO Dispute Settlement System / ed. by E. U. Petersmann. Dordrecht : Kluwer Law International, 1997. P. 5–122, 81–85; Chua A. The Precedential Effect of WTO Panel and Appellate Body Reports // Leiden Yearbook of International Law. Vol. 11. 1998. No. 1. P. 45–61; Bhala R. The Myth About Stare Decisis and International Trade Law (Part One of a Trilogy) // American University International Law Review. Vol. 14. 1999. No. 4. P. 845–956.*

¹² Комментируя ДРС, Дж. Х. Джексон отметил: «Новое ДРС не содержит ничего, что вело бы к мысли о том, что правовые последствия доклада третейской группы в общем виде в чём-то отличаются от практики в рамках ГАТТ. Отсюда следует, что у доклада группы по-прежнему нет ни последствий принципа *stare decisis* (стоять на решённом), ни эффекта какой бы то ни было «окончательной интерпретации» (особенно с учётом того, что существует альтернативная процедура окончательной интерпретации). Тем не менее доклад группы остаётся релевантным (*persuasive*) и, вероятно, входит в «практику» сторон в соответствии с Соглашением» (*Jackson J. H. The World Trading System. Law and Policy of International Economic Relations. 2nd ed. Cambridge, MA : The MIT Press, 1997. P. 126.*)

¹³ Данный автор считает, что имеет место «сочетание» эффекта международного обязательства, без прецедентных последствий, и «последующей практики» в смысле Венской конвенции. См.: *Jackson J. H. The Legal Meaning of a GATT Dispute Settlement Report: Some Reflections // Towards More Effective Supervision by International Organizations: Essays in Honour of Henry G. Schermers / ed. by N. Blokker, S. Muller. Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 1994. P. 149–164, 157.* Другой автор рассматривает решения третейских групп ГАТТ как часть некой «доктрины ГАТТ» (см.: *Nichols P. M. GATT Doctrine // Virginia Journal of International Law. Vol. 36. 1996. No. 2. P. 379–466, 382–385*), а Чуа склоняется к тому, чтобы считать их «последующей практикой» (*Chua A. Op. cit. P. 61*).

¹⁴ *Japan — Taxes on Alcoholic Beverages (WT/DS8, WT/DS10, WT/DS11)*, reports of the Appellate Body and the panel adopted on 1 November 1996 (*далее — Japan — Alcoholic Beverages*), DSR 1996:1.

¹⁵ *Japan — Alcoholic Beverages*, Panel Report, § 6.10.

¹⁶ Помимо прочего, Апелляционный орган высказал сомнения в том, что «Договаривающиеся стороны, решив принять доклад третейской группы, имели в виду, что их решение составит окончательную интерпретацию общих положений ГАТТ 1947»; это противоречило бы статье IX:2 Соглашения о ВТО. Апелляционный орган также подчеркнул, что характер и юридический статус докладов ГАТТ после вступления в силу Соглашения о ВТО не изменился. См.: *Japan — Alcoholic Beverages*, Appellate Body Report, DSR 1996:1, p. 107–108. С точки зрения Палметера и Мавройдиса, Апелляционный орган отверг понимание правовых последствий докладов как «окончательной интерпретации» из опасения, что это «привнесло бы в ВТО жёсткое понятие *stare decisis*, если даже не фактическую негласную поправку в основополагающие документы организации» (*Palmeter D., Mavroidis P. Dispute Settlement in the World Trade Organization. 2nd ed. Cambridge : Cambridge University Press, 2004. P. 53*). См. также: *Cottier Th., Oesch M. WTO Law, Precedents and Legal Change // Turku Law Journal. Vol. 3. 2001. No. 1. P. 57–73.*

ограниченная обязательная сила решений Международного Суда не помешала этому Суду (как и его предшественнику) выработать «целый ряд прецедентов, в которых легко заметить серьёзную опору на значимость предыдущих решений»¹⁷. Апелляционный орган тем не менее согласился с выводом группы, согласно которому непринятые доклады третейских групп не имеют статуса в системе ГАТТ/ВТО, хотя представленная в них аргументация может быть «полезным руководством» в последующих спорах¹⁸.

В другом, более позднем докладе Апелляционный орган разъяснил, что доклады третейских групп согласно ГАТТ 1947 являются «решениями» в смысле статьи XVI:1 Соглашения о ВТО¹⁹, то есть документами, имеющими для членов ВТО статус руководящего положения, а не решения, имеющего обязательную силу²⁰.

Хотя дело *Япония — Алкогольные напитки* затрагивало правовые последствия докладов третейских групп согласно ГАТТ 1947, его последствия практически наверняка распространялись и на доклады третейских групп ВТО. Апелляционный орган не рассматривал статус собственных докладов на протяжении многих лет. Время от времени третейские группы ВТО излагали своё понимание докладов Апелляционного органа, обычно для того, чтобы отойти от аргументации Апелляционного органа²¹.

Вопрос о прецедентных последствиях докладов Апелляционного органа вновь встал спустя два года в деле *США — Креветки*²², важного экологического спора, связанного с ограничениями на импорт креветок, введённых США с целью защиты морских черепах. США, как сторона-ответчик, защищали введённую меру, ссылаясь на исключение, связанное с защитой окружающей среды, в статье XX(g) ГАТТ 1994. Двумя годами раньше в деле *США — Бензин*²³ Апелляционный орган установил процедуру двухуровневого анализа оправданности меры в соответствии с положением об общих исключениях статьи XX. По результатам этого анализа, третейская группа должна была сначала определить, является ли мера временно оправданной согласно одному из подпунктов статьи XX и, во-вторых, применена ли эта мера в соответствии с критерием вводной части (так называемой «*chapeau*») статьи XX. Третейская группа игнорировала схему анализа, предложенную Апелляционным органом. Она отметила, что «поскольку условия, содержащиеся во вступительном положении, применимы к любому пункту статьи XX, представляется *одинаково уместным* начать с анализа вступительной части статьи XX»²⁴. Третейская группа «опиралась» на аргументацию, предложенную в неприятом докладе группы в рамках ГАТТ 1947, датированном 1990 годом, затрагивавшую сходные ограничения, наложенные (также США) на импорт тунца с целью защиты дельфинов²⁵. Она также подтвердила решение более ранней группы: подобная мера недопустима в ВТО, поскольку ставит под сомнение многосторонний принцип торговли.

¹⁷ *Japan — Alcoholic Beverages*, Appellate Body Report, DSR 1996:I, p. 107, fn. 30. Вопрос прецедентных последствий международных правовых решений не ограничивается ВТО; см., например: *Martha R. S. J. Precedent in World Trade Law // The Netherlands International Law Review*. 1997. No. 3. P. 346—377; *Shahabuddeen M. Precedent in the World Court*. Cambridge: Cambridge University Press, 1996.

¹⁸ *Japan — Alcoholic Beverages*, Appellate Body Report, DSR 1996:I, p. 108.

¹⁹ См. список докладов, принятых согласно ГАТТ 1947. URL: https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/egt47ds_e.htm (дата обращения: 16.07.2016); а также список принятых и неприятых докладов согласно ГАТТ 1947. URL: <http://www.worldtradelaw.net/databases/gattpanels.php> (дата обращения: 16.07.2016).

²⁰ *United States — Tax Treatment for “Foreign Sales Corporations” (FSC)* (WT/DS108), reports of the Appellate Body and the panel adopted on 20 March 2000, Appellate Body Report, § 115.

²¹ Как заметила одна третейская группа, «таким образом, можно прийти к выводу, что третейские группы не *связаны* предыдущими решениями групп либо Апелляционного органа, даже если предмет дела тот же самый. Рассматривая [данный] спор WT/DS79, мы не находимся под обязательной законной силой решения третейской группы по [более раннему] спору WT/DS50 с изменениями согласно докладу Апелляционного органа...» (*India — Patent Protection for Pharmaceutical and Agri-*

cultural Chemical Products (WT/DS79), panel report adopted on 22 September 1998, Panel Report, § 7.30; курсив оригинала).

²² *United States — Import Prohibition of Certain Shrimp and Shrimp Products* (WT/DS58), reports of the Appellate Body and the panel adopted on 6 November 1998 (*далее — US — Shrimp*). Этот спор продолжился в процессах проверки соответствия согласно статье 21.5 ДПС и вылился в ряд дальнейших докладов: *United States — Import Prohibition of Certain Shrimp and Shrimp Products. Recourse to Article 21.5* (WT/DS58/RW), reports of the Appellate Body and the panel adopted on 21 November 2001 (*далее — US — Shrimp 21.5*).

²³ *United States — Standards for Reformulated and Conventional Gasoline* (WT/DS2, WT/DS4), reports of the Appellate Body and the panel adopted on 20 May 1996.

²⁴ *US — Shrimp*, Panel Report, § 7.27 (курсив мой. — И.Г.).

²⁵ Третейская группа признала различие между юридическим статусом принятых и неприятых докладов, но сочла, что доклад ГАТТ «релевантен для данного дела и содержит полезное руководство» (*US — Shrimp*, Panel Report, fn. 652).

После подачи апелляции Апелляционный орган подверг критике доклад третьей группы как «ущербный». Он указал, что её выводы «почти естественно вытекают из того факта, что группа проигнорировала последовательность шагов, принципиальную для осуществления такого анализа» и предложенную Апелляционным органом в деле *США — Бензин*²⁶. Таким образом, не ссылаясь прямо на статус своих докладов, Апелляционный орган заявил об их прецедентном характере. Тремя годами позже та же третья группа рассматривала изменённую меру в ходе процедуры проверки соответствия (сопоставимости) согласно статье 21.5 ДРС. На сей раз группа с готовностью последовала за интерпретацией Апелляционного органа, предложенной в первоначальном разбирательстве, что встретило его одобрение: «Группа не ошиблась. Группа правомерно использовала наши решения»²⁷.

На протяжении последующих шести лет после доклада по делу *США — Креветки* третья группа, как правило, с готовностью следовала за более ранней аргументацией, предложенной Апелляционным органом. Оказалось, что система, при которой Апелляционный орган занимает высшую позицию в иерархии органов разрешения споров ВТО, функционирует стабильно. В докладе, подготовленном в 2004 году, Апелляционный орган, рассматривая вопрос о том, должны ли третья группа следовать за более ранними его решениями, твёрдо заявил: «Действительно, следование решениям Апелляционного органа в более ранних спорах не только уместно, но и ожидается от третьих групп, особенно в случаях, когда рассматриваются те же вопросы»²⁸.

3. Дела об отмене

Но уже в 2004 году появились некоторые предвестники надвигающейся бури. В вышеупомянутом споре США оспорили решение группы, согласно которому Бюллетень US Sunset Policy Bulletin (документ, устанавли-

вающий политику правительства по рассмотрению антидемпинговых дел в связи с окончанием мер) представляет собой «меру» с точки зрения процедуры разрешения споров в ВТО. Группа опиралась на аргументацию Апелляционного органа в одном из предыдущих докладов²⁹, из которого можно было бы логически сделать такой вывод. В ходе апелляции США утверждали, что группа ошиблась, поскольку ранее Апелляционный орган оставил вопрос открытым и что тем самым Бюллетень не подлежит контролю со стороны ВТО. В конечном счёте, к неудовольствию США, Апелляционный орган счёл, что Бюллетень всё же действительно представляет собою «меру».

Приблизительно в то же время в другом антидемпинговом споре *США — Пиломатериалы V*³⁰ США просили Апелляционный орган не «заимствовать полностью решения и аргументацию»³¹ из более раннего решения Апелляционного органа по делу *ЕС — Постельное бельё*³².

Спор *ЕС — Постельное бельё* был первым в серии дел (в остальных ответчиком были США), ставивших под вопрос практику «отмены» при вычислении демпинговой маржи для установления антидемпинговых мер³³. Эта практика, эксплицитно не регулируемая Антидемпинговым соглашением ВТО, состояла, в сущности, в приравнивании к «нулю» отрицательной маржи, возникающей в случае, когда нормальная стоимость превышала экспортную цену (иными словами, имела место «нулевая» демпинговая маржа).

²⁹ *United States — Sunset Review of Anti-Dumping Duties on Corrosion-Resistant Carbon Steel Flat Products from Japan* (WT/DS244), reports of the Appellate Body and the panel adopted on 9 January 2004.

³⁰ *United States — Final Dumping Determination on Softwood Lumber from Canada* (WT/DS264), reports of the Appellate Body and the panel adopted on 31 August 2004 (далее — *US — Softwood Lumber V*).

³¹ *Ibid.*, Appellate Body Report, § 109.

³² *European Communities — Anti-Dumping Duties on Imports of Cotton-Type Bed Linen from India* (WT/DS141), reports of the Appellate Body and the panel adopted on 12 March 2001 (далее — *EC — Bed Linen*).

³³ О подоплёке дел ВТО об отмене см.: *Gomula J. Precedential Effect of WTO Decisions: Note on the Zeroing Cases // The Global Community: Yearbook of International Law and Jurisprudence. Vol. 1. 2008. P.295–317. См. также: David F. The Role of Precedent in the WTO — New Horizons: Maastricht Faculty of Law Working Paper No.2009-12. URL: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1666169 (дата обращения: 16.07.2016).*

²⁶ *US — Shrimp*, Appellate Body Report, § 117.

²⁷ *US — Shrimp 21.5*, Appellate Body Report, § 109.

²⁸ *United States — Sunset Reviews of Anti-Dumping Measures on Oil Country Tubular Goods from Argentina* (WT/DS268), reports of the Appellate Body and the panel adopted on 17 December 2004, Appellate Body Report, § 188.

Это обычно приводило к вычислению более высокой общей демпинговой маржи, чем если бы вместо «нуля» использовалось отрицательное значение³⁴. Обнуление может применяться в рамках разных методологий и на разных стадиях антидемпинговой процедуры, например «модельное» и «простое» обнуление в исходном антидемпинговом расследовании, а также периодический пересмотр, пересмотр в связи со сменой перевозчика и пересмотр в связи с окончанием антидемпинговых мер³⁵.

Упомянутое дело *США — Пиломатериалы V* касалось обнуления в рамках методологии, известной как «сравнение средневзвешенной нормальной стоимости со средневзвешенными ценами»; эта практика почти идентична той, которая использовалась в деле *ЕС — Постельное бельё* и которая была сочтена (как третейской группой, так и Апелляционным органом) нарушением требования «справедливого сравнения» согласно статье 2.4.2 Антидемпингового соглашения.

Несмотря на запрос США, желавших, чтобы Апелляционный орган изменил свою аргументацию в деле *ЕС — Постельное бельё*, тот всё равно решил опираться на неё в споре *США — Пиломатериалы V*, «как на уместную». Он вновь сослался на правовые последствия принятых решений, как указано в деле *Япония — Алкогольные напитки*, и упомянул принцип, согласно которому система разрешения споров является «центральным элементом, обеспечивающим безопасность и предсказуемость многосторонней торговой системы», согласно формулировке статьи 3.2 ДРС³⁶. Однако Апелляционный орган ограничил свои выводы только одним конкретным типом обнуления и не рассмат-

ривал данную практику в целом, что, вероятно, можно считать его ошибкой³⁷.

На протяжении нескольких последующих лет имел место ещё ряд споров вокруг обнуления, касающихся различных других аспектов и методологий этой практики, которую США продолжали применять. В каждом из этих дел Апелляционный орган утверждал, что вариации практики несовместимы с Антидемпинговыми соглашениями. Все противоречащие этому решению третейских групп отменялись.

Наиболее серьёзное столкновение имело место в деле *США — Обнуление (Япония)*³⁸. По данному делу третейская группа опубликовала промежуточный доклад незадолго до появления доклада Апелляционного органа в параллельном деле об обнулении *США — Обнуление (ЕС)*³⁹. Доклад Апелляционного органа опирался на оценку демпинга при помощи понятия «продукта как целого» в отличие от индивидуальных сделок (линия аргументации, принятая третейской группой). Однако, несмотря на настойчивость Японии, группа отказалась изменять промежуточный доклад и учитывать интерпретацию Апелляционного органа. Таким образом, группа признала «важные системные соображения в пользу того, чтобы следовать принятым докладам третейской группы и Апелляционного органа»⁴⁰ с целью обеспечить безопасность и предсказуемость многосторонней торговой системы. Однако она подчеркнула свою обязанность привести эти соображения в соответствие с собственными обязательствами согласно ДРС. В частности, группа сослалась на статью 11 ДРС, требующую от третейской

³⁴ Описание обнуления и его различных категорий см., например: *ЕС — Bed Linen*, Appellate Body Report, § 47; *US — Softwood Lumber V*, Appellate Body Report, § 63–65.

³⁵ См. обсуждение Апелляционным органом «исторических предпосылок» обнуления: *United States — Final Anti-Dumping Measures on Stainless Steel from Mexico* (WT/DS344), reports of the Appellate Body and the panel adopted on 20 May 2008 (далее — *US — Stainless Steel (Mexico)*), Appellate Body Report, § 128–132.

³⁶ Апелляционный орган в одном из примечаний к своему решению заметил, что ни одна из сторон не утверждала, что «аргументация и решения Апелляционного органа не должны приниматься во внимание в данном деле», подчеркнув, что в противном случае его выводы могли бы быть другими. См.: *US — Softwood Lumber V*, Appellate Body Report, § 112 and fn. 175.

³⁷ Как разъяснил Апелляционный орган, претензии Канады ограничены соответствием праву ВТО обнуления только в рамках методологии «сравнение средневзвешенной стоимости со средневзвешенной стоимостью», и, «таким образом, в данной апелляции мы не должны и не пытаемся решить вопрос о том, может или не может применяться обнуление при иных методологиях, предписанных в статье 2.4.2» (*US — Softwood Lumber V*, Appellate Body Report, § 63).

³⁸ *United States — Measures Relating to Zeroing and Sunset Reviews* (WT/DS322), reports of the Appellate Body and the panel adopted on 23 January 2007 (далее — *US — Zeroing (Japan)*).

³⁹ *United States — Laws, Regulations and Methodology for Calculating Dumping Margins* (WT/DS294), reports of the Appellate Body and the panel adopted on 9 May 2006 (далее — *US — Zeroing (EC)*). Третейская группа сочла, что Апелляционный орган не смог рассмотреть «контекстные аргументы, показывающие, что термины “демпинг” и “демпинговая маржа” не могут без изменения отсылать к продукту в целом» (Panel Report, § 6.54).

⁴⁰ *US — Zeroing (Japan)*, Panel Report, § 7.99.

группы «объективно оценить вопрос, поставленный перед ней, включая объективную оценку фактических обстоятельств дела, применимость соответствующих охваченных соглашений в соответствии со статьёй 3.2 ДРС»⁴¹. Группа отказалась использовать аргументацию Апелляционного органа, назвав её «ущербной»⁴² и несовместимой с «последовательной интерпретацией» статьи 2.4.2⁴³.

Как можно было ожидать, при апелляции в отношении доклада третьей группы по делу *США — Обнуление (Япония)* Апелляционный орган отменил неоднозначные заключения группы. Апелляционный орган представил подробный анализ обнуления в контексте общих правил статьи VI ГАТТ 1994 и положений Антидемпингового соглашения ВТО; в предыдущих докладах такой анализ отсутствовал. Он настаивал на том, что понятия «демпинг» и «демпинговая маржа» могут означать только «продукт в целом» и не могут существовать на уровне индивидуальной сделки.

Но уже было поздно: к этому моменту системе был нанесён ущерб. Последующие третейские группы по обнулению сделали ставку на подчёркивание своей обязанности независимой интерпретации и право на оценку корректности аргументации Апелляционного органа⁴⁴. Другое серьёзное столкновение произошло по делу *США — Нержавеющая сталь (Мексика)*⁴⁵. В этом деле третейская группа отвергла все претензии Мексики в связи с одной из категорий обнуления (про-

стое обнуление при периодическом пересмотре), ранее объявленной Апелляционным органом несовместимой с ВТО. Третейская группа решила последовать за аргументацией, разработанной докладом третейской группы по этому уже рассмотренному делу, игнорируя интерпретацию Апелляционного органа. Более того, она заявила, что ожидания, согласно которому третейские группы будут учитывать интерпретацию, разработанную в предыдущих принятых докладах, не поддерживается ДРС и что это всего лишь ожидания Апелляционного органа⁴⁶. Третейская группа подчеркнула, что «сохранение последовательной линии судебной практики не отменяет задачи судебной группы обеспечить объективное рассмотрение обстоятельств дела посредством интерпретации релевантных положений договора в соответствии с общепринятыми правилами публичного международного права». Группа сочла, что «ей ничего не остаётся, кроме как с уважением не согласиться с линией аргументации, разработанной Апелляционным органом в связи с соответствием правилам ВТО простого обнуления при периодическом пересмотре», и что «она полагает необходимым отойти от подхода Апелляционного органа»⁴⁷.

В апелляции Мексика заявила, что третейская группа нарушила статью 11 ДРС, поскольку, «делая заявления и выводы, идентичные уже отменённым Апелляционным органом в прошлых спорах, она не обеспечила ОРС поддержки в осуществлении ответственности согласно ДРС и охваченным соглашениям»⁴⁸. Обратившись к этому вопросу, Апелляционный орган подтвердил, что принятые доклады имеют обязательную силу только для участников данного дела. При этом он подчеркнул: «Это, однако, не означает, что последующие третейские группы могут с легкостью игнорировать правовые интерпретации и *ratio decidendi*, содержащиеся в предыдущих докладах Апелляционного органа, принятых ОРС»⁴⁹. Апелляционный орган разъяснил, что члены ВТО

⁴¹ *US — Zeroing (Japan)*, Panel Report, § 7.99, fn. 733.

⁴² *Ibid.*, § 7.100–7.102.

⁴³ *Ibid.*, § 7.113. Интересно отметить, что одним из членов третейской группы в споре *США — Обнуление (Япония)* был Давид Унтерхальтер, который позже (26 сентября 2006 года) стал членом Апелляционного органа и участвовал в пересмотре апелляции в деле *США — Нержавеющая сталь (Мексика)*. В этом качестве Унтерхальтер составил мнение, в котором присоединился к мнению большинства и призвал завершить спор об обнулении. Здесь, помимо прочего, он заявил: «Апелляционный орган существует для разъяснения значения охваченных соглашений. Он определённым образом высказывался по вопросам обнуления» (*US — Stainless Steel (Mexico)*, Appellate Body Report, § 363). Таким образом, член третейской группы, критиковавший аргументацию Апелляционного органа как «ущербную» и «непоследовательную», впоследствии принял её, уже в качестве члена Апелляционного органа.

⁴⁴ См., например, *United States — Anti-Dumping Measure on Shrimp from Ecuador (WT/DS335)*, report of the panel adopted on 20 February 2007, Panel Report, § 41; *United States — Measures Relating to Shrimp from Thailand (WT/DS343)*, reports of the Appellate Body and the panel adopted on 1 August 2008, Panel Report, § 7.32.

⁴⁵ См. сноски 35.

⁴⁶ «Хотя ДРС и не требует от третейских групп ВТО следовать за принятыми докладами третейских групп или Апелляционного органа, Апелляционный орган *de facto* ожидает этого в той мере, в какой совпадают затронутые правовые вопросы» (*US — Stainless Steel (Mexico)*, Panel Report, § 7.105).

⁴⁷ *Ibid.*, § 7.105–7.106.

⁴⁸ *US — Stainless Steel (Mexico)*, Appellate Body Report, § 145.

⁴⁹ *Ibid.*, § 158.

придают значение аргументации предшествующих докладов и часто используют их для поддержки правовых аргументов в делах по разрешению споров, и, таким образом, «правовая интерпретация, заключённая в принятых докладах третейских групп и Апелляционного органа, становится неотъемлемой частью *acquis* системы разрешения споров ВТО. Обеспечение «безопасности и предсказуемости» системы разрешения споров, предусмотренное статьёй 3.2 ДРС, подразумевает, что при отсутствии убедительных причин арбитражный орган будет рассматривать тот же самый правовой вопрос тем же самым образом в каждом последующем деле»⁵⁰.

В процитированном заявлении Апелляционный орган сослался равноправно на «принятые доклады третейских групп и Апелляционного органа». Однако далее он указал, что в иерархической структуре, установленной ДРС, третейские группы и Апелляционный орган играют разные роли. Прежде всего, «создание членами ВТО Апелляционного органа для контроля над правовыми интерпретациями, разрабатываемыми третейскими группами, показывает, что члены ВТО признают важность последовательности и стабильности в интерпретации своих прав и обязательств согласно охваченным соглашениям». Он предупредил, что отказ третейской группы следовать за ранее принятыми докладами Апелляционного органа, рассматривающими те же вопросы, ставит под сомнение развитие «последовательной и предсказуемой судебной практики, разъясняющей права и обязанности членов ВТО в рамках охваченных соглашений, как это предусмотрено ДРС». Апелляционный орган также подчеркнул, что релевантность разъяснения, содержащегося в принятых докладах Апелляционного органа, не ограничивается применением конкретного положения по данному делу⁵¹.

Апелляционный орган высказал «глубокую озабоченность» отходом третейской группы от «вполне определённой практики Апелляционного органа, разъясняющей интерпретацию тех же самых правовых вопросов» и указал на «серьёзные последствия для надлежащего функционирования системы разрешения споров в рамках ВТО». Однако

он решил не делать заявления в связи со статьёй 11 ДРС, поскольку, с его точки зрения, решение третейской группы было связано с «неверным пониманием рассматриваемых правовых проблем»⁵².

Как представляется, спор *США — Нержавеющая сталь (Мексика)* стало пиком полемики. В следующем деле *США — Продолжение обнуления*⁵³, в котором третейская группа признала, что предпочла бы использовать аргументацию, разработанную в докладе третейской группы по делу *США — Нержавеющая сталь (Мексика)*, а не в докладе Апелляционного органа, она в конечном счёте отказалась принимать выводы этой группы. Третейская группа благоразумно признала, что многочисленные цели ДРС лучше всего достичь путём быстрого разрешения спора, чему «содействует следование утверждённым решениям Апелляционного органа»⁵⁴. И тем не менее группа представила долгое объяснение того, что она считала своим долгом при осуществлении своих полномочий согласно статье 11 ДРС, указав, что «для группы важно иметь убедительные причины для *любого* решения, к которому она приходит, независимо от того, существуют ли принятые доклады и следует ли группа этим докладам»⁵⁵.

Приведённые выше комментарии заставили Европейские сообщества подать условную апелляцию, спрашивая, действительно ли третейская группа может ссылаться на «убедительные причины», отклоняясь от предшествующих решений Апелляционного органа по тому же самому вопросу правовой интерпретации. Апелляционный орган предпочёл не рассматривать данный вопрос, удовлетворившись тем, что группа в конечном счёте последовала его аргументации и тем самым, как кажется, «заняла своё место в иерархической структуре, предусмотренной ДРС»⁵⁶.

4. Заключительные замечания

В целом битва вокруг обнуления, закончившаяся решением США прекратить эту прак-

⁵² Ibid., § 162.

⁵³ *United States — Continued Existence and Application of Zeroing Methods* (WT/DS350), reports of the Appellate Body and the panel adopted on 19 February 2009 (*далее — US — Continued Zeroing*).

⁵⁴ Ibid., § 7.182.

⁵⁵ Ibid., § 7.179–7.180.

⁵⁶ *US — Continued Zeroing*, Appellate Body Report, § 365.

⁵⁰ *US — Stainless Steel (Mexico)*, Appellate Body Report, § 160.

⁵¹ Ibid., § 161.

тику, как кажется, имела ряд существенных последствий для системы разрешения споров в рамках ВТО. С точки зрения третейских групп, они, с одной стороны, подтвердили своё право делать независимую «объективную оценку фактических обстоятельств дела» согласно статье 11 ДРС. С другой стороны, группы признали, что их решения должны, как правило, следовать ранее принятым докладам Апелляционного органа. Причина проста: иначе их решения будут отменены. Однако третейские группы часто более чем неохотно признают особый статус докладов Апелляционного органа⁵⁷; вместо этого они предпочитают ссылаться на такие соображения, как требование быстрого разрешения спора.

Что касается членов ВТО, они получили поддержку, чтобы выступать против аргументации Апелляционного органа. Это происходит и до сих пор, хотя, к счастью, более тонким образом, а не тем, которым пользовались США в разгар споров об обнулении. Например, в одном недавнем споре⁵⁸ Китай сослался на статью 11 ДРС при рассмотрении дела в третейской группе, призвав группу «пересмотреть» спорный вопрос, связанный с его протоколом вступления в свете «новых аргументов». Эти «новые аргументы» представляли собой просто новую интерпретацию, связанную с правовыми последствиями статьи XII Соглашения о ВТО, устанавливающей общие правила вступления в ВТО. Третейская группа согласилась с запросом Китая о пересмотре, но не нашла «убедительных причин» отступить от более раннего решения Апелляционного органа; при апелляции Апелляционный орган подтвердил этот вывод⁵⁹.

Несомненно одно: Апелляционный орган не вышел из этой битвы победителем. Ему

пришлось постоянно утверждать свою позицию в системе разрешения споров ВТО, даже в очевидных случаях⁶⁰, несмотря на то что он является главным двигателем развития последовательной системы права ВТО⁶¹. И всё же ДРС содержит чёткие ориентиры относительно роли Апелляционного органа в механизме разрешения споров ВТО и специального статуса его решений. В частности, статья 17.14 ДРС совершенно ясно предусматривает, что доклад Апелляционного органа «принимается ОРС и безусловно признаётся сторонами спора». Подобных требований в связи с докладами третейских групп нет. Ситуация, подобная той, которая сложилась вокруг дел об обнулении, — с целым рядом *de facto* отмен третейскими группами предыдущих решений Апелляционного органа, с нежеланием одного из членов организации согласиться с определением на счёт совместимости одного типа меры с требованиями ВТО, — весьма опасна для системы. Чтобы система разрешения споров ВТО осталась эффективным механизмом, авторитет Апелляционного органа должен получать поддержку и пользоваться безоговорочным уважением со стороны всех членов организации.

Библиографическое описание:

Гомула Й. Правовые последствия решений Апелляционного органа в системе разрешения споров ВТО // Международное правосудие. 2016. № 3 (19). С. 78–87.

⁵⁷ Например, в другом деле об обнулении третейская группа заявила, что «в рамках системы разрешения споров в ВТО нет прецедентной системы и группы не связаны аргументацией Апелляционного органа». Но она согласилась с истцом в том, что принятые доклады создают законные ожидания и что решения, следующие за решениями Апелляционного органа, будут не только уместны, но и ожидаемы от третейских групп. См.: *United States – Use of Zeroing in Anti-Dumping Measures Involving Products from Korea* (WT/DS240), panel report adopted on 24 February 2011, Panel Report, § 7.31.

⁵⁸ *China – Measures Related to the Exportation of Rare Earths, Tungsten, and Molybdenum*, reports of the Appellate Body and the panel adopted on 29 August 2014.

⁵⁹ *Ibid.*, Appellate Body Report, § 5.34.

⁶⁰ Например, недавно в споре о соответствии требованиям Апелляционный орган подчеркнул, что «членам ВТО, стремящимся привести свои непоследовательные меры в соответствие со своими обязательствами согласно охваченным соглашениям, уместно ориентироваться на аргументацию, сформулированную в принятых докладах Апелляционного органа и третейских групп. Действительно, это способствует безопасности и предсказуемости многосторонней торговой системы, а также быстрому разрешению споров» (*United States – Measures Concerning the Importation, Marketing and Sale of Tuna and Tuna Products. Recourse to Article 21.5 of the USD by Mexico* (WT/DS381), reports of the Appellate Body and the panel adopted on 3 December 2015, Appellate Body Report, § 7.156–157).

⁶¹ См., например, интересное исследование, связанное с анализом перекрёстных ссылок в отчётах Апелляционного органа: *Pauwelyn J. Minority Rules: Precedent and Participation Before the Appellate Body* (31 July 2014). URL: <http://ssrn.com/abstract=2474611> (дата обращения: 16.07.2016).

The legal effect of Appellate Body Rulings in the WTO dispute settlement system

Joanna Gomula

Ph.D. in Law (Polish Academy of Sciences), Fellow at Lauterpacht Centre for International Law, University of Cambridge, United Kingdom; Member of New York Bar (e-mail: jg218@cam.ac.uk).

Abstract

The WTO dispute settlement system is based on a two-tier review, where parties to a dispute have the possibility of appealing issues of law and interpretations developed in a panel report to a standing tribunal, the Appellate Body. The jurisprudence developed in this period is impressive, with 300 panel and Appellate Body reports adopted up to 2016 year-start. For many years, the Appellate Body's supreme position in the hierarchy of this system was largely unchallenged. This changed in recent years as a result of a series of anti-dumping disputes, in which a number of panels disagreed with the Appellate Body's interpretation of the Anti-Dumping Agreement and its findings that all categories of "zeroing" – a practice applied in anti-dumping determinations – were WTO-inconsistent. Since the "zeroing" disputes, many panels have invoked Article 11 of the WTO Dispute Settlement Understanding, asserting their right and duty to make an objective assessment of matters brought before them, independently of the Appellate Body's prior interpretation of similar issues. Although the Appellate Body seems to have defended, at least for the time being, its supreme position, attempts to undermine its authority are continuing. Such attempts are harmful to the WTO dispute settlement mechanism and adversely affect its efficiency. The recognition of some degree of precedential effect of Appellate Body reports is therefore vital for ensuring the security and predictability of the whole WTO legal system. To ensure the importance of the WTO dispute settlement system and its remaining as an efficient mechanism, the authority of the Appellate Body must be supported and unconditionally respected by all members.

Keywords

World Trade Organization; dispute settlement; WTO Appellate Body; hierarchy of judicial organs; precedential effect of judicial decisions; functions of judicial organs; anti-dumping determinations.

Citation

Gomula J. (2016) *Pravovye posledstviya resheniy Apellyatsionnogo organa v sisteme razresheniya sporov VTO* [The legal effect of Appellate Body

Rulings in the WTO dispute settlement system]. *Mezhdunarodnoe pravosudie*, no. 3. pp. 78–87. (In Russian).

References

- Bhala R. (1999) The Myth About Stare Decisis and International Trade Law (Part One of a Trilogy). *American University International Law Review*, vol. 14, no. 4, pp. 845–956.
- Chua A. (1998) The Precedential Effect of WTO Panel and Appellate Body Reports. *Leiden Yearbook of International Law*, vol. 11, pp. 45–61.
- Cottier T., Oesch M. (2001) WTO Law, Precedents and Legal Change. *Turku Law Journal*, vol. 3, no. 1, pp. 27–41.
- David F. (2009) *The Role of Precedent in the WTO – New Horizons*: Maastricht Faculty of Law Working Paper No. 2009-12. Available at: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1666169 (accessed 16.07.2016).
- Gomula J. (2008) Precedential Effect of WTO Decisions: Note on the *Zeroing Cases*. *The Global Community Yearbook of International Law and Jurisprudence*, vol. 1, pp. 295–318.
- Jackson J. H. (1997) *The World Trading System: Law and Policy of International Economic Relations*, 2nd ed., Cambridge, MA: The MIT Press.
- Jackson J. H. (1994) The Legal Meaning of a GATT Dispute Settlement Report: Some Reflections. In: Blokker N., Muller S. (eds.) *Towards More Effective Supervision by International Organizations: Essays in Honour of Henry G. Schermers*, vol. 1, Dordrecht: Martinus Nijhoff Publishers, pp. 149–164.
- Martha R. S. J. (1997) Precedent in World Trade Law. *The Netherlands International Law Review*, vol. 44, no. 3., pp. 346–377.
- Nichols P. M. (1996) GATT Doctrine. *Virginia Journal of International Law*, vol. 36, no. 2, pp. 379–466.
- Palmeter D., Mavroidis P. (2004) *Dispute Settlement in the World Trade Organization*, 2nd ed., Cambridge: Cambridge University Press.
- Pauwelyn J. (2014) *Minority Rules: Precedent and Participation Before the Appellate Body (31 July 2014)*. Available at: <http://ssrn.com/abstract=2474611> (accessed 16.07.2016).
- Petersmann E. U. (1997) International Trade Law and the GATT/WTO Dispute Settlement System 1948–1996: An Introduction. In: Petersmann E. U. (ed.) (1997) *International Trade Law and the GATT/WTO Dispute Settlement System*, The Hague: Kluwer Law International, pp. 3–122.
- Sacerdoti G. (2006) The Dispute Settlement System of the WTO in Action: a Perspective on the First Ten Years. In: Sacerdoti G., Yanovich A., Bohanes J. (eds.) (2006) *The WTO at Ten: The Contribution of the Dispute Settlement System*. Cambridge: Cambridge University Press. pp. 35–57.
- Shahabuddeen M. (1996) *Precedent in the World Court*, Cambridge: Cambridge University Press.

Соотношение правопорядков и иерархия международных и национальных норм: новые вопросы и подходы к их решению в практике Конституционного Суда России

Мария Филатова*

Современное развитие правовых систем и их взаимодействие порождают всё новые вопросы как теоретического, так и практического характера. Участие России в различных интеграционных образованиях ставит перед российским правоприменителем новые проблемы, попытки решения которых предпринимались, в частности, Конституционным Судом России. Вновь поднимается вопрос об иерархии конституционных и наднациональных норм, преодолении конфликтов между ними и взаимодействии национальных (в первую очередь, конституционных) и наднациональных судов. В частности, в 2015–2016 годах Конституционный Суд РФ сделал шаг вперёд на пути к выработке новой правовой методологии разрешения противоречий между наднациональными актами (в том числе Евразийского экономического союза, а также Европейского Суда по правам человека) и конституционными принципами и положениями. В основу этой методологии легла доктрина контрлимитов, ранее разработанная в ходе взаимодействия Европейского Союза и правовых систем его стран-участниц (в том числе Германии и Италии). На основе анализа указанной доктрины и её генезиса в статье исследуются перспективы применения этой доктрины в российском правопорядке и степень её достаточности для разрешения потенциальных конфликтов между национальными и наднациональными нормами. Отмечается, в частности, что данная доктрина, будучи скорее «методом сдерживания», не предназначена для рутинного применения и служит, скорее, средством обеспечения диалога правопорядков, а не усугубления конфликтов между ними.

→ *Право Евразийского экономического союза; соотношение конституционных и наднациональных норм; доктрина контрлимитов; исполнение решений Европейского Суда по правам человека*

DOI: 10.21128/2226-2059-2016-3-88-100

1. Участие России в Евразийском экономическом союзе: новые проблемы теоретического и практического характера

Вопросы о соотношении правовых норм различного уровня и их толковании на национальном и наднациональном уровне остаются, пожалуй, одними из наиболее обсуждаемых в российской юридической жизни.

В авторитетных зарубежных исследованиях отмечается, что проблема соотношения

юридических норм и правопорядков так и не получила своего достойного разрешения, соответствующего современному уровню развития международных правоотношений, а её теоретическое наполнение мало изменилось со времён теории Г.Кельзена¹. Между тем сосуществование правовых систем различного уровня и их взаимодействие требуют новых решений и подходов, которых «классические» теоретические концепции не предлагают. Как

* Филатова Мария Анатольевна — кандидат юридических наук, доцент кафедры судебной власти Национального исследовательского университета «Высшая школа экономики» (e-mail: filama.gm@gmail.com).

¹ См., в частности: *Bonnet B.* Repenser les rapports entre les ordres juridiques. Paris : Lextenso éditions, 2013; *Ost F., Van de Kerchove M.* De la pyramide au réseau? Pour une théorie dialectique du droit. Bruxelles : Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 2002. Основные положения теории Кельзена об иерархии правовых норм см.: *Kelsen H.* General Theory of Law and State. New York : Russel and Russel, 1961.

следствие, возникает потребность в новых теоретических обоснованиях.

Значение указанных проблем для российской правовой системы — как прикладное, так и теоретическое — связано с тем, что Россия сегодня является членом различных интеграционных образований; с большой вероятностью число этих образований будет возрастать, что не может не влиять на «правовой ландшафт» государства, который усложняется, и классическая проблема соотношения наднационального и национального права дополняется новыми вопросами о взаимодействии правовых систем различного уровня и способах преодоления конфликтов между ними.

Участие России в Евразийском экономическом союзе (*далее также* — ЕАЭС) ставит перед страной подобные новые вопросы. Хотя де-юре ЕАЭС как наднациональное образование существует лишь с 1 января 2015 года, де-факто он продолжает держать курс на развитие интеграционных процессов, начавшихся с создания Таможенного союза в 1995 году и продолженных в рамках его трансформации в ЕАЭС. Неизбежные параллели между моделями ЕАЭС и Европейского Союза (*далее также* — ЕС) не отменяют многочисленных различий, существующих между этими двумя образованиями, но в то же время нельзя игнорировать и их сходство, в том числе в вопросах правового регулирования. Более того, на основе уже имеющегося опыта функционирования ЕС именно эти схожие черты позволяют сегодня прогнозировать те вопросы, которые предстоит решать странам — участницам ЕАЭС в ближайшем будущем.

Один из таких вопросов касается значения права наднациональных образований (в том числе ЕАЭС) для российской правовой системы, а также соотношения наднационального права и национального права государств-участников, включая Россию. В праве ЕС сформулирован принцип верховенства права ЕС над национальным правом государств-участников, включая национальное конституционное право (нормы национальных конституций)². Применительно к взаи-

моотношениям правопорядков ЕАЭС и его государств-участников подобный принцип не был сформулирован и вряд ли стоит ожидать его в обозримом будущем (что, однако, не исключает такой возможности в более отдалённой перспективе).

В то же время мы видим очевидное сходство в постановке некоторых других вопросов, касающихся соотношения правовых норм Евразийского экономического союза и национальных правовых систем его государств-членов. В частности, это касается специфики права ЕАЭС: как и право ЕС, это право наднационального интеграционного образования характеризуется значительным своеобразием (по сравнению с «классическим» международным правом)³. Прежде всего, правовую основу деятельности ЕАЭС образует совокупность различных видов нормативных актов. Например, статья 2 Договора о Евразийском экономическом союзе⁴ «Определения» упоминает несколько видов актов, принимаемых в рамках ЕАЭС:

— «международные договоры в рамках Союза» — международные договоры, заключаемые между государствами-членами по вопросам, связанным с функционированием и развитием Союза;

— «международные договоры Союза с третьей стороной» — международные дого-

любые нормы права ЕС имеют приоритет по отношению к нормам национального права, в том числе закреплённым в конституционных нормах стран-участниц. Интересно, что в договоре об учреждении Европейского Сообщества (Римский договор 1957 года) принцип верховенства права ЕС не упоминался, он является результатом практики Суда ЕС, ярким примером судейского активизма и в определённой степени ориентиром для Суда ЕАЭС. Своё дальнейшее развитие данный принцип получил в деле *Simmenthal* (Case 106/77, *Amministrazione delle Finanze dello Stato v Simmenthal SpA* [1978] ECR 629), давшем начало одноименной «доктрине Симменталь», а в дальнейшем был подтверждён в Декларациях-приложениях к окончательному Акту Межправительственной конференции, принявшей Лиссабонский договор (Декларация 17 относительно принципа верховенства: исходя из сложившейся практики Суда справедливости ЕС, Договоры и принятое на их основе право Союза обладают приоритетом по отношению к праву государств-участников, при условиях, изложенных в указанной практике Суда ЕС).

³ Один из наиболее полных обзоров точек зрения на соотношение коммунарного права и национального права государств — членов ЕС (в том числе национальных конституций) см.: *Bonnet B.* Op. cit. P. 64–78. См. также: *De Aranzo Ch.* Justice constitutionnelle et justices européennes des droits de l'homme: Etude comparée: France-Allemagne. Bruxelles: Bruylant, 2009.

⁴ Договор о Евразийском экономическом союзе (Подписан в г. Астане 29 мая 2014 года) (ред. от 8 мая 2015 года) // СПС «КонсультантПлюс».

² Этот принцип впервые был сформулирован в решении (в то время) Суда справедливости Европейских Сообществ по делу *Costa v. Enel* от 15 июля 1964 года (Case 6/641). В соответствии с позицией Суда ЕС, выраженной в указанном решении,

воры, заключаемые с третьими государствами, их интеграционными объединениями и международными организациями;

– «распоряжение» – акт, принимаемый органами Союза, имеющий организационно-распорядительный характер;

– «решение» – акт, принимаемый органами Союза, содержащий положения нормативно-правового характера.

Таким образом, уже в основах регулирования деятельности Союза выделяются различные виды принимаемых им актов, имеющих нормативное значение, но дифференцированных с точки зрения статуса и соотношения с иными нормативными актами, в том числе принимаемыми на национальном уровне⁵. Однако эта дифференциация не урегулирована ни в актах самого Союза, ни в праве национальных государств, что и вызывает анализируемые ниже проблемы. Так, например, акты, принятые Евразийской экономической комиссией – постоянно действующим органом Евразийского экономического союза, являются актами исполнительного органа наднационального (интеграционного) образования, соответственно, имеют другую природу и статус по сравнению с «обычными» (классическими) международными договорами. Однако в российской правовой системе формально различий между этими видами актов не проводится, хотя с сущностной точки зрения различия очевидны. Решать вопрос о возможной дифференциации таких актов, их статусе и правовых последствиях предстоит правоприменительной практике.

Кроме того, право Евразийского экономического союза, подобно праву Европейского Союза, включает в себя в качестве очень важной составляющей части практику наднационального суда – Суда ЕАЭС, целью деятельности которого является обеспечение единообразного применения права ЕАЭС всеми государствами-участниками и органами Союза⁶. По мнению Т.Н. Нешатаевой, в настоящее время перед Судом стоят три ос-

новные задачи: формулирование единых правовых принципов евразийской интеграции; развитие идей интеграции, закреплённых в договорах; наконец, поддержание баланса сил, сдержек и противовесов в деятельности наднациональных и межгосударственных органов Союза⁷. Статус прецедентов Суда пока исчерпывающим образом не определён в российской правовой системе; Статут Суда ЕАЭС – Приложение № 2 к Договору о Евразийском экономическом союзе – также содержит очень осторожные формулировки на этот счёт. В частности, пункт 114 Статута устанавливает, что в случае неисполнения решения Суда государство-член вправе обратиться в Высший Евразийский экономический совет с целью принятия необходимых мер, связанных с его исполнением. Таким образом, внятный механизм исполнения решений Суда (а точнее, преодоления их неисполнения) в Договоре отсутствует.

Соответственно, возникают вопросы о способах сглаживания возможных противоречий между наднациональными нормами и нормами национального права, которые нельзя исключать и в будущем.

2. Российская практика: подходы Конституционного Суда России к разрешению проблем

Недавние решения российского Конституционного Суда дали толчок к обсуждению целого ряда проблем, возникающих в сфере соотношения юридических норм и актов различного уровня.

1. Возможно ли в принципе оспаривание вступившего в силу международного договора Российской Федерации? Если да, то в каком порядке и, в частности, возможна ли проверка конституционности такого договора Конституционным Судом?

2. Существуют ли какие-то отличия в статусе классических актов международного права и актов, принятых уполномоченными органами наднационального образования (решений Евразийской экономической комиссии, Суда ЕАЭС), с точки зрения возможной проверки этих актов?

⁵ На особенности нормативных актов, принимаемых наднациональными органами интеграционных образований, обращают внимание и другие исследователи (см., например: *Исполнов А.С.* Национальные суды и международное право: принуждение к дуализму // *Будущее международного права: сборник статей / под ред. К.А. Бекашева. М.: Проспект, 2016. С. 129.*

⁶ Пункт 2 Статута Суда ЕАЭС (Приложение № 2 к Договору о Евразийском экономическом союзе).

⁷ См.: *Нешатаева Т.Н.* Единообразное применение – цель Суда Евразийского экономического союза // *Международное правосудие. 2015. № 2(14). С. 115–125.*

3. Одинакова ли юридическая сила у всех международных актов в российской правовой системе (в зависимости от органа, принявшего этот акт, процедуры принятия и наличия одобрения государствами содержания документа в «классических» процедурах международного права)?

4. В случае установления нарушения международным актом основополагающих принципов российского права (в том числе установленных Конституцией) может ли этот акт применяться в правовой системе Российской Федерации? Если нет, то какие юридические инструменты имеются для того, чтобы обосновать такое неприменение?

Очевидно, что большинство вопросов, по крайней мере в практической их плоскости, для российской правовой системы новые. Однако и теоретический срез проблемы оставляет их открытыми. Рассмотрим указанные вопросы подробнее.

3 марта 2015 года Конституционный Суд России принял Определение № 417-О⁸, выводы которого были подтверждены и уточнены в целом ряде последующих решений Суда. В данном деле Конституционный Суд по запросу Арбитражного суда Центрального округа рассматривал вопрос о конституционности Порядка применения освобождения от уплаты таможенных пошлин при ввозе отдельных категорий товаров на единую таможенную территорию Таможенного союза, утверждённого решением Комиссии Таможенного союза от 15 июля 2011 года № 728⁹. Напомним вкратце обстоятельства дела: российское законодательство, действовавшее до принятия Таможенного кодекса Таможенного союза в 2009 году, предусматривало освобождение от уплаты таможенных платежей на товары, ввезённые иностранным участником российского общества в качестве вклада в уставный капитал. Такое освобождение сохраняло силу даже в тех случаях, когда иностранный участник в последующем выходил из российского юридического лица. Принятый Комиссией Таможенного союза Порядок, напротив, устранил эту льготу и установил обязанность уплаты таможенных платежей в

случае выхода иностранного участника из российского общества, причём даже в отношении тех лиц, которые завезли товары (воспользовались указанной льготой) до принятия и вступления в силу Порядка, то есть указанным положениям была придана обратная сила.

Коротко о статусе оспариваемых норм: согласно пункту 1 статьи 3 Таможенного кодекса Таможенного союза, решения Комиссии Таможенного союза являются одним из составных элементов таможенного законодательства этого интеграционного образования. В соответствии с пунктом 2 статьи 1 Таможенного кодекса таможенное регулирование в Таможенном союзе осуществляется в соответствии с таможенным законодательством Таможенного союза, а в части, не урегулированной таким законодательством, до установления соответствующих правоотношений на уровне таможенного законодательства Таможенного союза — в соответствии с законодательством государств — членов Таможенного союза. Данная формулировка предполагает приоритет норм наднационального таможенного регулирования перед соответствующими нормами национального законодательства государств-участников.

С 1 января 2015 года функционирование Таможенного союза осуществляется в соответствии с заключённым Республикой Беларусь, Республикой Казахстан и Российской Федерацией Договором о Евразийском экономическом союзе¹⁰.

Впервые перед Конституционным Судом РФ ставился вопрос о проверке не самого международного договора или федерального закона о его ратификации, а нормативного акта, принятого уполномоченным органом наднационального образования — Комиссией Таможенного союза, действующей на основании этого международного договора. С точки зрения международного права, решения Комиссии Таможенного союза не подлежат ратификации и имеют прямое действие на территории государств — участников Таможенного союза. Акты Комиссии представляют собой решения органа наднационального образования, в которое входит Россия.

⁸ Определение Конституционного Суда Российской Федерации от 3 марта 2015 года № 417-О // Вестник Конституционного Суда Российской Федерации. 2015. № 3.

⁹ URL: https://docs.eaeunion.org/docs/ru-ru/0025561/cuc_26102012_728 (дата обращения: 25.08.2016).

¹⁰ Подробнее о правовом статусе и функционировании Таможенного союза, а затем ЕАЭС см.: Международно-правовые основы создания и функционирования Евразийского экономического союза / отв. ред. Е. Г. Моисеев. М.: Проспект, 2015. С. 23–50.

Соответственно, как и акты других органов наднациональных образований и международных организаций, акты Комиссии являются частью российской правовой системы и применяются непосредственно, то есть являются актами прямого действия. В 2012 году Комиссия Таможенного союза была преобразована в Евразийскую экономическую комиссию. В настоящее время положения о непосредственном применении решений Евразийской экономической комиссии на территории государств-членов закреплены в пункте 13 Положения о Евразийской экономической комиссии (Приложение № 1 к Договору о Евразийском экономическом союзе).

В данном деле Конституционному Суду предстояло решить вопросы о месте норм наднационального таможенного законодательства в правовой системе Российской Федерации, об их соотношении с российским правом, в том числе с Конституцией, о пределах международных обязательств Российской Федерации в случае противоречия международных норм положениям Конституции или конституционным принципам и о правовых последствиях такого возможного противоречия.

Однако в первую очередь Конституционному Суду предстояло ответить на важнейший вопрос в контексте взаимодействия национальных и наднациональных правовых порядков — о возможности проверки вступивших в силу международных договоров и, в частности, о том, может ли Конституционный Суд рассматривать вопрос о конституционности вступившего в силу международного договора (или основанного на его положениях решения органа наднационального образования).

Попутно отметим, что эта тема возникала и ранее в практике других конституционных судов. В частности, Конституционный суд Италии в известных «постановлениях-близнецах» № 348 и 349, принятых в 2007 году, сформулировал подход применительно к нормам Конвенции о защите прав человека и основных свобод, согласно которому в случае возможного противоречия между национальной нормой и нормой Конвенции Конституционным судом осуществляется двойная проверка: сначала — национальной нормы на её соответствие Конвенции, а затем — самой нормы Конвенции на её совместимость с по-

ложениями национальной Конституции. Как результат, была признана возможность проверки конституционности положений Конвенции на предмет выявления возможных противоречий Конституции, и в случае обнаружения таких противоречий норма Конвенции должна быть исключена из массива международных норм, интегрированных в национальную правовую систему¹¹.

Подход Конституционного Суда России в этом отношении эволюционирует. В первых делах такого рода его позиция была совершенно недвусмысленной: проверка конституционности вступивших в силу международных договоров невозможна, как и проверка конституционности федерального закона об их ратификации¹².

Однако в дальнейшем подход Суда к этому вопросу существенно изменился если не по форме, то по содержанию. В Определении от 3 марта 2015 года № 417-О Конституционный Суд сформулировал следующее обоснование своей компетенции по проверке наднационального акта (в данном случае — принятого Комиссией Таможенного союза).

Во-первых, Суд указал, что международно-правовое участие Российской Федерации в Таможенном союзе (а значит, добавим, и в других наднациональных образованиях) не образует каких-либо предпосылок для отступления от принципов верховенства Конституции РФ и равенства всех перед законом и судом и не освобождает государство от его конституционной обязанности признавать,

¹¹ Подробнее о данном подходе Конституционного суда Италии см.: *Фриго Д.* Конституция Итальянской Республики и применение Европейской Конвенции о защите прав человека и основных свобод в национальной правовой системе // Реализация Европейской Конвенции о защите прав человека и основных свобод национальными судебными системами: опыт Италии и России. Страсбург : Европейский центр правового сотрудничества, 2013. С. 38–52.

¹² См. определение Конституционного Суда РФ: от 2 июля 2013 года № 1055-О об отказе в принятии к рассмотрению запроса группы депутатов Государственной Думы о проверке конституционности Федерального закона «О ратификации Протокола о присоединении Российской Федерации к Марракешскому соглашению об учреждении Всемирной торговой организации от 15 апреля 1994 года». URL: <http://doc.ksrf.ru/decision/KSRFDecision135883.pdf> (дата обращения: 25.08.2016); от 2 июля 2013 года № 1050-О об отказе в принятии к рассмотрению жалобы компании «Team Niinivirta AY» на нарушение конституционных прав и свобод положениями пункта 2 статьи 80, пункта 1 статьи 91 и пункта 1 статьи 342 Таможенного кодекса Таможенного союза. URL: <http://doc.ksrf.ru/decision/KSRFDecision136123.pdf> (дата обращения: 25.08.2016).

соблюдать и защищать права человека и гражданина, которые должны определять смысл, содержание и применение законов (п. 2 мотивировочной части).

Во-вторых, международное сотрудничество должно основываться на универсальных принципах, в том числе на принципе всеобщего уважения прав человека и основных свобод и принципе правовой определённости, а также обеспечивать согласованный учёт требований Конституции РФ, общепризнанных принципов и норм международного права и международных договоров Российской Федерации. В противном случае основанная на признании всеобщего принципа *pacta sunt servanda* конституционная обязанность Российской Федерации рассматривать заключённые ею международные договоры в качестве составной части своей правовой системы может приводить к нарушению прав и свобод человека и гражданина (п. 2 мотивировочной части).

Таким образом, Конституционный Суд, по сути, сформулировал условия соблюдения Российской Федерацией её международных обязательств: если они не нарушают фундаментальные принципы защиты прав и свобод человека и гражданина, вытекающие как из Конституции РФ, так и из общепризнанных принципов и норм международного права.

Можно утверждать, что в этой позиции Конституционный Суд заложил основы своего рода «иерархии» международных обязательств государства, и наверху этой иерархии — обязательства, которые относятся к защите прав человека и гражданина (и тем самым коррелируют с базовой антропоцентрической идеей, вытекающей из статьи 2 Конституции РФ). Отсюда вытекает и возможность проверки актов Комиссии Таможенного союза (а в более широком смысле — и других органов интеграционных образований) при наличии указанных выше условий.

Что же касается оспариваемых норм, то положения Порядка, принятого Комиссией Таможенного союза, по сути, игнорировали принцип недопустимости придания обратной силы нормам, ухудшающим правовое положение граждан, — принцип, гарантированный в том числе и российской Конституцией.

Конституционный Суд обратил внимание на то, что оспариваемые положения уже были проанализированы Судом Евразийского

экономического сообщества (с 1 января 2015 года — Суд Евразийского экономического союза), который указал на правомерность оспариваемой нормы и её непротиворечие фундаментальным принципам правового регулирования, в том числе в части придания ему обратной силы. С неизбежностью возник вопрос о соотношении позиций Конституционного Суда и Суда ЕвразЭС: мог ли Конституционный Суд в подобной ситуации подвергать сомнению выводы Суда ЕвразЭС?

Анализируя решение Коллегии Суда ЕвразЭС, Конституционный Суд указал, что сами по себе выводы указанного Суда не могут служить основанием для отступления от конституционных требований по защите прав и свобод человека и гражданина не только согласно общепризнанным принципам и нормам международного права, но и в соответствии с Конституцией РФ, тем более принимая во внимание прямое указание преамбулы Договора о Евразийском экономическом союзе на необходимость безусловного соблюдения всеми его сторонами принципа верховенства конституционных прав и свобод человека и гражданина (п. 2.2 мотивировочной части Определения № 417-О от 3 марта 2015 года).

Как указывает А. С. Исполинов в аналитическом обзоре выводов Конституционного Суда, сформулированных в Определении от 3 марта 2015 года, «КС РФ рассматривает Суд Союза как административный суд, проверяющий акты органов Союза на предмет их соответствия учредительным договорам, но не более того. Пока ни государства — члены Союза, ни сам Суд Союза не заявили о том, что Суд может и должен проверять решения ЕЭК на предмет нарушения ими прав человека. Равным образом пока отсутствует и каталог прав человека на уровне Союза. Именно поэтому КС РФ чувствует себя не то что вправе, а обязанным проверять акты ЕЭК на своём уровне»¹³.

К этому можно добавить, что, поскольку в цели и задачи деятельности Суда ЕвразЭС (как и в настоящее время — Суда ЕАЭС) не входило обеспечение фундаментального прин-

¹³ Исполинов А. С. Конституционный Суд РФ о своей роли в евразийской интеграции и о диалоге с Судом Союза. URL: https://zakon.ru/blog/2015/03/30/konstitucionnyj_sud_rf_o_svoej_rol_i_v_evrazijskoj_integracii_i_o_dialoge_s_sudom_soyuza (дата обращения: 25.08.2016).

ципа верховенства прав и свобод человека и гражданина, Конституционный Суд РФ взял на себя эту функцию, рассмотрев ситуацию как с точки зрения соблюдения конституционных принципов в этой части, так и с более универсальной — международно признанной антропоцентристской позиции.

Наибольший интерес представляет предложенная Конституционным Судом правовая методология разрешения данного противоречия между актом международного права и фундаментальными конституционными принципами. С одной стороны, в резолютивной части Определения запрос Арбитражного суда Центрального округа был признан «не подлежащим дальнейшему рассмотрению в заседании Конституционного Суда Российской Федерации, поскольку для разрешения поставленного заявителем вопроса не требуется вынесение предусмотренного статьёй 71 Федерального конституционного закона “О Конституционном Суде Российской Федерации” итогового решения в виде постановления». С другой стороны, в пункте 5 мотивировочной части Суд указал: «*Органы государственной власти Российской Федерации, включая суды, не лишены возможности... применять оспариваемые международно-правовые положения в системе действующего правового регулирования на основании согласованного учёта требований Конституции Российской Федерации и основанных на них правовых позиций Конституционного Суда Российской Федерации и таможенного законодательства Таможенного Союза, не допуская при этом нарушений конституционных прав и свобод граждан и их объединений*» (выделено мной. — М. Ф.).

Эту позицию Конституционный Суд ещё более определённо воспроизвёл в последующих решениях. Так, в Определении от 21 мая 2015 года № 1095-О¹⁴ он указал уже на обязанность органов государственной власти, включая суды, *применять положения указанного Порядка с учётом указанных конституционных принципов и позиций Конституционного Суда, не допуская при этом нарушения конституционных прав и свобод граждан и их объединений*. Кро-

ме того, в Определении от 2 апреля 2015 года № 583-О¹⁵ он ещё раз подчеркнул, что, по смыслу статьи 57 Конституции РФ, прямые запреты, касающиеся придания обратной силы закону, ухудшающему положение лица, служат гарантией защиты прав плательщиков любых обязательных платежей, подлежат применению в отношении нормативного регулирования любого уровня, включая решения Комиссии Таможенного союза.

Указанные выводы (притом что они сформулированы достаточно осторожно и не отражены в резолютивной части соответствующих решений Конституционного Суда) носят принципиально новый характер для российской правовой системы. Конституционный Суд не имеет полномочий для лишения наднационального акта его силы. Единственным выходом для национального правопорядка в случае противоречия этого акта его фундаментальным принципам остаётся неприменение тех положений международного акта или квазинормативных решений наднационального органа (исполнительного или судебного), которые нарушают такие фундаментальные принципы или не отвечают необходимому уровню защиты прав и свобод граждан, существующему на национальном уровне. Фактические последствия применения такой методологии будут аналогичны признанию акта недействующим или противоречащим положениям национальной конституции, но, с точки зрения юридической техники, в этом случае не происходит вторжения национального органа конституционного контроля в компетенцию наднационального органа.

Таким образом, подходы Конституционного Суда к ответу на вопрос о возможности проверки конституционности международных актов эволюционировали от категорического «нет» (в ответ на вопрос о возможности проверки конституционности не только вступившего в силу международного договора, но и федерального закона о его ратификации) к осторожному нащупыванию возможных вариантов неприменения если не самого международного договора, то как минимум решения наднационального органа (нормативного или ненормативного характера), основанного на международном договоре.

¹⁴ URL: <http://doc.ksrfr.ru/decision/KSRFDecision198043.pdf> (дата обращения: 25.08.2016).

¹⁵ URL: <http://doc.ksrfr.ru/decision/KSRFDecision193025.pdf> (дата обращения: 25.08.2016).

3. Значение выводов Конституционного Суда РФ для взаимодействия правопорядков

По нашему мнению, приведённые решения Конституционного Суда явились важным этапом в формировании именно правовой методологии взаимодействия национальной и наднациональных правовых систем. Полагаем, что разработка подобной правовой методологии, в максимальной степени «очищенной» от соображений политической конъюнктуры, является сейчас одной из приоритетных задач российской правовой системы. В этом смысле нельзя не отметить отличие в тональности и аргументации анализируемых определений и тех актов Конституционного Суда, которые касаются исполнения решений Европейского Суда по правам человека (в первую очередь Постановления Конституционного Суда от 14 июля 2015 года № 21-П, принятого по запросу депутатов Государственной Думы и касавшегося оценки конституционности норм, регулирующих возможность исполнения решений Европейского Суда по правам человека¹⁶). Хотя и в том, и в другом случае речь идёт о выработке общих подходов к взаимодействию с наднациональными системами, в решениях, касающихся актов ЕАЭС, упор делается именно на правовую составляющую аргументации. Впрочем, если оставить за скобками некоторую эмоциональность Постановления от 14 июля 2015 года, то суть выводов Суда и в этом Постановлении, и в Определении от 3 марта 2015 года № 417-О, на наш взгляд, в целом одинакова и может быть сведена к следующему.

1. Возможность проверки актов наднационального характера в национальной правовой системе на предмет совместимости с фундаментальными принципами последней (как прямо закреплёнными в Конституции, так и вытекающими из неё) зависит от статуса соответствующего наднационального акта. Если вопрос о проверке конституционности вступившего в силу международного договора как такового, с точки зрения Конституционного Суда, стоять не может, то с актами, принятыми наднациональными органами (как

исполнительными, так и судебными) во исполнение и на основании таких международных договоров, ситуация не совсем однозначна. Нормативный акт, принимаемый соответствующим наднациональным органом во исполнение международного договора (как это было с Порядком, принятым Решением Комиссии Таможенного союза), не является актом, в отношении которого государства — участники соответствующего договора выразили своё согласие: такое согласие касалось лишь самого договора с исчерпывающим перечнем формулировок и положений, каждое из которых обговорено, понятно и, в крайнем случае, допускает оговорку о его неприменении. Решение наднационального органа (как нормативное, так и квазинормативное) принимается уже за рамками этой выраженной воли государств-участников, поэтому здесь возможны (и возникают) разногласия относительно пределов международных обязательств, на которые государство соглашалось. Именно эту мысль, на наш взгляд, попытался выразить Конституционный Суд в вышеприведённых определениях, а также в Постановлении от 14 июля 2015 года № 21-П.

2. Признание обязательного характера наднациональных актов (международных обязательств Российской Федерации по исполнению наднациональных актов как исполнительных, так и судебных органов соответствующих наднациональных образований) не может служить основанием для отступления от принципа верховенства прав и свобод человека и гражданина. Таким образом, выполнение государством его международных обязательств имеет пределы в виде фундаментальных конституционных принципов, к нарушению которых может привести применение или исполнение того или иного акта наднационального органа. Наличие сомнений в совместимости таких наднациональных актов с указанными фундаментальными принципами может стать основанием для оценки Конституционным Судом РФ возможности применения (исполнения) таких актов.

3. Если наднациональным актом (в том числе постановлением Европейского Суда по правам человека) затрагиваются принципы и нормы Конституции, Российская Федерация может в порядке исключения отступить от выполнения возложенных на неё обязательств, когда такое отступление является

¹⁶ Постановление Конституционного Суда Российской Федерации от 14 июля 2015 года № 21-П // Собрание законодательства Российской Федерации. 2015. № 30. Ст. 4658.

единственно возможным способом избежать нарушения основополагающих принципов и норм Конституции РФ.

Важно отметить, что указанные позиции Конституционного Суда РФ уже получили свое отражение в практике других российских судов. Так, абзац третий пункта 2 Постановления Пленума Верховного Суда РФ от 12 мая 2016 года № 18 «О некоторых вопросах применения судами таможенного законодательства» воспроизводит указанные выводы Конституционного Суда практически дословно: «Вместе с тем судам необходимо принимать во внимание, что коллизийный приоритет права Союза не может приводить к нарушению прав и свобод граждан (организаций), гарантированных Конституцией Российской Федерации. В частности, при применении норм права Союза, которые устанавливают (изменяют, прекращают) права и обязанности по уплате таможенных платежей, исползованию таможенных льгот, должен учитываться принцип недопустимости придания обратной силы новому таможенному регулированию, ухудшающему положение участников длящихся правоотношений»¹⁷.

Основания для отступления от международных обязательств Российской Федерации по применению (исполнению) актов, принятых наднациональными органами, на которые сослался Конституционный Суд в упомянутых решениях, представляют собой не что иное, как отсылку к доктрине контрлимитов, выработанной в практике Федерального конституционного суда ФРГ и Конституционного суда Италии применительно к исполнению актов Европейского Союза¹⁸. О появлении этой доктрины заговорили, когда данные конституционные суды указали на возможность отказа от признания верховенства права ЕС в конкретных делах в случае, если нормы последнего не обеспечивают защиту основных прав, гарантированных в национальном праве ФРГ и Италии¹⁹. Доктрина контрлимитов

(counter-limits doctrine) отражает, в более общем плане, проблемы соотношения национального (в особенности конституционного) и наднационального права в современных правовых порядках как на теоретическом, так и на прикладном уровне. Её генезис и существо заслуживают отдельного самостоятельного исследования, которое не является целью настоящей статьи, однако остановимся кратко на основных положениях.

Согласно подходам конституционных судов ФРГ и Италии, границы наднациональной интеграции определяются положениями Основного закона страны, а на сами конституционные суды возлагается обязанность определять эти границы в конкретных делах и при необходимости осуществлять конституционный контроль наднациональных положений²⁰.

Суть доктрины контрлимитов, сформулированной Федеральным конституционным судом Германии в так называемом решении *Solange I*²¹, сводится к следующему: нормы коммунитарного права не обладают абсолютным верховенством над конституционными нормами Германии. Напротив, норма европейского права может быть применена во внутреннем праве, только если она обеспечивает соблюдение Основного закона, а именно прав и свобод, перечисленных в его каталоге основных прав. Конституционный суд оставил за собой право осуществлять контроль над теми нормами европейского права, которые могут нарушить фундаментальные права, гарантированные немецким Основным законом, до тех пор (*So lange*), пока в Европейском Сообществе не будет создан избираемый парламент с законодательными полномочиями и возможностью контроля за соблюдением каталога основных прав. Таким образом, из германского правового порядка решением Федерального конституционного суда должны быть исключены те нормы права ЕС, которые Конституционный суд сочтёт не соответствующими фундаментальным консти-

¹⁷ Бюллетень Верховного Суда Российской Федерации. 2016. № 7.

¹⁸ Более подробно о доктрине контрлимитов см.: Филатова М. А. Конфликты конституционных и наднациональных норм: способы преодоления (на примере Европейского Союза и правовых систем государств — членов ЕС) // Международное правосудие. 2013. № 4 (8). С. 94–106.

¹⁹ Соответствующие подходы были сформулированы Федеральным конституционным судом ФРГ в деле *Solange I* (BVerfGE 37) (URL: <http://www.bundesverfassungsgericht.de/en/index.html> (дата обращения: 16.09.2016)) и Конституционным су-

дом Италии в деле № 183/73 (URL: <http://www.giurcost.org/decisioni/1973/0183s-73.html> (дата обращения: 16.09.2016)).

²⁰ См.: Vecchio F. Fundamental Rights between the European Court of Justice and the New Powers of the French “Conseil Constitutionnel” // Mediterranean Journal of Human Rights. Vol. 15. 2011. No. 1–2. P. 189–213, 193.

²¹ BVerfGE 37, 271 2 BvL 52/71 Solange I – Beschluß, Decision 29/05/1974.

туционным правам²². К такому выводу Суд пришёл после проведённого сравнения уровня защиты прав в национальном и наднациональном правопорядках.

Очевидно, что этот подход немецкого Конституционного суда вошёл в явное противоречие с провозглашённым Судом справедливости ЕС принципом верховенства права ЕС над любыми национальными нормами, включая конституционные.

Что касается другого конституционного суда, который также считается родоначальником доктрины контрлимитов²³, — Конституционного суда Италии, то его путь к формулированию этой доктрины был намного длиннее и занял без малого 20 лет. Для итальянского Конституционного суда в течение долгого времени (начиная с решения № 183/1973²⁴) обоснованием верховенства права ЕС в национальном правопорядке служила статья 11 Конституции Итальянской Республики, в соответствии с которой «государство соглашается на ограничение его суверенитета, необходимые для обеспечения правовой системы, основанной на мире и справедливости между нациями, при условии соблюдения принципа взаимности». Как отмечается в комментариях, это положение изначально предназначалось для обоснования членства Италии в ООН, но в практике национального Конституционного суда оно получило толкование, существенно отступающее от первоначальных целей («обеспечение правовой системы, основанной на мире и справедливости между нациями») ²⁵. В решении 1984 года (так называемое дело *Granital*) Конституционный суд Италии приблизил свою позицию к позиции своих немецких коллег, указав, что, несмотря на признание верховенства права ЕС, в исключительных обстоятельствах возможно от-

ступление от решений Суда ЕС, если последние нарушают фундаментальные принципы национального регулирования²⁶.

Анализ содержания доктрины контрлимитов, отсылку к которой можно увидеть в анализируемых решениях российского Конституционного Суда, показывает, что возможность отступления от принципа верховенства наднационального права в ней связывается с уровнем защиты конституционных прав и свобод, который в национальном правопорядке выше по сравнению с тем, что предлагается в наднациональном акте. То есть основанием для неприменения наднациональных норм является нарушение ими принципа верховенства прав и свобод человека и гражданина, гарантированных национальным правопорядком.

4. Доктрина контрлимитов в российской реальности: каковы перспективы?

Насколько сегодня можно говорить о применимости доктрины контрлимитов во взаимоотношениях российской и наднациональных правовых систем? При ответе на этот вопрос необходимо учитывать тот факт, что доктрина контрлимитов была выработана для отношений между национальными государствами и Европейским Союзом, верховенство права которого над национальным законодательством, включая конституционные положения, уже нашло нормативное закрепление.

В то же время взаимоотношения российского правопорядка и наднациональных систем, в которые на сегодняшний день входит Россия, имеют свои нюансы: если общий принцип верховенства международного права над положениями обычного законодательства стран-участниц не подвергается сомнению, то в отношении конституционных норм ситуация иная. Во всяком случае, на данный момент российская правовая система не признаёт приоритета наднациональных положений перед нормами российской Конституции. Аналогичная ситуация наблюдается и в других государствах — участниках ЕАЭС. Поэтому вопрос о последствиях противоречий, существующих между положениями надна-

²² См.: *De Aranzo Ch.* Op. cit. P.259.

²³ Сам термин «контрлимиты» (controlimiti) был предложен именно в итальянской правовой доктрине итальянским исследователем Паоло Бариле: *Barile P.* Ancora su diritto comunitario e diritto interno // Studi per il ventesimo anniversario dell'Assemblea costituente. Vol. 6: Autonomie et garanzie costituzionali. Firenze: Vallecchi 1969. P. 35–54, 49.

²⁴ Решение Конституционного суда Италии от 27 декабря 1973 года № 183/73, так называемое дело *Frontini*.

²⁵ См.: *Martinico G.* Is the European Convention going to be «supreme»? A Comparative-Constitutional Overview of ECHR and EU Law before National Courts // *European Journal of International Law.* Vol. 23. 2012. No. 2. P.401–424, 405. URL: <http://ejil.oxfordjournals.org/content/23/2/401.full.pdf+html> (дата обращения: 10.09.2016).

²⁶ Решение Конституционного суда Италии от 8 июля 1984 года № 170 (*Granital*).

ционального акта и национальной Конституции (любых, а не только гарантирующих более высокий уровень защиты прав и свобод граждан) в целом остаётся открытым. Доктрина контрлимитов — в случае её применения — даёт на него ответ лишь частично. Однако возможны и другие варианты конфликтов между наднациональными и конституционными нормами, и для этих случаев доктрины контрлимитов уже недостаточно, необходима другая аргументация. В частности, именно такая ситуация имела место в Постановлении Конституционного Суда № 12-П от 19 апреля 2016 года, в котором анализировалась возможность исполнения постановления Европейского Суда по правам человека по делу *Анчугов и Гладков против России* в связи с запросом Министерства юстиции РФ. В этом деле, как известно, уровень ограничений прав граждан, отбывающих уголовное наказание в местах лишения свободы, на участие в выборах на национальном уровне оказался выше в силу прямого запрета, содержащегося в статье 32 (ч. 3) Конституции РФ. Соответственно, доктрина контрлимитов не может быть использована как аргумент в данном деле — на что, по сути, сослались и судьи Конституционного Суда, заявившие свои особые мнения по данному делу.

Таким образом, перенос доктрины контрлимитов на российскую почву в сегодняшних условиях возможен лишь в определённой мере. Он оправдан в ситуациях, когда положения наднационального акта устанавливают больше ограничений прав и свобод граждан (их объединений), чем национальное законодательство (включая конституционные положения). Однако в иных ситуациях вопрос о выработке убедительной методологии, обосновывающей возможность отступления от международных обязательств в исключительных случаях, остаётся открытым.

Конституционный Суд в постановлениях от 14 июля 2015 года № 21-П²⁷ и от 19 апреля 2016 года № 12-П²⁸ сделал попытку «нащупать» такую методологию. Правовую

суть проблемы, стоявшей перед Судом в этих двух делах, кратко можно сформулировать следующим образом: чем может быть оправдан отказ от исполнения международных обязательств? Достаточно ли самого факта противоречия между конституционными нормами и положениями наднационального акта? И противоречие любой ли норме Конституции может являться основанием для такого отступления?

С одной стороны, из статьи 15 (ч. 4) Конституции РФ вытекает лишь инфраконституционный (но не выше уровня Конституции) статус международных договоров Российской Федерации (а значит, и основанных на них актов исполнительных и судебных органов наднациональных образований). Однако, с другой стороны, взаимоотношения национальных и наднациональных правопорядков в современном мире гораздо более сложны и вряд ли могут быть механистически истолкованы на основании одной лишь этой статьи Конституции, без учёта общих конституционных ценностей, главная из которых — вполне антропоцентристская — недвусмысленно выражена в статье 2 Конституции России и в сочетании со статьями 17, 19, 55 и рядом других статей призывает обеспечивать лицу максимальный уровень защиты, вне зависимости от того, какой акт — национальный или наднациональный — этот уровень защиты закрепляет.

Поэтому, на наш взгляд, эта новая «правовая методология» Конституционного Суда требует дальнейшего развития и уточнения. В постановлениях от 14 июля 2015 года и 19 апреля 2016 года Суд предпринял попытку сформулировать ряд более точных критериев, оправдывающих отступление от международных обязательств государства, упомянув в своей аргументации такие объекты защиты, как права и свободы человека и гражданина, государственный суверенитет, высшая юридическая сила Конституции и др.

Вряд ли такой подход можно назвать удачным с точки зрения выстраивания отношений с наднациональными правопорядками. Ведь высшая юридическая сила Конституции охватывает все её положения (и здесь мы вновь возвращаемся к формальному аргументу инфраконституционного статуса международных договоров), а аргумент о необходимости защиты государственного суве-

²⁷ Более подробно анализ постановления Конституционного Суда от 14 июля 2015 года и его аргументации см.: *Бланкенгагель А., Левин И.* В принципе нельзя, но можно!.. Конституционный Суд России и дело об обязательности решений Европейского Суда по правам человека // Сравнительное конституционное обозрение. 2015. № 5 (108). С. 152–162.

²⁸ Собрание законодательства Российской Федерации. 2016. № 17. Ст. 2480.

решения может рассматриваться в качестве оправдывающего отказ от исполнения любого решения наднационального органа как вторгающегося в сферу ведения уполномоченных органов государства. Не очень убедительным кажется и довод о необходимости учёта прав и интересов других граждан Российской Федерации при исполнении решения наднационального органа: в этом случае все выплаты денежного характера по решениям наднациональных органов следует признать нарушающими права всех граждан России (кроме заявителя, если он таковым является), поскольку выплаты производятся из бюджета Российской Федерации, а значит, ухудшают положение остальных граждан.

Кроме того, в аргументации Конституционного Суда упоминались и ценности, перечисленные в части 3 статьи 55 Конституции, необходимость защиты которых может оправдать ограничение прав и свобод: защита основ конституционного строя, нравственности, здоровья, прав и законных интересов других лиц, обеспечение обороны страны и безопасности государства. Однако применение этих критериев требует скрупулёзной оценки баланса ценностей, находящихся на двух «чашах весов», и детальной аргументации, почему защита прав и свобод в конкретной ситуации должна быть менее приоритетной, чем защита указанных интересов публичного характера.

Таким образом, формирование убедительной и чётко выстроенной методологии взаимоотношений правопорядков (назовём её «доктриной контрлимитов на российский манер») остаётся одной из приоритетных задач российской правовой системы. Такая методология нуждается в выстраивании иерархии ценностей, на защиту которых она будет направлена. Особенно важна выработка этих подходов в контексте полномочий Конституционного Суда по определению возможности исполнения актов наднациональных органов, закреплённых в пункте 3.2 статьи 3 ФКЗ «О Конституционном Суде Российской Федерации»; очевидно, что новые запросы такого рода не заставят себя ждать.

При оценке перспектив применения наметившейся методологии к отношениям с наднациональными образованиями российскому правоприменителю — и, конечно, доктрине — предстоит также решить, является

ли она универсальной для взаимодействия со всеми наднациональными системами. Здесь уместно вспомнить, что в европейской правовой доктрине активно обсуждается применимость общих принципов права ЕС (в том числе верховенства над нормами национального права и прямое действие) к «конвенционному праву», то есть к Конвенции о защите прав человека и основных свобод вместе с её толкованием Европейским Судом по правам человека²⁹. Статус актов европейского права и Конвенции неодинаков в разных правовых системах, что может приводить к использованию различных юридических механизмов для преодоления конфликтов между национальными и наднациональными нормами соответствующей природы. Эти подходы — применимость принципов ЕС к Конвенции — также нуждаются в более детальном изучении.

Кроме того, важно понимание изначальной цели разработки доктрины контрлимитов: она предназначалась не столько для обеспечения приоритета национальных интересов перед наднациональными (то есть, по сути, защита собственной правовой идентичности), сколько для «подталкивания» европейских наднациональных органов (на тот момент Суд справедливости европейских сообществ) к обеспечению гарантий защиты прав лиц до уровня, равного или хотя бы сопоставимого с уровнем гарантий, существовавших в национальном праве соответствующих государств³⁰.

Однако ещё один важнейший момент следует учитывать при разработке и особенно при применении подобной методологии: доктрина контрлимитов — это, выражаясь языком военных, скорее инструмент превентивного характера, чем средство «обороны» как таковое. Она используется для обозначения собственной сферы исключительной компетенции — как сигнал для наднационального контрагента, а не как средство уклонения от исполнения международных обязательств. Другими словами, доктрина не рассчитана на рутинное применение в контексте добросовестного исполнения международных обязательств и диалога правовых систем, направленного на согласование и сближение позиций всех участвующих сторон.

²⁹ Об этом см.: *Martinico G.* Op. cit. P.401–424.

³⁰ См.: *De Aranjó Ch.* Op. cit. P.156–157.

Библиографическое описание:

Филатова М. Соотношение правопорядков и иерархия международных и национальных норм: новые вопросы и подходы к их решению в практике Конституционного Суда РФ // Международное правосудие. 2016. № 3(19). С. 88–100.

Relations of legal orders and hierarchy of international and national norms: new issues and solutions in the Russian Constitutional Court's case-law

Filatova Maria

Candidate of Sciences (Ph.D.) in Law, Associate Professor, Department of judicial power, National Research University – Higher School of Economics (e-mail: filama.gm@gmail.com).

Abstract

Modern development of legal systems and their interaction raises new issues of both theoretical and practical nature. The participation of Russia in different integration units makes the Russian law enforcement bodies face new challenges, the attempts to offer solutions of which are taken, in particular, by the Russian Constitutional Court. An issue arises again on the hierarchy of constitutional and supranational norms, overcoming conflicts between them and interaction of national (first of all, constitutional) and supranational courts. In particular, in its decisions of 2015–2016 the Russian Constitutional Court has tried to work out a new legal methodology aimed at solving the conflicts between supranational acts (including those of the Eurasian Economic Union and the decisions of the European Court of Human Rights) on the one hand, and constitutional provisions – on the other. This methodology is based on the counter-limits doctrine worked out earlier in the relationship of the European Union and its Member States (including Germany and Italy). The article focuses on the analysis of this doctrine application perspectives and the degree of its sufficiency for the resolution of potential conflicts between national and supranational norms. It is highlighted, among other conclusions, that the counter-limits doctrine, being rather a means of restraint and not of frequent use, serves rather as a tool to promote the dialogue of legal orders than to aggravate conflicts among them.

Keywords

law of the Eurasian Economic Union; relationship of constitutional and supranational norms; counter-limits doctrine; enforcement of the European Court of Human Rights decisions.

Citation

Filatova M. (2016) Sootnoshenie pravoporyadkov i ierarkhiya mezhdunarodnykh i natsional'nykh norm: novye voprosy i podkhody k ikh resheniyu v praktike Konstitutsionnogo Suda RF [Relations of legal orders and hierarchy of international and national norms: new issues and solutions in the Russian Constitutional Court's case-law]. *Mezhdunarodnoe pravosudie*, no. 3, pp. 88–100. (In Russian).

References

Barile P. (1969) Ancora su diritto comunitario e diritto interno. In: *Studi per il ventesimo anniversario dell'Assemblea costituente. Vol. 6: Autonomie et garanzie costituzionali*, Firenze: Vallecchi, pp. 35–54.

Blankenagel A., Levin I. (2015) V printsipe nel'z'ya, no možno!.. Konstitutsionny Sud Rossii i delo ob obyazatel'nosti resheniy Evropeyskogo Suda

po pravam cheloveka [In principle, impossible, but possible!.. Constitutional Court of Russia and the case on binding character of the European Court of Human Rights judgments]. *Sravnitel'noe konstitutsionnoe obozrenie*, no. 5, pp. 152–162. (In Russian).

Bonnet B. (2013) *Repenser les rapports entre les ordres juridiques*, Paris: Lextenso éditions.

De Aranjó Ch. (2009) *Justice constitutionnelle et justices européennes des droits de l'homme: Etude comparée: France-Allemagne*, Bruxelles: Bruylant.

Filatova M. A. (2013) Konflikty konstitutsionnykh i nadnatsional'nykh norm: sposoby preodoleniya (na primere Evropeyskogo Soyuza i pravovykh sistem gosudarstv – chlenov ES) [The conflicts of constitutional and supranational norms: ways of overcoming (on the example of the European Union and legal systems of the EU Member States)]. *Mezhdunarodnoe pravosudie*, no. 4, pp. 99–105. (In Russian)

Frigo D. (2013) Konstitutsiya Ital'yanskoj Respubliki i primenenie Evropeyskoj Konvencii o zashchite prav cheloveka i osnovnykh svobod v natsional'noy pravovoy sisteme [The Constitution of the Republic of Italy and the application of the European Convention for the protection of human rights and fundamental freedoms in the national legal system]. In: *Realizatsiya Evropeyskoj Konvencii o zashchite prav cheloveka i osnovnykh svobod natsional'nymi sudebnymi sistemami: opyt Italii i Rossii* [Realization of the European Convention for the protection of human rights and fundamental freedoms by national judicial systems: the Italian and Russian experience], Strasbourg: European Centre for Legal Cooperation, pp. 38–52. (In Russian).

Ispolinov A. S. (2015) *Konstitutsionny Sud RF o svoej roli v evrazijskoj integratsii i o dialoge s Sudom Soyuzo* [Constitutional Court of Russia on its role in the Eurasian integration and on the dialogue with the Court of the Union]. Available at: https://zakon.ru/blog/2015/03/30/konstitutsionnyj_sud_rf_o_svoej_rol_i_v_evrazijskoj_integracii_i_o_dialoge_s_sudom_soyuzo (дата обращения: 25.08.2016).

Ispolinov A. S. (2016) Natsional'nye sudy i mezhdunarodnoe pravo: prinuzhdenie k dualizmu [National courts and international law: coercion to dualism]. In: Bekyashev K. A. (ed.) *Budushchee mezhdunarodnogo prava: sbornik statej* [The future of international law: collection of articles], Moscow: Prospekt. (In Russian).

Kelsen H. (1961) *General Theory of Law and State*, New York: Russel and Russel.

Martinico G. (2012) Is the European Convention going to be “supreme”? A Comparative-Constitutional Overview of ECHR and EU Law before National Courts. *European Journal of International Law*, vol. 23, no. 2, pp. 401–424. Available at: <http://ejil.oxfordjournals.org/content/23/2/401.full.pdf+html> (дата обращения: 10.09.2016).

Moiseev E. G. (ed.) (2015) *Mezhdunarodno-pravovye osnovy sozdaniya i funkcionirovaniya Evrazijskogo ekonomicheskogo soyuza* [International legal basis of setting up and functioning of the European economic Union], Moscow: Prospekt. (In Russian).

Neshataeva T. N. (2015) Edinoobraznoe primenenie – tsel' Suda Evrazijskogo ekonomicheskogo soyuza [Uniform application – the goal of the Eurasian Economic Union]. *Mezhdunarodnoe pravosudie*, no. 2, pp. 115–125. (In Russian).

Ost F., Van de Kerchove M. (2002) *De la pyramide au réseau? Pour une théorie dialectique du droit*. Bruxelles: Publications des Facultés universitaires Saint-Louis.

Vecchio F. (2011) Fundamental Rights between the European Court of Justice and the New Powers of the French “Conseil Constitutionnel”. *Mediterranean Journal of Human Rights*, vol. 15, no. 1–2, pp. 189–213.

Конвенционно-конституционные коллизии и иллюзии: что лежит в основе «возражения» Конституционного Суда России в адрес Европейского Суда по правам человека?

Дмитрий Красиков*

В своём Постановлении от 19 апреля 2016 года № 12-П Конституционный Суд России высказывает и обосновывает «возражение» в адрес Европейского Суда по правам человека со ссылкой на выработанные самим Конституционным Судом условия приемлемости восприятия постановлений Европейского Суда и толкования Конвенции о защите прав человека и основных свобод 1950 года в российской правовой системе. Настоящая статья отражает результаты изучения вопроса о том, что лежит в основе данного «возражения». В статье отстаивается позиция, согласно которой аргументация Конституционного Суда создаёт лишь иллюзию оценки возможности истолкования статьи 32 (ч. 3) российской Конституции в согласовании с подходом ЕСПЧ, а использование Судом фактора обстоятельств и условий присоединения России к Европейской Конвенции по правам человека содержит недостатки обоснования с точки зрения права и фактов. В статье выявляются проблемы обращения Конституционного Суда к концепции европейского консенсуса. По результатам анализа содержания «возражения» в адрес Европейского Суда в статье делается вывод, что оно характеризуется неопределённостью относительно критериев имплементации практики ЕСПЧ в условиях российской правовой системы.

→ *Анчугов и Гладков против России; избирательные права заключённых; согласованное толкование; международные обязательства России; европейский консенсус*

DOI: 10.21128/2226-2059-2016-3-101-117

1. Введение

В декабре 2015 года Конституционный Суд Российской Федерации (*далее* — Конституционный Суд, Суд) был законодательно наделён полномочиями по рассмотрению дел о возможности исполнения решений межгосударственных органов по защите прав и свобод человека¹. Впервые Суд реализовал данные полномочия на практике, приняв По-

становление от 19 апреля 2016 года № 12-П по делу о разрешении вопроса о возможности исполнения в соответствии с Конституцией Российской Федерации постановления Европейского Суда по правам человека от 4 июля 2013 года по делу *Анчугов и Гладков против России* в связи с запросом Министерства юстиции Российской Федерации (*далее* — Постановление от 19 апреля 2016 года № 12-П)².

В ходе рассмотрения данного дела Конституционный Суд столкнулся с непростой задачей, в центре которой оказался поиск пути согласования требований, исходящих от Европейского Суда по правам человека (*далее* — ЕСПЧ) и основанных на его толковании статьи 3 Протокола № 1 к Конвенции о

* Красиков Дмитрий Владимирович — кандидат юридических наук, доцент, заведующий кафедрой европейского права и сравнительного правоведения, Саратовская государственная юридическая академия (e-mail: dmitry.krasikov@oxfordalumni.org).

¹ См.: Федеральный конституционный закон от 14 декабря 2015 года № 7-ФКЗ «О внесении изменений в Федеральный конституционный закон “Конституционном Суде Российской Федерации” // Собрание законодательства Российской Федерации. 2015. № 51 (ч. I). Ст. 7229.

² Российская газета. № 6963 (95). 2016. 5 мая.

защите прав человека и основных свобод от 4 ноября 1950 года³ (*далее* — Конвенция), с требованиями статьи 32 (ч. 3) Конституции Российской Федерации (*далее* — Конституция), которая, в её буквальном понимании, исключает возможность наделения избирательными правами лиц, лишённых свободы по приговору суда. В итоге резолютивная часть Постановления от 19 апреля 2016 года № 12-П содержит как выводы Суда о невозможности исполнения соответствующего постановления ЕСПЧ в отношении мер индивидуального характера и в определённой части общих мер, так и вывод о признании его исполнения возможным и реализуемым в той мере, в какой это согласуется со статьёй 32 (ч. 3) Конституции в её истолковании Судом.

Следует отдать должное усилиям Конституционного Суда, который не пошёл по пути упрощения данной задачи и, во-первых, сделал попытку избежать прямого столкновения конституционных норм и международных обязательств России, а во-вторых, не стал настаивать на принципиальной невозможности исполнения постановления ЕСПЧ: результатом этих усилий стали выработанные Судом позиции, способные содействовать либерализации российского уголовно-исполнительного законодательства («посредством перевода отдельных режимов отбывания лишения свободы в альтернативные виды наказаний»)⁴ и уже получившие определённую поддержку в Совете Европы⁵.

Вместе с тем центральное место в Постановлении от 19 апреля 2016 года № 12-П занимает обоснование и реализация Конституционным Судом позиции, которую, используя его собственную терминологию⁶, можно обоб-

щённо охарактеризовать как «возражение», адресованное ЕСПЧ. Суть данного «возражения» состоит в том, что, оценив приемлемость имплементации постановления ЕСПЧ по делу *Анчугов и Гладков против России* в российскую правовую систему и сделав вывод о невозможности истолковать статью 32 (ч. 3) Конституции в согласовании с позицией ЕСПЧ, Конституционный Суд констатирует также и невозможность для России отступить от запрета, согласно которому все лица, отбывающие наказание в местах лишения свободы по приговору суда, ограничены в избирательных правах. В части данного «возражения» позиция Конституционного Суда представляет научный и практический интерес, поскольку она представляет собой первое практическое воплощение Судом его соответствующих правовых позиций, выработанных ранее⁷.

Настоящая статья основана на исследовании вопроса о том, что лежит в основе позиции Конституционного Суда в той её части, которая выступает обоснованием и реализацией отстаиваемого им «права на возражение». Для достижения цели данного исследования были, во-первых, изучены вопросы о том, состоялась ли оценка Конституционным Судом возможности истолкования статьи 32 (ч. 3) Конституции в согласовании с позицией ЕСПЧ, и о том, какую роль в толковании данной статьи была отведена фактору международных обязательств России (результаты изложены в разделе 2 настоящей статьи); во-вторых, были оценены с позиции международного права выработка и использование Судом фактора «обстоятельства и условия, на которых Россия подписала и ратифицировала Конвенцию» (раздел 3 настоящей статьи); в-третьих, рассмотрены фактические основания «возражения» Конституционного Суда в адрес ЕСПЧ (раздел 4); и в-четвёртых,

³ Официальный сайт Совета Европы. URL: http://www.echr.coe.int/Documents/Convention_RUS.pdf (дата обращения: 01.09.2016).

⁴ Постановление от 19 апреля 2016 года № 12-П, п. 2 резолютивной части.

⁵ См.: Генеральный Секретарь Совета Европы усмотрел в позиции Конституционного Суда путь к разрешению вопроса об избирательных правах заключённых путём законодательных изменений, которые смягчат существующие ограничения права голоса. См.: Secretary General comments on Russian Constitutional Court judgment today. URL: <http://www.coe.int/en/web/secretary-general/-/secretary-general-comments-on-russian-constitutional-court-judgment-today> (дата обращения: 04.09.2016).

⁶ «Принимая во внимание свой многолетний опыт конструктивного взаимодействия и взаимоважного диалога с Европейским Судом по правам человека, Конституционный Суд

Российской Федерации отмечает, что если в порядке исключения он считает необходимым воспользоваться *правом на возражение*, то лишь для внесения своего вклада в кристаллизацию развивающейся в сфере защиты избирательных прав практики Европейского Суда по правам человека» (курсив мой. — Д.К.) (Постановление от 19 апреля 2016 года № 12-П, п. 4.4 мотивировочной части).

⁷ С этой точки зрения Постановление от 19 апреля 2016 года № 12-П рассматривается в статье Г. Вайпана. См.: *Вайпан Г.* Трудно быть богом: Конституционный Суд России и его первое дело о возможности исполнения постановления Европейского Суда по правам человека // Сравнительное конституционное обозрение. 2016. № 4 (113). С. 107—124.

проанализировано содержание «возражения» (раздел 5).

2. Почему не состоялась оценка Конституционным Судом возможности истолковать статью 32 (ч. 3) Конституции в согласовании с позицией ЕСПЧ?

Для целей исполнения постановления ЕСПЧ по делу *Анчугов и Гладков против России*, а следовательно, и для обеспечения соблюдения международных обязательств России (согласно, в частности, ст. 1, 46 (ч. 1) Конвенции, а также ст. 3 Протокола № 1 к Конвенции), оценка возможности истолкования статьи 32 (ч. 3) Конституции в согласовании с выводами ЕСПЧ, изложенными в указанном постановлении (*далее* — согласованное толкование), представляется необходимой мерой. Понятие «согласованное толкование»⁸ используется в данной статье как категория, относящаяся и к результату толкования, и средствам его достижения. Применительно к исполнению постановления ЕСПЧ по делу *Анчугов и Гладков против России* согласованное толкование с точки зрения результата предполагало бы выявление такого смысла статьи 32 (ч. 3) Конституции, который допускал бы по тем или иным основаниям⁹ и в той или иной форме¹⁰ возможность избежать об-

щего, автоматического и неизбирательного ограничения соответствующих прав, как того требует статья 3 Протокола № 1 к Конвенции в её истолковании ЕСПЧ¹¹. С точки зрения средства достижения данного результата, согласованное толкование предполагает действенный, хотя и необязательно имеющий решающий характер, учёт норм Конвенции и практики ЕСПЧ в толковании соответствующей конституционной нормы.

Следует подчеркнуть, что речь в данном случае идёт не об *обязанности* Конституционного Суда истолковать конституционное положение в согласовании с позицией ЕСПЧ, а о *необходимости оценить возможность* такого истолкования. Не будучи самодостаточной в контексте вопроса об исполнении постановления ЕСПЧ, такая оценка видится первичным условием для поиска и реализации мер общего характера, которые России надлежит принять в связи с установленными ЕСПЧ нарушениями статьи 3 Протокола № 1 к Конвенции. *Во-первых*, выводы, к которым пришёл ЕСПЧ, предполагают изменение российского законодательства о выборах, что неизбежно ставит вопрос о совместимости потенциальных изменений с запретом, содержащимся в статье 32 (ч. 3) Конституции. *Во-вторых*, согласованное толкование открыло бы наименее «обременительный» путь к исполнению постановления ЕСПЧ¹², и оценить такую возможность было бы разумно.

Такой подход также соответствует представлению ЕСПЧ относительно одной из мер общего характера, которые Россия может

⁸ Концепция согласованного толкования (*consistent interpretation, interprétation conforme*) известна в науке международного права, применяется в качестве правового принципа в праве Европейского Союза, отражена во внутригосударственном праве и развита в судебной практике ряда государств (см., в частности: *Nollkaemper A. National Courts and the International Rule of Law*. Oxford: Oxford University Press, 2011. P. 139; *Betlem G. The Doctrine of Consistent Interpretation — Managing Legal Uncertainty* // *Oxford Journal of Legal Studies*. 2002. Vol. 22. No. 3. P. 397–418; *Crootoof R. Judicious Influence: Non-Self-Executing Treaties and the “Charming Betsy” Canon* // *The Yale Law Journal*. 2011. Vol. 120. No. 7. P. 1784–1819).

⁹ См., например: *Должиков А. В.* «Гордость и предубеждение»: соразмерность полного конституционного запрета заключённым голосовать в России: Постановление Европейского Суда по правам человека от 4 июля 2013 года // *Международное правосудие*. 2013. № 4(8). С. 11–31; *Лапаева В. В.* Возможности развития человекоцентристского потенциала Конституции РФ (на примере толкования ч. 3 ст. 32) // *Известия высших учебных заведений. Правоведение*. 2016. № 1(324). С. 110–125.

¹⁰ См.: Автономная некоммерческая организация «Институт права и публичной политики». Заключение о толковании статьи 32 (часть 3) Конституции Российской Федерации для целей определения возможности исполнения постановления Европейского Суда по правам человека от 4 июля 2013 года по делу «Анчугов и Гладков против Российской Федерации».

URL: [http://ilpp.ru/netcat_files/userfiles/Litigation_Trainings/2016%20Amicus%20Curiae%20Briei%20\(Anchugov%20i%20Gladkov\).pdf](http://ilpp.ru/netcat_files/userfiles/Litigation_Trainings/2016%20Amicus%20Curiae%20Briei%20(Anchugov%20i%20Gladkov).pdf) (дата обращения: 01.09.2016).

¹¹ См.: European Court of Human Rights (*далее* — ECtHR). *Anchugov and Gladkov v. Russia*. Applications nos. 11157/04 and 15162/05. Judgment of 4 July 2013. § 107; ECtHR. *Hirst v. the United Kingdom (no. 2)* [GC]. Application no. 74025/01. Judgment of 6 October 2005. § 82; ECtHR. *Scoppola v. Italy (no. 3)* [GC]. Application no. 126/05. Judgment of 22 May 2012. § 102; ECtHR. *Greens and M.T. v. the United Kingdom*. Applications nos. 60041/08 and 60054/08. Judgment of 23 November 2010. § 110.

¹² В случае невозможности истолкования статьи 32 (ч. 3) Конституции Российской Федерации в согласовании с позицией ЕСПЧ, как допускающей предоставление соответствующих избирательных прав отдельным категориям лиц, лишённых свободы, в контексте исполнения постановления ЕСПЧ по делу *Анчугов и Гладков против Российской Федерации* встаёт вопрос об изменении предусмотренного ею запрета, что может быть сделано лишь в результате пересмотра Конституции Российской Федерации, как это определено её статьями 64, 134, 135.

принять для соблюдения своих обязательств по Конвенции¹³.

Что касается позиции самого Конституционного Суда на этот счёт, то обращение к ряду положений, содержащихся в Постановлении от 19 апреля 2016 года № 12-П, свидетельствует о том, что такую оценку Суд рассматривает в качестве одной из своих задач. Так, Конституционный Суд утверждает, что он «должен в соответствии с международными обязательствами России находить... разумный баланс, с тем чтобы принятое им решение, с одной стороны, отвечало бы букве и духу постановления Европейского Суда по правам человека, а с другой — не вступало бы в противоречие с основами конституционного строя Российской Федерации и установленным Конституцией Российской Федерации правовым регулированием прав и свобод человека и гражданина»¹⁴ (курсив мой. — Д.К.). Таким образом, Суд декларирует необходимость для себя полагаться на международные обязательства России, во всяком случае в качестве одного из факторов, имеющих значение для поиска «баланса».

Заявление Конституционного Суда о восприятии международных обязательств России как фактора, имеющего значение для выработки позиции Суда по существу рассматриваемого дела, подкрепляется серией тезисов о невозможности взаимодействия «европейского конвенционного и российского конституционного правопорядков в условиях субординации» и о диалоге «между различными правовыми системами» как основе «их надлежащего равновесия»¹⁵, а также некоторыми высказываниями Суда, создающими впечатление, что возможность согласованного толкования была оценена¹⁶.

Ожидаемым шагом для толкования статьи 32 (ч.3) Конституции стало выяснение Судом буквального смысла данной нормы «с лингвистической (грамматической) точки зрения», используемое в качестве отправной точки анализа. Неожиданным же стало то, что данная отправная точка стала, по существу, конечной: результат, к которому пришёл Конституционный Суд на данном этапе, пол-

ностью подчинил себе дальнейшую его аргументацию и «перекрыл» доступ в неё фактору международных обязательств России.

Даже если влияние названного фактора на толкование данного конкретного положения Конституции с лингвистической точки зрения исключено, он мог бы быть принят во внимание в оценке значения этого подхода к толкованию: хотя результат лингвистического толкования явно противоречит выводам ЕСПЧ по делу *Анчугов и Гладков против России*, это, безусловно, не является основанием для его непринятия в принципе, однако такое противоречие могло бы сместить акцент с толкования лингвистического на иные методы, которые обладают необходимым инструментарием для его оценки и разрешения.

Вместе с тем иные методы толкования используются Судом в их полном подчинении результатам лингвистического толкования и без учёта фактора международных обязательств России. Так, в то время как сама суть оценки возможности согласованного толкования предполагает ответ на вопрос о том, допустимо ли отступление от рассматриваемого запрета (в том числе в силу наличия у России соответствующих международных обязательств), вывод Суда о его императивности делается исключительно на основе лингвистического анализа: применяя иные методы, он не занимается поиском свидетельств императивности или её отсутствия. При этом, толкуя соответствующую конституционную норму, Суд не занимается поиском «разумного баланса» «в соответствии с международными обязательствами России»: ни конституционные, ни международно-правовые средства, способные содействовать выполнению данной задачи, Суд не использует.

Так, Суд не использует в своём системном анализе принцип правового государства (ст. 1 Конституции), который потребовал бы учитывать при толковании статьи 32 (ч.3) Конституции риск совершения международно-противоправного деяния, выражающегося в нарушении обязательств по Конвенции¹⁷; Су-

¹³ *Anchugov and Gladkov v. Russia*, § 111.

¹⁴ Постановление от 19 апреля 2016 года № 12-П, п. 1.1 мотивировочной части.

¹⁵ См.: Там же.

¹⁶ Там же, п. 4.2, 4.4 мотивировочной части.

¹⁷ Согласно преамбуле Федерального закона от 15 июля 1995 года № 101-ФЗ (с изм. от 12 марта 2014 года) «О международных договорах Российской Федерации», «международные договоры — существенный элемент стабильности международного правопорядка и отношений России с зарубежными странами, функционирования правового государства» (Собрание законодательства Российской Федерации. 1995. № 29. Ст. 2757; 2014. № 11. Ст. 1094). Как отмечает И. И. Лукашук,

дом не принимается во внимание высшая ценность прав и свобод человека (ст. 2 Конституции), которая могла бы помешать *абсолютизации* рассматриваемого ограничения прав человека либо ограничить категорию «неприемлемых для России» постановлений ЕСПЧ лишь теми, которые предполагают *снижение* уровня гарантируемых Конституцией прав и свобод (к коим постановление ЕСПЧ по делу *Анчугов и Гладков против России* не относится); Суд не обращается к статье 17 (ч. 1) Конституции, которая потребовала бы рассмотреть стоящий перед ним вопрос и с точки зрения общепризнанных принципов и норм международного права¹⁸; ссылаясь на статью 79 Конституции, Суд не обращает внимания на тот факт, что она явно свидетельствует в пользу возможности истолкования статьи 32 (ч. 3) Конституции в согласовании с толкованием ЕСПЧ статьи 3 Протокола № 1 к Конвенции, предполагающим устранение (а не введение) соответствующих ограничений прав человека.

В целом, роль, отведённая фактору международных обязательств России в Постановлении от 19 апреля 2016 года № 12-П, не способна повлиять на результат толкования статьи 32 (ч. 3) Конституции: структура позиции, отражённой в пунктах 4.2–4.3 мотивировочной части данного постановления, лишь создаёт иллюзию принятия его во внимание, и в аргументации Суда нет свидетельств тому, что он мог бы оказать какое-либо влияние на исход дела.

Так, обращение к обстоятельствам и условиям присоединения России к Конвенции Суд также подчиняет результату лингвистического толкования, о чём свидетельствует следующее. Впервые комплексный вывод о невозможности истолковать статью 32 (ч. 3) Конституции РФ как допускающую отступление от предусмотренного ею запрета Суд делает лишь в пункте 4.4 мотивировочной части Постановления от 19 апреля 2016 года № 12-П. Вместе с тем ещё раньше, в пун-

кте 4.2 мотивировочной части, Суд фактически исходил из императивности этого запрета, когда усмотрел в придании ЕСПЧ статье 3 Протокола № 1 к Конвенции смысла, имплицитно предполагающего изменение статьи 32 (ч. 3) Конституции. Таким образом, тот факт, что результат лингвистического толкования (с учётом ограниченной исторической и системной оценки) уже используется Судом в качестве окончательного результата толкования на этапах, предшествующих выводу о невозможности согласованного толкования, свидетельствует о том, что оценка такой возможности — лишь иллюзия.

Если императивный характер рассматриваемого запрета выявлен окончательно в результате лингвистического толкования (что явствует также из констатации Судом наличия конституционно-правовой коллизии уже в первом предложении пункта 4.2 мотивировочной части рассматриваемого постановления), то остаётся неясным, каким образом выявление обстоятельств и условий присоединения России к Конвенции могло бы изменить данный вывод Суда.

Таким образом, подлинная оценка Конституционным Судом возможности истолковать предусмотренный статьёй 32 (ч. 3) Конституции запрет в согласовании с позицией ЕСПЧ вряд ли может считаться состоявшейся: Суд не использовал средств, пригодных для такой оценки, и отвёл фактору международных обязательств России роль, неспособную повлиять на результат толкования данного конституционного положения.

3. Фактор обстоятельств и условий присоединения России к Конвенции: международно-правовая оценка

Конституционно-правовые коллизии, связанные с толкованием и имплементацией отдельных положений Конвенции в условиях правовой системы России, Конституционный Суд считает необходимым «рассматривать и разрешать в контексте обстоятельств и условий, на которых Россия её подписала и ратифицировала»¹⁹. Установление данных обстоятельств и условий привело Суд к констатации наличия у России права настаивать

«правовое государство должно быть и международно-правовым» (Лукашук И.И. Международное право. Общая часть. М.: Волтерс Клувер, 2008. С. 255).

¹⁸ См. о взаимодействии данной конституционной нормы и Конвенции в рассматриваемом контексте: *Бланкенагель А., Левин И.* В принципе нельзя, но можно!.. Конституционный Суд России и дело об обязательности решений Европейского Суда по правам человека // Сравнительное конституционное обозрение. 2015. № 5 (108). С. 152–162, 155.

¹⁹ Постановление от 19 апреля 2016 года № 12-П, п. 4.2 мотивировочной части.

на «интерпретации статьи 3 Протокола № 1 к Конвенции и её имплементации в российское правовое пространство» в таком понимании, которое отличается от вывода, к которому пришёл ЕСПЧ, толкуя данное положение Конвенции²⁰.

Само по себе обращение Конституционного Суда при разрешении конституционно-правовых коллизий к фактору обстоятельств и условий, на которых Россия присоединилась к Конвенции, возражений не вызывает. Условием отсутствия возражений, однако, является то, что такое обращение (в той степени, в которой оно является инструментом установления и толкования норм международного права) совместимо с известными и обязывающими правилами общего международного права, относящимися к международным договорам. Подход же Суда вызывает ряд сомнений в этом отношении.

Во-первых, нельзя не начать с очевидного: оспаривая легитимность и обоснованность толкования ЕСПЧ статьи 3 Протокола № 1 к Конвенции, Конституционный Суд вмешивается в компетенцию ЕСПЧ, к ведению которого государства — участники Конвенции (включая Россию) *без каких-либо оговорок и дополнительных условий* отнесли все вопросы, касающиеся *толкования* и применения Конвенции²¹, переданные ему в соответствии с ней (ст. 32 Конвенции). При этом сами государства-участники без каких-либо дополнительных условий *обязались исполнять* окончательные постановления ЕСПЧ по любому делу, в котором они выступают сторонами (ст. 46 Конвенции). Данный аргумент — не попытка абсолютизировать значение компетенции ЕСПЧ или обязательств по исполнению его постановлений. Справедливой видится позиция Суда о том, что «параметры имплементации» постановления ЕСПЧ и осуществленного им толкования Конвенции задаются именно

Конституцией. Вместе с тем, даже если Суд компетентен оценивать конституционность тех или иных мер, которые требуются или принимаются для исполнения постановлений ЕСПЧ, компетенцией по пересмотру (в том числе завуалированному) таких постановлений или по оценке их юридической силы Суд не обладает.

Весьма показательным здесь является то, как Суд видит источник обязательства по исполнению постановлений ЕСПЧ. В пункте 1.2 мотивировочной части Постановления от 19 апреля 2016 года № 12-П Суд отмечает: «Конвенция... как международный договор Российской Федерации, *является составной частью её правовой системы, а потому* государство обязано исполнять вынесенное на основании положений Конвенции постановление [ЕСПЧ]» (курсив мой. — Д.К.). В постановлении, принятом ранее, Конституционный Суд подчеркнул: «*Поскольку* Конвенция... как международный договор Российской Федерации является составной частью её правовой системы, *постольку* государство обязано исполнять вынесенное на основании положений Конвенции постановление [ЕСПЧ]»²² (курсив мой. — Д.К.). В обоих случаях Суд связывает обязательство по исполнению постановлений ЕСПЧ не с соответствующим положением Конвенции и не с согласием России на её обязательность, а с включением её в российскую правовую систему.

Во-вторых, какие-либо «обстоятельства и условия», кроме условий, определённых в договоре с учётом оговорок, не могут играть какую-либо самостоятельную роль в толковании международных договоров. Использование фактора обстоятельств и условий при-

²⁰ См.: Постановление от 19 апреля 2016 года № 12-П

²¹ Венецианская комиссия специально подчёркивает, что, становясь сторонами Конвенции, государства-участники прямо признают компетенцию ЕСПЧ по *толкованию*, а не только по применению Конвенции. См.: European Commission for Democracy through Law (Venice Commission). Interim Opinion on the amendments to the Federal Constitutional Law on the Constitutional Court of the Russian Federation. Strasbourg, 15 March 2016. Opinion No. 832/2015. CDL-AD (2016) 005. § 13. URL: [http://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-AD\(2016\)005-e](http://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-AD(2016)005-e) (дата обращения: 24.08.2016).

²² См.: Постановление Конституционного Суда Российской Федерации от 14 июля 2015 года № 21-П по делу о проверке конституционности положений статьи 1 Федерального закона «О ратификации Конвенции о защите прав человека и основных свобод и Протоколов к ней», пунктов 1 и 2 статьи 32 Федерального закона «О международных договорах Российской Федерации», частей первой и четвёртой статьи 11, пункта 4 части четвёртой статьи 392 Гражданского процессуального кодекса Российской Федерации, частей 1 и 4 статьи 13, пункта 4 части 3 статьи 311 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации, частей 1 и 4 статьи 15, пункта 4 части 1 статьи 350 Кодекса административного судопроизводства Российской Федерации и пункта 2 части четвёртой статьи 413 Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации в связи с запросом группы депутатов Государственной Думы (далее — Постановление от 14 июля 2015 года № 21-П), п. 2.2 мотивировочной части // Российская газета. 2015. 27 июля. № 6734 (163).

соединения России к Конвенции при определении содержания обязательств по Конвенции (если это вообще необходимо и/или целесообразно) допустимо лишь в той степени, в какой это соотносится с правилами общего международного права относительно толкования международных договоров²³. Рассматриваемый подход Конституционного Суда с этим слабо согласуется. Конституционные положения, закрепляющие «суверенитет России, верховенство и высшую юридическую силу Конституции Российской Федерации в российской правовой системе», Суд называет «условиями участия России в международных договорах и их ратификации» и использует для определения содержания обязательств России по таким договорам. Вместе с тем данные обстоятельства и условия могут разве что определять действительность согласия России на обязательность Конвенции²⁴, но использование их в качестве фактора в толковании Конвенции неоправданно с точки зрения международного права.

Отмечая, что истолкование ЕСПЧ статьи 3 Протокола № 1 к Конвенции расходится со смыслом, из которого исходили Совет Европы и Россия при подписании и ратификации Конвенции, Суд утверждает: «*При таких обстоятельствах Российская Федерация вправе настаивать на интерпретации статьи 3 Протокола № 1 к Конвенции и её имплементации в российское правовое пространство в том понимании, которое имело место при введении в действие данного международного договора Российской Федерации как составной части российской правовой системы*»²⁵ (курсив мой. — Д.К.). Вместе с тем необходимо признать, что для интерпретации Конвенции выявление указанного «смысла» значения иметь не может. Понимание Россией обязательств по Конвенции при её подписании и ратификации само по себе не определило их объём и содержание: данный фактор носит субъективный характер и как таковой не корреспондирует ни одному из факторов, предусмотренных статьями 31–33 Венской конвенции. Понимание же этих обя-

зательств Советом Европы (что бы это ни означало и как бы ни выражалось) в условный момент подписания и ратификации Россией Конвенции, во-первых, вряд ли можно считать сформированным в отсутствие на тот момент какой-либо позиции ЕСПЧ относительно абсолютного ограничения избирательных прав заключённых²⁶, а во-вторых, можно рассматривать лишь как имевший определённое значение для толкования её норм *в соответствующий момент времени* и не дающий оснований настаивать на какой-либо интерпретации Конвенции в настоящий момент.

Если же позиция Конституционного Суда основана на представлении о решающем влиянии на толкование международного договора исходных намерений его сторон относительно содержания прав и обязанностей в момент заключения договора (что следует отличать от исходных намерений относительно придания этим правам и обязанностям способности к эволюции²⁷), то, даже если закрыть глаза на явное непринятие подобных подходов ЕСПЧ для толкования норм Конвенции, закрепляющих права и свободы человека²⁸ (и непринятие вообще применительно к договорам о правах человека²⁹), тот факт, что Россия присоединилась к Конвенции (дополненной, в частности, Протоколом № 1) в её качестве уже принятого и действующего международного договора, исключает и возможность учитывать как таковое индивидуальное понимание Россией содержания обязательств по Конвенции для целей выявления их «исходного» смысла.

В-третьих, допуская, что те или иные обязательства России по Конвенции обусловлены какими-либо индивидуальными «обстоятельствами и условиями» (безусловно, индивидуальный их характер подчёркивается ссылками на конституционные положения о суверенитете России, верховенстве и высшей юридической силе Конституции), Конституционный Суд отказывает соответству-

²⁶ См.: *Hirst v. the United Kingdom (no. 2)*, § 68.

²⁷ О взаимосвязи эволютивного толкования международных договоров и намерений сторон см.: *Bjorge E. The Evolutionary Interpretation of Treaties*. Oxford : Oxford University Press, 2014. P. 1–6.

²⁸ См.: ECtHR. *Golder v. the United Kingdom*. Court (Plenary). Application no. 4451/70. Judgment of 21 February 1975.

²⁹ См. об этом: *The Oxford Handbook of International Human Rights Law* / ed. by D. Shelton. Oxford : Oxford University Press, 2013. P. 739–771.

²³ См.: Венская конвенция о праве международных договоров от 23 мая 1969 года (*далее* — Венская Конвенция), ст. 31–33 // Ведомости ВС СССР. 1986. № 37. Ст. 772.

²⁴ См.: Там же, ст. 46.

²⁵ Постановление от 19 апреля 2016 года № 12-П, п. 4.2 мотивировочной части.

ющим обязательствам в наличии у них общего для государств-участников содержания. Несомненно, Конвенция оставляет за государствами-участниками определённую свободу усмотрения относительно имплементации её норм; при этом реализация такой свободы может и должна учитывать индивидуальные особенности государства (включая те условия, на которые ссылается Суд), однако пределы этой свободы не безграничны и определяются не подобными особенностями или условиями, а самой Конвенцией³⁰.

В-четвёртых, выбор Конституционным Судом (условного) момента подписания и ратификации Россией Конвенции или момента введения её в действие как составной части российской правовой системы» в качестве (условной) «критической даты», имеющей определяющее значение «для интерпретации статьи 3 Протокола № 1 к Конвенции и её имплементации в российской правовой системе», оставляет некоторые существенные вопросы неразрешёнными.

Так, Суд настаивает на интерпретации статьи 3 Протокола № 1 в том понимании, которое имело место на избранную им «критическую дату». Идёт ли в данном случае речь об интерпретации данной статьи *целиком*? (Следует вспомнить, что предусмотренное этой статьёй обязательство не сводится исключительно к гарантии соответствующих избирательных прав *заклѳченных*). Каков в таком случае статус в российской правовой системе иных постановлений ЕСПЧ³¹, в которых констатируются нарушения статьи 3 Протокола № 1 к Конвенции?

«Логика юридического толкования» не позволяет утвердительно ответить на первый

из предложенных выше вопросов, коль скоро Судом обосновывается непринятие толкования статьи 3 Протокола № 1 к Конвенции именно *в части, касающейся избирательных прав лиц, лишѳнных свободы*. Возможно, Конституционным Судом и подразумевается частичное непринятие толкования ЕСПЧ данной статьи, но в таком случае его позиция выглядит крайне неопределѳнной. Так, если Суд ставит под сомнение определение ЕСПЧ пределов соответствующей свободы усмотрения государств по статье 3 Протокола № 1 к Конвенции, то как в этом случае выделить из этого конвенционного положения соответствующую часть? Нет ли в позиции Конституционного Суда ещё и «имплицитного» непринятия толкования ЕСПЧ статьи 1 Конвенции (если учесть, что ЕСПЧ опирается³² на данную статью в постановлении по делу *Анчугов и Гладков против России*), а равно непринятия тех принципов, которые были выработаны в практике ЕСПЧ ранее и легли в основу³³ его выводов по данному делу?

Поскольку позиция Суда выглядит именно как требующая добавления в выработанную ЕСПЧ концепцию свободы усмотрения дополнительных критериев, основанных на индивидуальных «обстоятельствах и условиях», это значит, что Суд ставит под сомнение соответствие Конвенции практике ЕСПЧ не только об избирательных правах *заклѳченных*, но и в иных аспектах толкования и применения статьи 3 Протокола № 1 к Конвенции, да и вообще всей практики ЕСПЧ, основанной на применении концепции свободы усмотрения. Неопределѳнный статус в таком случае приобретают и те постановления ЕСПЧ, которые — не без участия Конституционного Суда — успешно имплементированы в условиях правовой системы России.

Принять позицию Конституционного Суда — означает отказать закреплѳнному в статье 3 Протокола № 1 к Конвенции обязательству (пусть даже в какой-либо его части) в возможности эволюции подхода к его толкованию, начиная с определѳнной Судом «критической даты»: до этой даты эволюция была возможной³⁴ (в этом отношении у Кон-

³⁰ Как подчѳркивается в Брайтонской декларации, из практики ЕСПЧ ясно следует, что государства-участники пользуются свободой усмотрения в том, как они применяют и имплементируют Конвенцию. При этом отмечается, что свобода усмотрения идёт рука об руку с контролем в рамках системы Конвенции и что роль Суда состоит в оценке того, совместимы ли решения, принимаемые внутригосударственными властями, с Конвенцией при должном учёте свободы усмотрения государств. См.: High Level Conference on the Future of the European Court of Human Rights. Brighton Declaration. 19 and 20 April 2012. § 11. URL: http://www.echr.coe.int/Documents/2012_Brighton_FinalDeclaration_ENG.pdf (дата обращения: 01.09.2016).

³¹ См.: ECtHR. *Russian Conservative Party of Entrepreneurs and Others v. Russia*. Applications nos. 55066/00 and 55638/00. Judgment of 11 January 2007; ECtHR. *Krasnov and Skuratov v. Russia*. Applications nos. 17864/04 and 21396/04. Judgment of 19 July 2007.

³² См.: *Anchugov and Gladkov v. Russia*, § 50, 108.

³³ См., например: *Ibid.*, § 50.

³⁴ См. о ранней эволюции в толковании статьи 3 Протокола № 1 к Конвенции: ECtHR. *Mathieu-Mohin and Clerfayt v. Bel-*

ституционного Суда нет возражений), а после неё — нет. Кроме того, если предположить, что как таковую возможность эволюции подхода в толковании обязательств по Конвенции Конституционный Суд не отрицает, мотивировка им выбора «критической даты» для целей толкования с учётом понимания Россией и Советом Европы обязательств по Конвенции должна была бы привести к выбору иной условной даты — даты, когда для эволюции в толковании статьи 3 Протокола № 1 к Конвенции появились основания, достаточные, чтобы она преодолела «точку» преобразования этого толкования из приемлемого — в неприемлемое. Поиск же такой даты — задача непростая, если учесть, что в своём постановлении по делу *Хёрст против Соединённого Королевства (№ 2)* ЕСПЧ отметил: в этом деле он *впервые* получил возможность рассмотреть общее и автоматическое лишение избирательных прав лиц, лишённых свободы по приговору суда³⁵ (то есть какой-либо позиции в этом отношении ранее ЕСПЧ не имел возможности выработать³⁶). Соответственно, если найти надлежащую дату вообще возможно, есть даже вероятность, что она лежит на отрезке времени, предшествовавшем³⁷ присоединению России к Конвенции, а значит, неверным было бы считать, что на момент этого присоединения Конституция (в её лингвистическом истолковании) не противоречила Конвенции и что у Совета Европы могла быть чётко сформированная позиция в этом отношении.

Таким образом, нельзя согласиться с аргументами Суда, в основе которых лежит использование им фактора «обстоятельств и условий, на которых Россия подписала и ратифицировала Конвенцию», по причине несоответствия такого подхода общему международ-

ному праву и порождения им существенной неопределённости относительно толкования самим Судом статьи 3 Протокола № 1 к Конвенции и параметров восприятия практики ЕСПЧ российской правовой системой.

4. Фактические основания «возражения» Конституционного Суда в адрес ЕСПЧ

4.1. Презумпция «правовой неосведомлённости» России?

К своему «возражению» в адрес ЕСПЧ Конституционный Суд приходит, в том числе, в результате констатации расхождения истолкования ЕСПЧ статьи 3 Протокола № 1 к Конвенции со смыслом, из «которого исходили Совет Европы и Россия как сторона данного международного договора при его подписании и ратификации».

Аргументы, которые лежат в основе такого вывода, включают утверждение о том, что Россия подписала и ратифицировала Конвенцию «исходя из того, что статья 32 (часть 3) Конституции Российской Федерации полностью согласуется с предписаниями статьи 3 Протокола № 1 к Конвенции и потому не нуждается в каком-либо изменении. Никаких вопросов, связанных с возможными противоречиями между ними, не возникало и у Совета Европы». С учётом вывода Конституционного Суда о содержащемся в постановлении ЕСПЧ по делу *Анчугов и Гладков против России* «имплицитном требовании» об изменении Конституции данный аргумент видится как презумпция «правовой неосведомлённости» России, умаляющая уровень отечественной международно-правовой экспертизы, существовавшей в момент присоединения России к Конвенции.

Данная презумпция предполагает нечто, подобное следующему: *либо* Россия в момент присоединения к Конвенции не имела представления о существовании эволютивного подхода ЕСПЧ к толкованию её норм; *либо* считала, что такой подход не будет применяться, если речь вйдёт об ограничениях прав человека, предусмотренных конституцией одного из государств — участников Конвенции; *либо* Россия была уверена: если ограничение прав человека основано на конституции государства-участника, то такие ограничения не могут по определению проти-

gium. Court (Plenary). Application no. 9267/81. Judgment of 2 March 1987. § 49.

³⁵ См.: *Hirst v. the United Kingdom (no. 2)*, § 68.

³⁶ Хотя в 1998 году Европейской комиссией по правам человека была признана явно необоснованной жалоба относительно лишения лица активного избирательного права в силу лишения его свободы по приговору суда (см.: European Commission of Human Rights. *Patrick Holland against Ireland*. Application no. 24827/94. Decision of 14 April 1998), ЕСПЧ отказался придать значение данному решению, поскольку оно было принято без учёта ранее выработанного им подхода (см.: *Hirst v. the United Kingdom (no. 2)*, § 68).

³⁷ Уже в 1987 году ЕСПЧ признавал, что статья 3 Протокола № 1 гарантирует индивидуальные избирательные права. См.: *Mathieu-Mohin and Clerfayt v. Belgium*, § 46–51.

воречить Конвенции, или в силу этого не могут стать предметом контроля со стороны ЕСПЧ; *либо* Россия была убеждена, что коль скоро нет свидетельств тому, что основанный на статье 32 Конституции запрет (в его истолковании с лингвистической (грамматической) точки зрения) противоречит Конвенции в момент присоединения России к ней, то такой запрет в таком истолковании и впоследствии всегда будет считаться совместимым с Конвенцией.

Будет ли ошибкой утверждать, что представление о подобной неосведомлённости — лишь иллюзия, которую порождает Суд или под властью которой он находится? Если бы Конституционный Суд начал свой анализ с презумпции обратного, то есть с «правовой осведомлённости» России, пусть и не неопровержимой, он неизбежно задался бы вопросом о том, не исходила ли Россия при подписании и ратификации Конвенции из следующего смысла:

1) как следует из практики ЕСПЧ, юрисдикцию которого предстоит признать России, с учётом эволютивного толкования Конвенции, различные ограничения прав человека, признаваемые правомерными в данный конкретный момент времени, могут впоследствии перестать считаться совместимыми с Конвенцией;

2) любые ограничения прав человека, независимо от того, основаны ли они на конституции государства или нет, при условии, что обеспечение соответствующих прав является предметом обязательств по Конвенции, могут стать предметом оценки на совместимость с Конвенцией в рамках созданного ею механизма;

3) Конституция не содержит каких-либо препятствий для такого истолкования её положений (включая её ст. 32, ч. 3), которое допускает повышение в России уровня гарантий прав и свобод человека и позволяет отступить от соответствующих абсолютных их ограничений, в том числе посредством принятия на себя международных обязательств (что полностью согласуется со статьёй 79 Конституции).

Представляется, что ни одно из этих положений явно не противоречит действительному смыслу, из которого могла исходить Россия при подписании и ратификации Конвенции с учётом существовавшей определё-

ности относительно используемых ЕСПЧ средств толкования (концепции эволютивного толкования, «автономной интерпретации», Конвенции как «живого инструмента», «прав эффективных, а не иллюзорных» впервые появились в его практике ещё в 70-е годы XX столетия³⁸). В любом случае, даже с учётом позиции недоверия Конституционного Суда к существовавшей в тот момент способности России понимать содержание и перспективы развития принимаемых на себя международно-правовых обязательств, осведомлённость России на этот счёт могла бы и не приниматься как неопровержимая, а выступить предметом критической оценки.

Именно «презумпция осведомлённости» России могла бы обеспечить согласованное толкование статьи 32 (ч. 3) Конституции РФ даже с точки зрения используемого Судом фактора обстоятельств и условий присоединения России к Конвенции: в условиях верховенства Конституции в российской правовой системе тот факт, что Россия присоединилась к международному договору, в рамках которого уровень гарантий прав человека имеет тенденцию к повышению, свидетельствует о том, что Конституция не рассматривалась как содержащая непреодолимые препятствия к следованию этой тенденции. То есть из тезиса о непротиворечии Конституции и Конвенции в момент присоединения к ней России более логичным было бы сделать вывод об отсутствии противоречий и в настоящий момент (то есть презюмировать отсутствие решающего значения лингвистического толкования соответствующей нормы), чем выводить из прошлого непротиворечия противоречие нынешнее.

4.2. Восприятие Конституционным Судом концепции европейского консенсуса

Отдельного внимания заслуживает обращение Конституционного Суда в Постановлении от 19 апреля 2016 года № 12-П к концепции европейского консенсуса в её понимании и

³⁸ См. соответственно: ECtHR. *Golder v. the United Kingdom*. Court (Plenary). Application no. 4451/70. Judgment of 21 February 1975; ECtHR. *Engel and Others v. the Netherlands*. Court (Plenary). Applications nos. 5100/71; 5101/71; 5102/71; 5354/72; 5370/72. Judgment of 8 June 1976; ECtHR. *Tyrer v. the United Kingdom*. Application no. 5856/72. Judgment of 25 April 1978; ECtHR. *Airey v. Ireland*. Application no. 6289/73. Judgment of 9 October 1979.

применении ЕСПЧ. Следует отметить при этом, что Суд не оценивает правомерность подходов ЕСПЧ, основанных на использовании данной концепции, он лишь констатирует некоторые правовые и фактические обстоятельства, касающиеся её применения в целом и в отношении избирательных прав заключённых. Обращают на себя внимание два обстоятельства в связи этим: во-первых, есть сомнения в том, как Конституционный Суд понимает то значение, которое придаётся «европейскому консенсусу» в практике ЕСПЧ, а во-вторых, не бесспорна аргументация Суда об отсутствии такого консенсуса относительно избирательных прав лиц, лишённых свободы по приговору суда.

4.2.1. Значение европейского консенсуса

Как указывает Конституционный Суд, «сам Европейский Суд по правам человека неоднократно подчёркивал, что его правовые позиции всегда отражают существующий среди государств — членов Совета Европы консенсус (постановления от 13 ноября 2007 года по делу *D.H. и другие против Чехии*, от 1 октября 2009 года по делу *Кимля и другие против России*, от 10 марта 2011 года по делу *Киютин против России* и др.)»³⁹. Ниже в Постановлении от 19 апреля 2016 года № 12-П Суд отмечает, что решения ЕСПЧ «призваны отражать консенсус, сложившийся среди государств — участников Конвенции»⁴⁰.

Вместе с тем подобных категоричных заявлений в практике ЕСПЧ встретить нельзя, и данные утверждения Конституционного Суда производят впечатление переоценки им значения восприятия консенсуса (а как следствие, и его отсутствия) в практике ЕСПЧ.

В действительности же, как, например, отмечает ЕСПЧ в одном из постановлений, на которые ссылается Суд, «существование европейского консенсуса является ещё одним фактором, имеющим значение для определения того, должна ли государству-ответчику быть предоставлена узкая или широкая свобода усмотрения... Если существует общий стандарт, которому государство-ответчик не соответствует, это может представлять

собой фактор, имеющий значение для Суда, когда он толкует положения Конвенции в конкретных делах...»⁴¹. Данное положение наглядно демонстрирует позицию ЕСПЧ о значении европейского консенсуса: это один из факторов, который, наряду с иными факторами⁴², традиционно используется для определения пределов свободы усмотрения, которой обладают государства при реализации обязательств по Конвенции. Такая свобода сужается (но не исчезает) по мере повышения уровня консенсуса и является более широкой (но не безграничной) в его отсутствие. При этом даже обоснование более широкого значения⁴³ европейского консенсуса не возводит его в ранг некоего самостоятельного фактора для формирования позиции ЕСПЧ всегда и по любым вопросам.

Безусловно, наличие (или отсутствие) европейского консенсуса — не «рядовой» фактор в толковании Конвенции. В практике ЕСПЧ есть дела, в которых консенсус сыграл решающую роль⁴⁴. Есть заслуживающие внимания утверждения специалистов о частичном совпадении концепции европейского консенсуса с международным (региональным) обычаем⁴⁵. С этим следует согласиться, поскольку лежащая в основе выявленного консенсуса практика может свидетельствовать о существовании обычая при наличии прочих необходимых условий. Вместе с тем, как показывают исследования, несмотря на определённые сходства, сам по себе европейский консенсус не эквивалентен обычаю⁴⁶. По утверждению ряда авторитетных авторов,

⁴¹ ECtHR. *Kiyutin v. Russia*. Application no.2700/10. Judgment of 10 March 2011. § 65.

⁴² См. об этом, например: *Липкина Н.Н.* Принцип европейского консенсуса в практике Европейского Суда по правам человека // Правовая политика и правовая жизнь. 2016. № 1. С. 49—55, 52.

⁴³ См.: *Dzehtsiarou K.* European Consensus: A Way of Reasoning: UCD Working Papers in Law, Criminology & Socio-Legal Studies. Research Paper No.11/2009. URL: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1411063 (дата обращения: 26.08.2016).

⁴⁴ См. об этом: *Senden H.* Interpretation of Fundamental Rights in a Multilevel Legal System: An Analysis of the European Court of Human Rights and the Court of Justice of the European Union. Cambridge ; Portland : Intersentia, 2011. P.259. URL: http://intersentia.com/en/pdf/viewer/download/id/9781780680279_0/ (дата обращения: 01.09.2016).

⁴⁵ См.: *Должиков А.В.* Указ. соч. С. 18.

⁴⁶ См.: *Tzevelekos V., Dzehtsiarou K.* International Custom Making and the ECtHR's European Consensus Method of Interpretation // European Yearbook on Human Rights. 2016. Vol. 16. P.313—344.

³⁹ Постановление от 19 апреля 2016 года № 12-П, п. 4.3 мотивировочной части.

⁴⁰ Там же, п. 4.4 мотивировочной части.

нет свидетельств тому, что ЕСПЧ придаёт консенсусу обязательную силу, а отождествлять его с обычаем означало бы допустить появление обычной нормы на основании одной лишь практики, без выявления *opinio juris*⁴⁷. При этом, разумеется, не исключается сосуществование европейского консенсуса и европейского регионального обычая по одному и тому же вопросу, в том числе в отношении отказа от полного запрета избирательных прав заключённых.

В связи с этим, если Конституционный Суд видит в том, какое значение ЕСПЧ придаёт европейскому консенсусу, нечто подобное международному обычаю, это объясняет переоценку им влияния согласия государств на толкование конкретной нормы международного договора. Такая переоценка не несёт опасности для легитимности позиции ЕСПЧ в серии дел об избирательных правах заключённых (коль скоро признаки наличия консенсуса всё же есть), однако она может осложнить понимание подхода ЕСПЧ в иных случаях, когда, например, наличие консенсуса не сыграло решающей роли в конкретном деле⁴⁸ или, напротив, когда ЕСПЧ утверждает, что такой роли не играет его отсутствие⁴⁹.

4.2.2. Есть ли среди государств – членов Совета Европы консенсус относительно ограничения избирательных прав заключённых?

Конституционный Суд в своём Постановлении от 19 апреля 2016 года № 12-П не использует буквальное смысловое значение термина «консенсус» для обоснования отсутствия консенсуса по рассматриваемому вопросу. Суд подчёркивает, что «европейский консенсус признаётся [ЕСПЧ] существующим, если установлено общее согласие большинства государств – участников Конвенции или по крайней мере относительное единообразие подходов к той или иной сфере

правоприменения»⁵⁰, и не исходит из необходимости достижения *единогласия* участвующих в Конвенции государств для формирования европейского консенсуса⁵¹.

ЕСПЧ в постановлении по делу *Анчугов и Гладков против России* напрямую не оперирует концепцией европейского консенсуса. В сходных делах с участием других государств ЕСПЧ также не делает каких-либо прямых решающих выводов, основанных на обращении к внутригосударственной практике (хотя и приводит данные о регулировании избирательных прав лиц, лишённых свободы, в государствах – участниках Конвенции). В деле *Хёрст против Соединённого Королевства* (№ 2) ЕСПЧ оставляет данный вопрос открытым: он отмечает, что государства, в которых действует полное ограничение активного избирательного права лиц, осуждённых к лишению свободы, составляют меньшинство, однако допускает и невозможность выявления общего европейского подхода⁵². В постановлении по делу *Скополла против Италии*, обращаясь в том числе к сравнительному анализу законодательства государств-участников, ЕСПЧ допускает наличие сформировавшейся тенденции в направлении смягчения ограничений избирательных прав лиц, осуждённых к лишению свободы, а также констатирует разнообразие подходов государств, используемых ими во избежание общего, автоматического и недифференцированного ограничения⁵³.

Это, однако, свидетельствует не об отсутствии европейского консенсуса, а скорее об осторожности ЕСПЧ, обусловленной достаточностью решающей роли иных факторов в этой серии дел. Наличие же в Европе консенсуса по рассматриваемому вопросу усмотреть несложно: в подавляющем большинстве го-

⁴⁷ См.: *Wildhaber L., Hjartarson A., Donnelly S.* No Consensus on Consensus?: The Practice of the European Court of Human Rights // *Human Rights Law Journal*. 2013. Vol. 33. No. 7–12. P. 248–263, 256.

⁴⁸ См., например: *ECTHR. A, B and C v. Ireland* [GC]. Application no. 25579/05. Judgment of 16 December 2010. § 237.

⁴⁹ Так, в своём постановлении по делу *Хёрст (№ 2) против Соединённого Королевства* ЕСПЧ указал, что, даже если невозможно выявить общий европейский подход к проблеме, это само по себе не имеет решающего значения. См.: *Hirst v. the United Kingdom (no. 2)*, § 81.

⁵⁰ Постановление от 19 апреля 2016 года № 12-П, п. 4.3 мотивировочной части.

⁵¹ В этом можно усмотреть отличие позиции Суда от позиции судьи К. В. Арановского, который в своём особом мнении к Постановлению от 19 апреля 2016 года № 12-П, констатируя в том числе отсутствие соответствующего консенсуса в Европе, ссылается на отсутствие согласия, необходимого для того, чтобы «договорённость» или обычай стали обязательными для всех государств – участников Конвенции, приводя индивидуальную позицию Соединённого Королевства в качестве примера отсутствия молчаливого согласия (п. 6 Особого мнения). Понимание консенсуса в данном случае расходится с пониманием его в практике ЕСПЧ.

⁵² См.: *Hirst v. the United Kingdom (no. 2)*, § 81.

⁵³ См.: *Scoppola v. Italy (no. 3)*, § 95, 101–102.

сударств — участников Конвенции отсутствует общее и автоматическое лишение активного избирательного права лиц, лишённых свободы по приговору суда.

Ссылаясь на постановление ЕСПЧ по делу *Анчугов и Гладков против России*, Конституционный Суд упоминает семь государств, автоматически лишаящих активного избирательного права всех заключённых: Армению, Болгарию, Венгрию, Грузию, Россию, Соединённое Королевство и Эстонию⁵⁴. Вместе с тем в Грузии подобное ограничение уже не действует свыше четырёх лет⁵⁵. Венгрия также отказалась от соответствующего недифференцированного ограничения в результате конституционной реформы⁵⁶ (хотя на практике данное ограничение, по сути, и сохраняется⁵⁷). Таким образом, в меньшинстве к моменту принятия Постановления от 19 апреля 2016 года № 12-П находились уже пять (или, с учётом Венгрии, шесть) государств. С одной стороны, степень консенсуса не такова, чтобы констатировать единогласие, а с другой стороны, этого и не требуется для установления консенсуса (что не оспаривается Конституционным Судом). В этом смысле консенсус можно считать состоявшимся или находящимся на стадии формирования, это, однако, не имеет существенного значения, поскольку результат количественного сравнения подкрепляется наличием явной тенденции: с момента принятия ЕСПЧ первого из серии постановлений, касающихся избирательных прав заключённых, большинство из тех государств, в которых абсолютный запрет существовал, отказались от

него⁵⁸. Тот факт, что государства-участники достигают отказа от общего и автоматического запрета различными средствами (в одних, как, например, в Италии, действует законодательная дифференциация; в других, например во Франции, ограничение соответствующих избирательных прав возможно по решению суда; в третьих, например в Хорватии, отсутствуют какие-либо ограничения на участие лиц, лишённых свободы, в выборах), не свидетельствует об отсутствии консенсуса, а говорит лишь о различных способах реализации общей для них убеждённости в недопустимости абсолютного запрета.

Конституционный Суд же в пункте 4.3 мотивировочной части Постановления от 19 апреля 2016 года № 12-П оспаривает, скорее, наличие не консенсуса, а общего подхода к его реализации (или консенсуса относительно такого подхода), что, по утверждению ЕСПЧ, лежит в сфере усмотрения государств⁵⁹. Подобные различия неизбежны, и, хотя они могут влиять на определение степени «глубины» или содержания консенсуса, найти полное единообразие в подходах государств — участников Конвенции по какому-либо вопросу вряд ли удастся вообще. Таким образом, препятствием для установления наличия европейского консенсуса те обстоятельства, на которые ссылается Суд, не являются.

5. Содержание «возражения» Конституционного Суда в адрес ЕСПЧ

Оставив в стороне вопрос об основаниях «возражения» Конституционного Суда, следует обратиться к его содержанию. Очевидно, что своей позицией Суд сообщает не только ЕСПЧ, но и Комитету Министров Совета Европы (призванному осуществлять надзор за исполнением постановлений ЕСПЧ), государствам — участникам Конвенции, органам власти Российской Федерации, а также обще-

⁵⁴ См.: Постановление от 19 апреля 2016 года № 12-П, п. 4.3 мотивировочной части.

⁵⁵ По данным ОБСЕ, активного избирательного права в Грузии не имеют лица, лишённые свободы на срок свыше пяти лет (см.: OSCE Office for Democratic Institutions and Human Rights. Election Observation Mission. Georgia Parliamentary Elections, 1 October 2012. Interim Report No. 1 (22 August — 5 September 2012). 10 September 2012. URL: <http://www.osce.org/odihr/elections/93609?download=true> (дата обращения: 01.09.2016).

⁵⁶ См.: The Fundamental Law of Hungary (25 April 2011). Translation of the consolidated version of the Fundamental Law as on 1 October 2013. Art. XXIII(6). URL: <http://www.kormany.hu/download/e/02/00000/The%20New%20Fundamental%20Law%20of%20Hungary.pdf> (дата обращения: 01.09.2016).

⁵⁷ См.: OSCE Office for Democratic Institutions and Human Rights. Hungary Parliamentary Elections, 6 April 2014. Limited Election Observation Mission Final Report. 11 July 2014. URL: <http://www.osce.org/odihr/elections/hungary/121098?download=true> (дата обращения: 01.09.2016).

⁵⁸ См. об этом: *Богущ Г.И., Дегтярёв К.И., Есаков Г.А., Тимофеев М.Т.* Письменные соображения по существу дела, касающегося запроса Министерства юстиции Российской Федерации о разрешении вопроса о возможности исполнения Постановления Европейского Суда по правам человека от 4 июля 2013 года по жалобам № 311157/04 и 15162/05 *Анчугов и Гладков против Российской Федерации*. П. 22–26. URL: <http://chr-centre.org/wp-content/uploads/2016/03/Anchugov-and-Gladkov-Amicus-Brief.pdf> (дата обращения: 01.09.2016).

⁵⁹ См.: *Scoppola v. Italy (no. 3)*, § 101–102.

ственности, каковы критерии имплементации постановлений ЕСПЧ в условиях российской правовой системы и возможности их исполнения Россией. Данное «возражение» состоялось и требует принятия его во внимание всеми заинтересованными субъектами.

Вместе с тем его содержание видится не вполне определённым и внутренне противоречивым. Причина тому — неопределённость в системе выработанных Конституционным Судом критериев восприятия практики ЕСПЧ российской правовой системой. В качестве соответствующих критериев обращение к Постановлению от 19 апреля 2016 года № 12-П позволяет выделить такие: 1) критерий «критической даты» для определения приемлемости толкования Конвенции; 2) критерий наличия (или отсутствия) консенсуса относительно содержания норм Конвенции; 3) критерий согласованности толкования Конвенции с положениями Конституции.

Две основные проблемы возникают в связи с обращением к данным критериям. Во-первых, при этом отсутствуют какие-либо пояснения относительно их взаимосвязи. Хотя решающая роль третьего из выделенных критериев явно прослеживается в позиции Конституционного Суда, не вполне понятно, какую роль играют иные два критерия: состоялось бы «возражение» при несоблюдении одного из них или нет? Во-вторых, наблюдается некоторая неопределённость в содержании данных критериев, чему есть следующие свидетельства.

Первый из критериев отражён в утверждении Суда о том, что «Российская Федерация вправе настаивать на интерпретации статьи 3 Протокола № 1 к Конвенции и её имплементации в российское правовое пространство в том понимании, которое имело место при введении в действие данного международного договора Российской Федерации как составной части российской правовой системы»⁶⁰. Неясно при этом, насколько такой момент «введения в действие» определяет приемлемость толкования иных норм Конвенции и других международных договоров Российской Федерации.

Второй критерий — наличие или отсутствие консенсуса — оставляет неопределён-

ность относительно того, какое значение сам Конституционный Суд придаёт консенсусу в толковании норм Конвенции: в рассматриваемом постановлении Суд лишь обращается (не вполне корректно, как было показано ранее) к концепции консенсуса в её восприятии ЕСПЧ⁶¹.

Третий критерий основан на выводе Суда о том, что «имплементация в правовую систему России постановления Европейского Суда по правам человека по делу *Анчугов и Гладков против России*, а значит, и осуществлённого им толкования статьи 3 Протокола № 1 к Конвенции о защите прав человека и основных свобод приемлема, если она согласуется с *положениями Конституции Российской Федерации, относящимися к основам конституционного строя и основам правового статуса личности в России*»⁶² (курсив мой. — Д.К.).

Вместе с тем выше в Постановлении от 19 апреля 2016 года № 12-П Суд указал, что «Российская Федерация была вправе подписать и ратифицировать Конвенцию... лишь в том случае, если её положения не противоречат *основам конституционного строя, закреплённым в главе 1 Конституции Российской Федерации, и не влекут ограничение прав и свобод человека и гражданина в том виде, как они урегулированы в её главе 2*»⁶³, и далее: «Россия не вправе заключать международные договоры, *не соответствующие Конституции Российской Федерации*, — в противном случае они не подлежат введению в действие и применению в Российской Федерации, т.е. не могут быть ратифицированы»⁶⁴ (курсив мой. — Д.К.).

Ранее, в Постановлении от 14 июля 2015 года № 21-П, Суд утверждал о недопустимости «имплементации в правовую систему государства международных договоров, участие в *которых может повлечь ограничения прав и свобод человека и гражданина или допустить какие-либо посяательства на основы конституционного строя Российской Федерации*»⁶⁵, и о том, что «Россия может в порядке исключе-

⁶¹ См.: там же, п. 4.3 мотивировочной части.

⁶² Там же, п. 4.4 мотивировочной части.

⁶³ Там же, п. 4.2 мотивировочной части.

⁶⁴ Там же.

⁶⁵ Постановление от 14 июля 2015 года № 21-П, п. 2.2 мотивировочной части.

⁶⁰ Постановление от 19 апреля 2016 года № 12-П, п. 4.2 мотивировочной части.

ния отступить от выполнения возлагаемых на неё обязательств, когда такое отступление является единственно возможным способом *избежать нарушения основополагающих принципов и норм Конституции Российской Федерации*⁶⁶ (курсив мой. — Д.К.). В этом же постановлении в схожем контексте Суд оперирует, в частности, такими факторами, как: 1) совместимость постановлений ЕСПЧ с императивными нормами общего международного права (*jus cogens*)⁶⁷, 2) нарушение конституционных положений, имеющих, «несомненно, особо важное для России значение»⁶⁸, 3) противоречие положениям Конституции, «прежде всего относящимся к правам и свободам человека и гражданина, а также к основам конституционного строя»⁶⁹ (курсив мой. — Д.К.), и, наконец, 4) соответствие Конституции⁷⁰.

Такое обилие указаний на различные (но, безусловно, важные) факторы⁷¹ не позволяет чётко понять, с чем именно должны быть совместимы постановления ЕСПЧ и лежащее в их основе толкование Конвенции, чтобы быть приемлемыми для имплементации в ус-

ловиях российской правовой системы, — с Конституцией, с отдельными её нормами, с защищаемыми ею конкретными ценностями, или со всей совокупностью перечисленного. В особенности привлекает внимание то, с какой лёгкостью Конституционный Суд использует ссылку на недопустимость для России участия в международных договорах, *способных повлечь ограничение прав и свобод человека и противоречащих основам конституционного строя России* (в силу ст. 79 Конституции), в обоснование неприемлемости для российской правовой системы международных договоров, *противоречащих Конституции*⁷². При этом обращение Суда к статье 79 Конституции в Постановлении от 19 апреля 2016 года № 12-П сопряжено с явным игнорированием её содержания: положение, закреплённое в данной статье, никоим образом не препятствует имплементации в российскую правовую систему международных договоров, *повышающих уровень гарантий* прав и свобод человека (то есть не влекущих их ограничение, а, напротив, такие ограничения снимающих). В связи с этим, с учётом того, что позиция ЕСПЧ, изложенная им в постановлении по делу *Анчугов и Гладков против России*, предполагает ослабление или отказ от соответствующих ограничений избирательных прав, ссылки Конституционного Суда на статью 79 Конституции (в том числе в пункте 1 резолютивной части Постановления от 19 апреля 2016 года № 12-П) вызывают сомнения в последовательности и обоснованности выработанной Судом позиции.

Таким образом, данный критерий, с учётом его обоснования в Постановлении от 19 апреля 2016 года № 12-П и его «истоков» в Постановлении от 14 июля 2015 года № 21-П, также содержит неопределённость, если принять во внимание различия в основаниях обращения Суда к перечисленным факторам и в потенциальном их эффекте.

6. Заключение

Содержащаяся в настоящей статье критическая оценка оснований выработанного Кон-

⁶⁶ Постановление от 14 июля 2015 года № 21-П, п. 2.2 мотивировочной части.

⁶⁷ См.: Там же, п. 3 мотивировочной части. Хотя с подобным критерием как таковым можно согласиться, отнесение Конституционным Судом к категории *jus cogens* принципа суверенного равенства и уважения прав, присущих суверенитету, не имеет должных правовых оснований, если учесть правовую допустимость как самоограничения государством своего суверенитета, так и ограничения, исходящего извне (например, в условиях вооружённого конфликта). Ссылка же Суда на принцип невмешательства во внутренние дела государств в контексте *jus cogens* (о полярных мнениях на этот счёт см.: *Shen J. The Non-Intervention Principle and Humanitarian Interventions under International Law // International Legal Theory. 2001. Vol. 7. No. 1. P. 1–32; D'Amato A. There is No Norm of Intervention or Non-Intervention in International Law: Comments // Ibid. P. 33–40*) вызывает вопрос о её уместности применительно к обязательствам в сфере *прав человека*.

⁶⁸ Постановление от 14 июля 2015 года № 21-П, п. 3 мотивировочной части.

⁶⁹ Там же.

⁷⁰ См.: Там же, п. 5.3 мотивировочной части.

⁷¹ Анализируя Постановление от 14 июля 2015 года, А. Бланкенегель и И. Левин ставят вопрос о синонимичности таких используемых Судом понятий «Конституция Российской Федерации», «положения Конституции Российской Федерации», «конституционные ценности». Авторы отмечают: «Следует принять во внимание важность их чёткого терминологического разграничения, так как именно оно является залогом сбалансированного разделения полномочий между ЕСПЧ и Конституционным Судом, в то время как следствием смешения терминов может быть судебный произвол и злоупотребление контрольными функциями со стороны национального судебного органа или же излишняя сдержанность со стороны ЕСПЧ» (*Бланкенегель А., Левин И. Указ. соч. С. 159–160*).

⁷² См.: Постановление от 14 июля 2015 года № 21-П, п. 2.2, 3 мотивировочной части; Постановление от 19 апреля 2016 года № 12-П, п. 4.2 мотивировочной части.

ституционным Судом «возражения» в адрес ЕСПЧ не ставит под сомнение целесообразность и необходимость Суда обращаться к нормам международного права, в том числе и в контексте фактора международных обязательств России и условий участия России в международных договорах. Кроме того, результаты исследования, представленные выше, не призваны урезать роль Конституционного Суда как активного «проводника» практики ЕСПЧ в российскую правовую систему: степень восприимчивости Суда к этой практике служит ориентиром для развития в России законодательных и правоприменительных традиций уважения к международному праву, стимулирует научные исследования, общественную дискуссию. К тому же дело *Анчугов и Гладков против России* — дело не рядовое с точки зрения взаимоотношений ЕСПЧ и Конституционного Суда, и сформированное Судом отношение к нему не влияет на параметры восприятия основного массива практики ЕСПЧ российской правовой системой.

В качестве одной из целей выражения своего несогласия с ЕСПЧ сам Конституционный Суд видит внесение своего вклада в кристаллизацию развивающейся практики ЕСПЧ⁷³, однако обращение к основаниям этого несогласия выявляет ряд проблем его обоснованности не только с позиции международного права, но и с точки зрения фактов и степени его определённости. Так, не состоялась подлинная оценка Судом возможности истолковать статью 32 (ч. 3) Конституции в согласовании с позицией ЕСПЧ, поскольку не были использованы средства, пригодные для такой оценки, а фактору международных обязательств России была отведена роль, не дающая ему возможности повлиять на результат толкования. Обращение Суда к обстоятельствам и условиям, на которых Россия подписала и ратифицировала Конвенцию, вызывает ряд вопросов с позиции общего международного права. Суд не объясняет, почему он исходит из презумпции неосведомлённости России о содержании обязательств по Конвенции и о подходах к её толкованию ЕСПЧ. Отнюдь не бесспорна аргументация Суда, основанная на его обращении к концепции европейского консенсуса. Наконец,

содержание «возражения» в адрес ЕСПЧ содержит существенную неопределённость.

В связи с этим позиция, отстаиваемая в настоящей статье, высказана с целью внесения вклада в научную и общественную дискуссию, способную, как представляется, оказать содействие кристаллизации практики самого Конституционного Суда относительно имплементации норм международного права в условиях правовой системы России.

Библиографическое описание:

Красиков Д. Конвенционно-конституционные коллизии и иллюзии: что лежит в основе «возражения» Конституционного Суда России в адрес Европейского Суда по правам человека? // *Международное правосудие*. 2016. № 3(19). С. 101–117.

Collisions and illusions amid the Convention and the Constitution: what does underlie the Russian Constitutional Court's objection to the European Court of Human Rights?

Dmitry Krasikov

Candidate of Science (Ph.D.) in Law; Head of European and Comparative Law Chair, Saratov State Law Academy (e-mail: dmitry.krasikov@oxfordalumni.org).

Abstract

In its Judgment of 19 April 2016 No. 12-P the Russian Constitutional Court puts forward and justifies an “objection” towards the European Court of Human Rights relying on certain elaborated by the Constitutional Court conditions for acceptance by the Russian legal system of the ECtHR’s judgments and interpretation of the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms. The present article reflects the results of a research on the issue of what constitutes the basis of this “objection”. It is argued in the article that the Constitutional Court’s line of arguments only creates an illusion of evaluating the possibility of interpretation of the Article 32(3) of the Constitution of the Russian Federation in consistency with the ECtHR’s approach, and that the Constitutional Court’s recourse to the factor of circumstances and conditions of Russia’s accession to the Convention has certain deficiencies in reasoning from the standpoint of law and facts. Additionally, the article identifies the problems of perceiving of the European consensus concept by the Constitutional Court. On the basis of analysis of content of the “objection” towards the ECtHR, an inference is made that to a certain extent it lacks clarity as to the criteria of implementation of the ECtHR’s case-law in the context of the Russian legal system.

Keywords

Anchugov and Gladkov v. Russia; European Court of Human Rights; voting rights of imprisoned persons; consistent interpretation; international obligations of Russia; European consensus.

Citation

Krasikov D. (2016) Konventionno-konstitutsionnye kollizii i illyuzii: chto lezhit v osnove vozrazheniya Konstitutsionnogo Suda Rossii v adres Evropey-

⁷³ См.: Постановление от 19 апреля 2016 года № 12-П, п. 4.4 мотивировочной части.

skogo Suda po pravam cheloveka? [Collisions and illusions amid the Convention and the Constitution: what does underlie the Russian Constitutional Court's objection to the European Court of Human Rights?]. *Mezhdunarodnoe pravosudie*, no. 3, pp. 101–117. (In Russian).

References

- Betlem G. (2002) The Doctrine of Consistent Interpretation – Managing Legal Uncertainty. *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 22, no. 3, pp. 397–418.
- Bjorge E. (2014) *The Evolutionary Interpretation of Treaties*, Oxford: Oxford University Press.
- Blankenagel A., Levin I. (2015) V printsipe nel'z'ya, no možno!.. Konstitutsionnyy Sud Rossii i delo ob obyazatel'nosti resheniy Evropeyskogo Suda po pravam cheloveka [In Principle, No... but Yes, it is possible! The Russian Constitutional Court and the binding power of decisions of the European Court of Human Rights]. *Sravnitel'noe konstitutsionnoe obozrenie*, no. 5, pp. 152–162. (In Russian).
- Bogush G. I., Degtyaryov K. I., Esakov G. A., Timofeyev M. T. (2016) Pis'mennye soobrazheniya po sushchestvu dela, kasayushchegosya zaprosa Ministerstva Yustitsii Rossiyskoy Federatsii o razreshenii voprosa o vozmozhnosti ispolneniya Postanovleniya Evropeyskogo Suda po pravam cheloveka on 4 iyulya 2013 goda po zhalobam N 311157/04 i 15162/05 Anchugov i Gladkov protiv Rossiyskoy Federatsii [Reflections on the merits of the Case Concerning the Request of the Ministry of Justice of the Russian Federation on the Issue of Possibility of Implementation of the Judgment of the European Court of Human Rights of 4 July 2013 on the Applications nos. 311157/04 and 15162/05 "Anchugov and Gladkov v. Russian Federation"]. Available at: <http://chr-centre.org/wp-content/uploads/2016/03/Anchugov-and-Gladkov-Amicus-Brief.pdf> (accessed 01.09.2016). (In Russian).
- Crootof R. (2011) Judicious Influence: Non-Self-Executing Treaties and the "Charming Betsy" Canon. *The Yale Law Journal*, vol. 120, no. 7, pp. 1784–1819.
- D'Amato A. (2001) There is No Norm of Intervention or Non-Intervention in International Law: Comments. *International Legal Theory*, vol. 7, no. 1, pp. 33–40.
- Dolzhikov A. V. (2013) "Gordost' i predubezhdenie": sorazmernost' polnogo konstitutsionnogo zapreta zaklyuchyonnykh golosovat' v Rossii: Postanovlenie Evropeyskogo Suda po pravam cheloveka ot 4 iyulya 2013 goda ["Pride and Prejudice": Proportionality of the Constitutional Ban on Prisoners' Voting in Russia. Judgment of the European Court of Human Rights of 4 July 2013]. *Mezhdunarodnoe pravosudie*, no. 4, pp. 11–31. (In Russian).
- Dzhehtsiarou K. (2009) *European Consensus: A Way of Reasoning*: UCD Working Papers in Law, Criminology & Socio-Legal Studies. Research Paper No. 11/2009. Available at: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1411063 (accessed 26.08.2016).
- Institut prava i publichnoy politiki. (2016) Zaklyuchenie o tolkovanii stat'i 32 (chast' 3) Konstitutsii Rossiyskoy Federatsii dlya tseyley opredeleniya vozmozhnosti ispolneniya postanovleniya Evropeyskogo Suda po pravam cheloveka ot 4 iyulya 2013 goda po delu Anchugov i Gladkov protiv Rossiyskoy Federatsii [Amicus curiae briefing on interpretation of Article 32(3) of the Russian Constitution for the Purposes of Determining the Possibility of Implementation of the 4 July 2013 Judgment of the European Court of Human Rights in the case of *Anchugov and Gladkov v. Russia*]. Available at: [http://ilpp.ru/netcat_files/userfiles/Litigation_Trainings/2016%20Amicus%20Curiae%20Brief%20\(Anchugov%20i%20Gladkov\).pdf](http://ilpp.ru/netcat_files/userfiles/Litigation_Trainings/2016%20Amicus%20Curiae%20Brief%20(Anchugov%20i%20Gladkov).pdf) (accessed 01.09.2016). (In Russian).
- Lapaeva V. V. (2016) Vozmozhnosti razvitiya chelovekotsentristskogo potentsiala Konstitutsii RF (na primere tolkovaniya ch. 3 st. 32) [Possibilities for Development of the Human-Centric Potential of the Russian Constitution (on the Example of Interpretation of Art. 32, Part. 3)]. *Izvestiya vysshihkh uchebnykh zavedeniy. Pravovedeniye*, no. 1, pp. 110–125. (In Russian).
- Lipkina N. N. (2016) Printsip evropeyskogo konsensusa v praktike Evropeyskogo Suda po pravam cheloveka [The Principle of European Consensus in the Case-Law of the European Court of Human Rights]. *Pravovaya politika i pravovaya zhizn'*, no. 1, pp. 49–55. (In Russian).
- Lukashuk I. I. (2008) *Mezhdunarodnoe pravo. Obshchaya chast'* [International Law. General Part], Moscow: Volters Kluver. (In Russian).
- Nollkaemper A. (2011) *National Courts and the International Rule of Law*, Oxford: Oxford University Press.
- Senden H. (2011) *Interpretation of Fundamental Rights in a Multilevel Legal System: An Analysis of the European Court of Human Rights and the Court of Justice of the European Union*, Cambridge; Portland: Intersentia.
- Shelton D. (ed.) (2013) *The Oxford Handbook of International Human Rights Law*, Oxford: Oxford University Press.
- Shen J. (2001) The Non-Intervention Principle and Humanitarian Interventions under International Law. *International Legal Theory*, vol. 7, no. 1, pp. 1–32.
- Tzevelekos V., Dzehtsiarou K. (2016) International Custom Making and the ECtHR's European Consensus Method of Interpretation. *European Yearbook on Human Rights*, vol. 16, pp. 313–344.
- Vaypan G. (2016) Trudno byt' bogom: Konstitutsionnyy Sud Rossii i ego pervoe delo o vozmozhnosti ispolneniya postanovleniya Evropeyskogo Suda po pravam cheloveka [Hard to Be a God: the Russian Constitutional Court and its First Case on Enforceability of a Judgment of the European Court of Human Rights]. *Sravnitel'noe konstitutsionnoe obozrenie*, no. 4, pp. 107–124. (In Russian).
- Wildhaber L., Hjartarson A., Donnelly S. (2013) No Consensus on Consensus?: The Practice of the European Court of Human Rights. *Human Rights Law Journal*, vol. 33, no. 7–12, pp. 248–263.

Реформа международно-правового урегулирования споров между иностранными инвесторами и государствами

Илья Рачков*

Современная система международного урегулирования споров между иностранными инвесторами и государствами, принимающими инвестиции, нуждается в реформировании. И принимающие государства, и инвесторы понимают, что нынешний механизм обременен рядом рисков: это непредвиденные последствия заключения международных договоров об иностранных инвестициях (например, «замораживание регулирования»), отсутствие единообразия как в применимых нормах международного права, так и в разрешении споров и т. д. В настоящей статье автор предлагает три возможных пути реформирования сложившегося механизма, разделяя их по степени радикальности. Так, *паллиативный* вариант реформы предполагает исправление существующих проблем без изменения самого института. *Модернизационный* вариант реформы призывает дополнять сложившуюся систему новыми элементами. *Радикальный* вариант реформы предлагает заменить существующую систему урегулирования споров между инвестором и государством иными более актуальными для многих государств и, возможно, более действенными и объективными институтами разрешения инвестиционных споров. Статья будет иметь продолжение, посвященное тенденциям последних лет в сфере разрешения споров между государствами и иностранными инвесторами.

→ *Международное инвестиционное право; международный инвестиционный арбитраж; международные инвестиционные соглашения; иностранные инвестиции; принимающие государства*

DOI: 10.21128/2226-2059-2016-3-118-136

1. Международное урегулирование споров между инвестором и государством: краткая история феномена

Первый в мире двусторонний международный договор о взаимном поощрении и защите иностранных инвестиций¹ (*далее* — ДИД)

был заключён между ФРГ и Пакистаном в 1959 году². С тех пор количество ДИД, призванных регулировать иностранные инвестиции, возросло до 3 316 (по состоянию на июль 2016 года)³. Наряду с изложением основных обязательств государств, участвующих в ДИД, подавляющее большинство ДИД и иных международных договоров об инвестициях (англ.: international investment agreements, *далее* — МДИ) содержат положения о международном урегулировании споров между инвестором и государством (англ.: Investor-State Dispute Settlement, *далее* —

* Рачков Илья Витальевич — кандидат юридических наук, магистр права (L.L.M., Франкфурт-на-Майне), доцент кафедры международного права МГИМО(У) МИД России (e-mail: IRachkov@KSLAW.com). Статья подготовлена на основе доклада, который автор сделал в январе 2016 года на «Реформирование международного управления инвестициями: вызовы и сложности» для стран участниц группы Исламского Банка Развития (ИБР) в г. Касабланке (Марокко). Тренинг был организован совместно секретариатом ЮНКТАД — Конференции ООН по торговле и развитию и Программой технической поддержки поощрения инвестиций (англ.: Investment Promotion Technical Assistance Program) ИБР.

¹ См.: *Beviglia-Zampetti A., Sauve P. International Investment / Research Handbook in International Economic Law / ed. by A. O. Sykes, A. Guzman. London : Edgar Elder, 2007. P.211–270, 215.*

² См.: Germany — Pakistan BIT (1959). URL: <http://investmentpolicyhub.unctad.org/IIA/treaty/1732> (дата обращения: 07.07.2016). Также см.: Vertrag vom 25. November 1959 zwischen der Bundesrepublik Deutschland und Pakistan zur Förderung und zum Schutz von Kapitalanlagen // Bundesgesetzblatt. Jg. 1961. T. II. S. 794–803.

³ По данным ЮНКТАД (Конференции ООН по торговле и развитию), см.: URL: <http://investmentpolicyhub.unctad.org/IIA> (дата обращения: 15.07.2016).

МУСИГ) при помощи международного инвестиционного арбитража. Положения о МУСИГ порой сопровождаются в МДИ традиционными механизмами урегулирования споров между государствами, например, в Международном Суде ООН⁴. Несмотря на существующую критику механизма МУСИГ, речь о которой пойдет в этой статье, большинство МДИ по-прежнему позволяют иностранным инвесторам подавать в международные арбитражи иски к государствам, принимающим инвестиции⁵.

Создавая систему МУСИГ, государства стремились предоставить инвесторам нейтральный форум⁶, дающий возможность справедливого разбирательства, не обременённого политическими соображениями, под влиянием которых могут находиться национальные суды принимающего инвестиции государства⁷. Помимо выполнения роли деполитизированного форума для урегулирования споров от международного инвестиционного арбитража государства и инвесторы ожидали также других преимуществ: арбитраж должен был стать более быстрым, более дешёвым и более гибким способом разрешения споров по сравнению с другими механизмами. Кроме того, в зависимости от конкретного содержания МДИ арбитражные решения могут быть принудительно исполнены как в государствах — его участниках, так и в госу-

дарствах, не являющихся его сторонами (в так называемых третьих странах)⁸.

2. Изменения в системе МУСИГ

В мире растёт беспокойство нынешним состоянием режима МДИ: у многих государств сложилось убеждение, что МДИ создают для инвесторов права, а для государств — обязанности и ответственность. Некоторые государства клеймят международное инвестиционное право как инструмент неокOLONIALИЗМА, забывая при этом, что они сами создают эти нормы права. Кроме того, на уровне ООН признана важность устойчивого финансового, экономического, правового, индустриального развития торговых отношений стран мира⁹. В частности, на 14-й сессии Конференции ООН по торговле и развитию (*далее* — ЮНКТАД) в Найроби (17–22 июля 2016 года) члены ООН обсудили международно-правовое регулирование иностранных инвестиций в свете устойчивого развития. Наконец, роль государства в экономике увеличивается, а инвестиционный ландшафт эволюционирует. Всё это вызвало движение в сторону реформирования норм международного права, регулирующих иностранные инвестиции. Целью реформы является адаптация этой подотрасли международного экономического права к сегодняшним вызовам экономики и политики.

Такая смена парадигмы также необходима, учитывая намерения ООН и её членов достигнуть «Целей развития тысячелетия» и целей развития для конкретных стран, установленных среди прочего в документах «Повестка дня на XXI век» (§ 2.23), «Монтеррейский консенсус» (§ 22), и по результатам

⁴ Так, статья 64 Вашингтонской конвенции об урегулировании инвестиционных споров между государствами и физическими или юридическими лицами других государств 1965 года прямо предполагает направление спора в Международный Суд ООН, если его не удалось разрешить посредством процедуры, установленной самой конвенцией МЦУИС. См.: URL: https://icsid.worldbank.org/ICSID/StaticFiles/basicdoc/CRR_English-final.pdf (дата обращения: 15.07.2016).

⁵ Однако есть и исключения. Так, в соответствии со статьёй 15 соглашения между Бразилией и Мозамбиком о сотрудничестве и поддержке инвестиций и статьёй 15 соглашения между Бразилией и Анголой о сотрудничестве и поддержке инвестиций специально образованные внутри договаривающихся стран органы при министерствах и торгово-промышленных палатах призваны пытаться разрешить спор между инвестором и договаривающимся государством, общаясь между собой и с Объединённым комитетом, собранным из представителей договаривающихся стран. В случае неурегулирования спора этим способом инвестор вправе обратиться в международный инвестиционный арбитраж.

⁶ См.: *Alvarez G. M., Blasikiewicz B., et al. A Response to the Criticism against ISDS by FILA // Journal of International Arbitration*. 2016. Vol. 33. No. 1. P. 1–36, 27.

⁷ Арбитраж по этой причине называется в литературе “delocalized” и “denationalized” (см.: *Redfern A., Hunter M. Law and Practice of International Commercial Arbitration*. 4th ed. London: Sweet & Maxwell, 2004. P. 57.

⁸ Об исполнении решений инвестиционных арбитражей в третьих странах, где находятся активы проигравшей стороны, см. дела: *Benvenuti & Bonfant v. Republic of Congo*. URL: <http://www.italaw.com/cases/documents/3530> (дата обращения: 12.07.2016); *Liberian Eastern Timber Corporation v. Liberia*. URL: <http://www.italaw.com/cases/3545> (дата обращения: 12.07.2016); *Société Ovest Africaine des B tons Industriels v. Senegal*. URL: <http://www.italaw.com/cases/3308#sthash.f0R4ZYtS.dpuf> (дата обращения: 12.07.2016); *AIG Capital Partners, Inc. and CJSC Tema Real Estate Company Ltd. v. The Republic of Kazakhstan*. URL: <http://www.italaw.com/cases/64> (дата обращения: 12.07.2016).

⁹ См.: Официальный сайт ООН, посвящённый аспектам устойчивого развития стран мира ради повышения благосостояния. URL: <https://sustainabledevelopment.un.org/topics> (дата обращения: 15.07.2016).

конференции «Рио+20» (2002). В этом контексте роль международного инвестиционного права может состоять в повышении политической стабильности, необходимой для отечественных и иностранных инвесторов, чтобы стимулировать экономическую активность без ущемления публичных интересов. Так, в настоящее время режим МДИ находится на стадии размышлений, изучения и пересмотра правил игры.

Как признала ЮНКТАД в документе «Рамки инвестиционной политики по устойчивому развитию» (впервые принят в 2012 году, актуализирован в 2015 году), переориентация в составлении МДИ является реакцией на новый контекст, в котором оказалась инвестиционная политика как на национальном, так и на международном уровне¹⁰.

Итак, одним из вызовов, на которые должна ответить реформа МДИ, является реформа существующей системы урегулирования инвестиционных споров, вытекающих из МДИ. Изначально созданная по образцу конфиденциального коммерческого арбитража *ad hoc* между частными лицами, сегодня система МУСИГ страдает от кризиса легитимности. Существуют опасения, что:

- механизм МУСИГ подвергает государства, принимающие иностранные инвестиции, дополнительным юридическим и финансовым рискам, часто непредвиденным в момент заключения государством МДИ; при этом далеко не всегда действия государства можно характеризовать как явное нарушение частной собственности, а МДИ не обязательно приносят государствам дополнительные прямые иностранные инвестиции;

- МДИ предоставляют иностранным инвесторам больше прав, чем отечественным инвесторам в том, что касается урегулирования споров; это является дискриминацией отечественных инвесторов по сравнению с иностранными¹¹;

- возникает риск «замораживания регулирования» (англ.: *regulatory chill*), что плохо

сказывается на законном праве правительства регулировать иностранные инвестиции (англ.: *right to regulate*);

- разные международные инвестиционные арбитражи выносят противоречивые решения по спорам между иностранными инвесторами и принимающими их государствами, что подрывает принципы правового государства (предсказуемость и определённость правоотношений)¹²;

- нынешний механизм МУСИГ не позволяет обеспечить прозрачность, выбор действительно независимых арбитров и гарантии надлежащей правовой процедуры.

Реформа положений о МУСИГ в МДИ призвана снять эту озабоченность.

3. Варианты реформирования МУСИГ

Существует два базовых варианта реформы МУСИГ: 1) реформа существующего механизма международного инвестиционного арбитража *ad hoc*, сохраняющая его основную структуру, и 2) полная замена существующей арбитражной системы МУСИГ. Ещё один вариант является синтетическим: он не ведёт к полному отказу от существующего механизма МУСИГ, но вносит в него гораздо более глубокие изменения, чем первый вариант. С точки зрения глубины изменений, эти варианты имеет смысл расположить в таком порядке:

- первый вариант реформы – паллиативный: исправление проблем в существующем МУСИГ;

- второй вариант реформы – модернизационный: добавление новых элементов в существующий механизм МУСИГ; и

- третий вариант реформы – радикальный: замена существующей системы МУСИГ другими механизмами разрешения споров.

Именно в таком порядке эти варианты будут рассмотрены подробнее ниже.

¹⁰ См.: UNCTAD Investment Policy Framework for Sustainable Development. URL: http://investmentpolicyhub.unctad.org/Upload/Documents/INVESTMENT%20POLICY%20FRAMEWORK%202015%20WEB_VERSION.pdf (дата обращения: 15.07.2016).

¹¹ О проблеме асимметричности положений МДИ см.: *Huaqun Z. Balance, Sustainable Development and Integration: Innovative Path for BIT Practice // Journal of International Economic Law. Vol. 17. 2014. P. 299–332, 308–322.*

¹² Примером может являться дело о кукурузном сиропе с высоким содержанием фруктозы (англ.: *high fructose corn syrup, HFCS*) – сахарозаменителе для безалкогольных напитков в отношении Мексики: по одному правоотношению (права инвесторов, нарушенные регуляторной мерой Мексики) разные арбитражи выносили различные решения. Мексика пыталась бороться, потребовав объединить производства по этим делам в одно, но арбитражи отказали ей в этом. Анализ дела см.: *Gonzalez Garcia L.A. Is Consolidation of Claims a Step to Improvement? // Symposium Co-organised by ICSID, OECD and UNCTAD. 2005. 12 December.* См. также: *Толстых В.Л.* Вопросы процесса в решениях международных судов в первой декаде XXI века // *Российский юридический журнал.* 2011. № 3. С. 111–123.

МУСИГ при помощи международного арбитража — один из центральных вопросов в обсуждении реформы МДИ. Увеличение числа исков иностранных инвесторов к принимающим государствам в последние годы в сочетании с иногда слишком широким, неожиданным и противоречивым толкованием положений МДИ разными арбитражами привело к росту критики существующей системы МУСИГ. Эта ситуация вызвала дискуссии о преимуществах и недостатках существующей системы и о том, «иметь или не иметь» МУСИГ¹³. В качестве ответа ряд стран проводят «инвентаризацию» своих позиций по МУСИГ и уже принимают определённые меры по реформированию.

Альтернатива такова: оставить МУСИГ, реформировав его (так поступили, например, Канада и ЕС в торговом соглашении между собой¹⁴), либо полностью отказаться от нынешней системы МУСИГ, заменив её чем-то другим. Вряд ли получится сохранить статус-кво без каких-либо изменений, учитывая его жесткую критику с разных сторон.

Ничто не мешает государствам синтезировать что-то своё, адаптировать и применять различные варианты в отдельности или в сочетании, с помощью гибридного подхода. Какой бы вариант то или иное государство ни предпочло, оно должно иметь в виду три задачи, которые необходимо решать в совокупности.

Во-первых, необходима всеобъемлющая реформа, которая коснулась бы не только МУСИГ, то есть процессуальных норм права, но и материально-правовых положений МДИ, поскольку в основном именно они являются коренной причиной многих проблем.

Во-вторых, в идеале положения реформы должны распространяться не только на будущие, но и на уже действующие МДИ.

Однако этому мешают «положения о выживании» (англ.: *survival clauses*) в действующих МДИ.

В-третьих, реформы МДИ недостаточно: требуется создание компетенций в самом государстве, чтобы улучшить административное управление и судопроизводство (особенно в развивающихся странах, к которым — по классификации ООН — относится и Россия), поскольку это является условием для проведения некоторых из предложенных ниже вариантов реформы.

3.1. Первый вариант реформы: исправление проблем в существующем механизме МУСИГ

Набор задач предстоящей реформы в первом варианте направлен на реформирование существующего механизма МУСИГ при сохранении основной структуры, а именно права инвесторов подавать иски против принимающих инвестиции государств в специально созданные арбитражи. Эти задачи можно решать, включив в МДИ новые положения, способные:

— всесторонне улучшить, упростить, удешевить, сделать более прозрачным и т.д. арбитражный процесс. Этой цели служат, например, принятая 10 декабря 2014 года Генеральной Ассамблеей ООН Конвенция о прозрачности в основанном на международном договоре арбитраже между инвестором и государством¹⁵ и вступившие в силу с 1 апреля 2014 года Правила ЮНСИТРАЛ о прозрачности в основанном на международном договоре арбитраже между инвестором и государством¹⁶;

— ограничить права инвесторов по доступу к инвестиционному арбитражу;

— создать фильтры для направления чувствительных (для государства) исков в русло урегулирования споров между государствами (одно из которых — государство гражданства инвестора, а другое — принимающее государство);

— ввести требование об обращении иностранных инвесторов к местным судебным разбирательствам в принимающем государ-

¹³ Пример таких дискуссий можно увидеть в статье Европейской федерации инвестиционного права и арбитража (англ.: *EFILA*) «Ответ на критику, обращённую против МУСИГ» (англ.: *A response to a criticism against ISDS*) и в опровержении этой статьи, приводимом рядом известных учёных в сфере инвестиционного арбитража в блоге Гуса ван Хартена (*Osgoode Hall Law School*). URL: <https://gusvanharten.wordpress.com/2015/07/06/reply-to-efila/> (дата обращения: 23.07.2016).

¹⁴ См.: Всестороннее экономическое и торговое соглашение (англ.: *the Comprehensive Economic and Trade Agreement, далее — CETA*), созданное в 2014 году, принятое и предложенное на подписание Совету ЕС Европейской Комиссией в июле 2016 года. Положения о МУСИГ содержатся в статьях 8.27–8.43 CETA.

¹⁵ Англ.: *Convention on Transparency in Treaty-based Investor-State Arbitration*.

¹⁶ Англ.: *UNCITRAL Rules on Transparency in Treaty-based Investor-State Arbitration*.

стве. Например, по этому пути пошла Россия¹⁷.

Эти инструменты могут применяться государствами как в уже действующих МДИ (путём их изменения по договоренности с другой стороной МДИ), так и в будущих МДИ и не требуют скоординированных действий всех (или многих) государств мира: достаточно, чтобы договорились две стороны МДИ.

3.1.1. Улучшения в арбитражном процессе

Решение этой задачи фокусируется на реформировании тех правил, по которым международные инвестиционные арбитражи формируются и рассматривают споры между инвесторами и государствами, при сохранении основных особенностей системы МУСИГ. Цели таких изменений:

- усилить легитимность системы МУСИГ;
- повысить контроль Договаривающихся

Сторон за толкованием заключённых ими МДИ и/или

– упорядочить арбитражный процесс и сделать его более эффективным.

Для реализации этой части реформы нужно будет предпринять следующие шаги:

– обеспечить большую прозрачность (транспарентность) арбитражного процесса, например, путём предоставления обществу доступа к арбитражным документам

(включая мировые соглашения) и к слушаниям дела в арбитраже, а также допуска к процессу заинтересованных лиц, не участвующих в споре в качестве стороны (например, организаций гражданского общества, которые могут входить в процесс как *amici curiae*, друзья суда)¹⁸;

– предпринять меры к тому, чтобы к рассмотрению споров привлекались лишь арбитры, обладающие необходимыми навыками и при этом полностью независимые, беспристрастные, свободные от конфликтов интересов, а их услуги были «доступными» (с точки зрения гонораров) для сторон. Например, этого можно было бы достичь, установив требования к квалификации, поведению и/или вознаграждению арбитров (в частности, разработать кодекс поведения арбитров)¹⁹;

– разорвать связи между сторонами в споре и арбитрами, например, путём создания списка квалифицированных арбитров, согласованного с Договаривающимися Сторонами, и определения методом случайной выборки (по жребию) арбитров, которые участвуют в рассмотрении конкретного спора. Эта мера может быть эффективной в свете того, что арбитры, как правило, из-за высоких гонораров движимы желанием быть избранными в своём качестве снова и снова. Например, гонорар арбитров в деле бывших акционеров «ЮКОСа» против России составил от 1,5 до 2 млн евро. Для удовлетворения такого желания арбитры должны «понравиться» тем, от кого зависит их избрание арбитрами. Поэтому все арбитры в сфере международного инвестиционного арбитража раскололись на две примерно равные группы: на тех, кого традиционно избирают государства, и на тех, кого предпочитают выбирать в качестве арбитров иностранные инвесторы;

– усилить роль Договаривающихся Сторон при толковании договора, например, путём создания механизмов для дачи обязательного (для арбитража) толкования Договаривающимися Сторонами и облегчения вступления

¹⁷ См. дело по заявлению ООО «Невская концессионная компания» в Арбитражный суд города Санкт-Петербурга и Ленинградской области с заявлением о выдаче исполнительного листа на принудительное исполнение окончательного арбитражного решения от 3 февраля 2015 года, вынесенного по третейскому разбирательству (дело ППТС № 2013-20), проведённому образованным в соответствии с регламентом Международной торговой палаты (город Париж) третейским судом – компетентным органом в третейских разбирательствах по Арбитражному регламенту комиссии ООН по праву международной торговли 2010 года («Регламент ЮНСИТРАЛ») и в соответствии с Регламентом ЮНСИТРАЛ, администрируемому Постоянной Палатой Третейского Суда (город Гаага) // Постановление Арбитражного суда Северо-Западного округа от 17 февраля 2016 года по делу № А56-9227/2015. В этом деле российские суды постановили, что третейская оговорка недействительна: в соответствии с действующим законодательством Российской Федерации споры между концедентом и концессионером разрешаются в судах, арбитражных судах или третейских судах Российской Федерации, а третейский суд, избранный сторонами для рассмотрения возникающих из соглашения споров, нельзя считать третейским судом Российской Федерации. В результате арбитражные суды России отказали инвестору в удовлетворении заявления о выдаче исполнительного листа на принудительное исполнение решения третейского суда о взыскании компенсации по концессионному соглашению на строительство Орловского туннеля под рекой Невой.

¹⁸ См. следующие ключевые дела, где арбитражи разбирали данную проблему, но отказывали в удовлетворении ходатайств третьих лиц – организаций гражданского общества о вступлении в дело: *Biwater Gauff v. Tanzania, Piero Foresti v. South Africa, von Pezold/Border v. Zimbabwe*.

¹⁹ Например, в ЮНСИТРАЛ уже идёт активная работа по созданию этических норм поведения для международного коммерческого арбитража. Док. ООН А/CN.9/880 от 29 апреля 2016 года.

в дело государств, не являющихся сторонами спора, в качестве третьего лица;

— укрепить контроль Договаривающихся Сторон за разрешением споров, затрагивающих некоторые чувствительные вопросы, например, обязав арбитражи (путём внесения изменений в соответствующий МДИ) передавать некоторые вопросы — налогообложение, финансовые услуги (пруденциальные изъятия), вопросы банкротства, применение оговорок к МДИ — в первую очередь на совместное рассмотрение сторонами МДИ, наподобие «фильтра», предусмотренного в СЕТА (п.4 ст. 8.30) и в Северо-Американском соглашении о свободной торговле (НАФТА) 1992 года²⁰;

— отказаться от расходования ресурсов на полноценные процедуры в случае явно необоснованных исковых требований (англ.: *frivolous claims*)²¹, например, путём отказа в рассмотрении или отклонения таких исков на раннем этапе;

— обеспечить более справедливое распределение расходов и «отпугивание» необоснованных исковых требований путём надлежащего распределения судебных расходов (гонорары, выплачиваемые каждой стороной арбитрам, юристам, экспертам и прочие расходы), например, прямо приняв принципы «проигравший платит» (то есть все расходы по ведению арбитража возлагаются на сторону, против которой вынесено арбитражное решение) или «расходы следуют за событием»;

— создать препятствия для инвесторов, подающих иски в связи с тем же самым предполагаемым нарушением их прав со стороны государства в различные форумы по разрешению споров²²; этого можно добиться, например, включив в МДИ требование о запрете «разворота» (англ.: *U-turn*) (в отличие от «развилки на дороге», которую государства часто включают в традиционные ДИД, запрет «разворота» не лишает инвесторов

возможности попытаться защитить свои права сначала в национальных судах принимающего государства)²³.

3.1.2. Ограничение доступа инвесторов к МУСИГ

Этот подход нацелен на то, чтобы ограничить случаи, в которых иностранные инвесторы могут прибегать к международному арбитражу, что позволит государствам снизить юридические и финансовые риски, связанные с международным рассмотрением их споров с инвесторами.

Существует несколько возможностей для достижения данной цели:

во-первых, исключение определённых типов требований из сферы МУСИГ. Такой вариант может применяться в некоторых особенно чувствительных секторах экономики (например, финансовая сфера, недвижимость), к определённым положениям МДИ (например, обязательства государства в связи с подготовительными действиями, совершаемыми инвесторами ещё до того, как инвестиция сделана; англ.: *pre-establishment obligations*) или в чувствительных областях политики (например, меры, принятые по соображениям национальной безопасности). Эти исключения могут быть применены к некоторым или ко всем Договаривающимся Сторонам;

во-вторых, ограничение допустимых исков только теми, которые основаны на нарушении МДИ (а не, например, инвестиционного контракта между инвестором и государством). Этот подход позволит исключить все иски, не основанные на МДИ (например, иски о предполагаемых нарушениях внутреннего законодательства, международного обычного права или инвестиционных контрактов), но по-прежнему оставит за инвесторами возможность понуждения государства к исполнению его обязательств по МДИ. Его можно сочетать с включением в МДИ положений о праве, применимом к разрешению спора: например, такие положения могут допускать только применение МДИ и прочего международного права (но не национального права);

в-третьих, запрещение использования МУСИГ после истечения определённого периода времени с момента события, дающего

²⁰ URL: <http://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/2412> (дата обращения: 23.07.2016).

²¹ См.: *Chen T.-F. Deterring Frivolous Challenges in Investor-State Dispute Settlement // Contemporary Asia Arbitration Journal. Vol. 8. 2015. No. 1. P.61–80.*

²² Самый известный случай последнего времени (2016 год): *Ampal-American Israel Corporation and others v. Egypt*. URL: <http://www.iareporter.com/articles/arbitrators-allow-investor-to-cure-a-crystallised-abuse-of-process-by-choosing-to-drop-one-of-two-sets-of-parallel-bit-arbitration-claims/> (дата обращения: 23.07.2016).

²³ См.: UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements II. URL: http://unctad.org/en/PublicationsLibrary/diaeia2013d2_en.pdf (дата обращения: 23.07.2016). P. 86.

инвестору право на иск, то есть введение своего рода исковой давности (например, три года). Дело в том, что в настоящее время срока исковой давности в МДИ нет. Такой подход вводит временной фактор, который способствует созданию определённости и предсказуемости в отношении обязательств, взятых государством на себя. В отсутствие такого ограничения инвестор может подать иск к государству практически в любое время, что создает большую неопределённость для государства. Полезно было бы также уточнить, включается ли в срок исковой давности то время, в течение которого исковое требование инвестора рассматривается в национальных судах данного государства;

в-четвёртых, воспрепятствование путём отказа в доступе к МУСИГ злоупотреблению международным договором со стороны инвесторов, которые занимают «шоппингом по международным договорам» или «планированием гражданства» (англ.: *treaty shopping and nationality planning* соответственно)²⁴, то есть используют компании-«пустышки», чтобы пропустить через них инвестиции, но не ведут реальную хозяйственную деятельность в государстве своей регистрации;

в-пятых, установление в МДИ требования о том, что согласие государства на рассмотрение спора с инвестором в международном инвестиционном арбитраже должно быть получено в каждом конкретном случае;

в-шестых, использование фильтров для направления чувствительных споров на межгосударственное урегулирование. Этот инструмент означает, что спор подлежит разрешению между государствами (а не между инвестором и государством), если его не может решить смешанная комиссия, состоящая из представителей обоих государств — принимающего и государства гражданства инвестора (или — реже — из независимых экспертов). При сохранении общей структуры нынешнего механизма МУСИГ этот подход предусматривает передачу споров по чувствительным вопросам на урегулирование на межгосударственный уровень. Такими чувствительными вопросами могут быть, например, следующие:

— является ли такая-то мера, принимаемая государством, мерой предосторожности,

направленной на сохранение целостности и стабильности финансовой системы?

— является ли налогообложение экспроприацией?²⁵

В этом случае МУСИГ приостанавливается до тех пор, пока межгосударственный арбитраж не вынесет своё решение, которое при этом является обязательным для международного инвестиционного арбитража. Такой подход был принят в ДИД между Канадой и Китаем в 2012 году²⁶ и в НАФТА (для инвестиционных споров в сфере финансовых услуг). Европейская Комиссия также предлагала ввести такой фильтр в ходе публичных консультаций относительно заключения Трансатлантического торгового и инвестиционного партнерства ЕС — США (англ.: *Transatlantic Trade and Investment Partnership, TTIP*)²⁷.

Урегулирование споров между государствами (путём арбитража, судебных или иных процедур) может быть более пригодным для обсуждения чувствительных вопросов системной важности, например касающихся целостности и стабильности финансовой системы, глобальной системы международного налогообложения, здравоохранения. Государства, скорее всего, предпочитают использовать только те юридические аргументы, с которыми они будут чувствовать себя комфортно в исках, поданных против них;

в-седьмых, введение требования исчерпать местные средства защиты как предварительное условие для обращения к МУСИГ. Этот инструмент реформы направлен на поощрение обращения иностранных инвесторов в национальные суды принимающего государства при сохранении для них возможности обратиться в международный инвестиционный арбитраж как к крайнему средству. Такой подход будет в определённой степени отвечать на обеспокоенность государств резким ростом случаев обращения инвесторов к МУСИГ за последнее десятилетие. Разрешение споров между иностранными инвесторами и принимающими их государствами доступно практически в любой стране.

²⁵ См.: *Lazem A., Bantekas I.* The Treatment of Tax as Expropriation in International Investor-State Arbitration // *Arbitration International*. 2015. 6 May. P. 1–46.

²⁶ URL: <http://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/Treaty-File/3476> (дата обращения: 23.07.2016).

²⁷ URL: http://europa.eu/rapid/press-release_IP-15-6059_en.htm (дата обращения: 17.07.2016).

²⁴ См.: *Lee J.* Resolving Disputes of Treaty Shopping in International Investment Arbitration // *Journal of International Dispute Settlement*. 2015. Vol. 6. No. 2. P. 355–379.

Следует рассмотреть два варианта поощрения использования национальных судов, не лишая при этом иностранных инвесторов права прибегать к МУСИГ.

Первый вариант: МДИ могут требовать от инвестора исчерпать местные средства правовой защиты, доступные в принимающем государстве, как предварительное условие для обращения к международному арбитражу.

Второй вариант: МДИ могут содержать требование обращаться в местные суды за разрешением спора, но без обязанности дойти до определённого результата. Иными словами, обращаться в международный инвестиционный арбитраж становится возможным только по прошествии определённого периода времени (например, 18 месяцев) после разрешения споров в национальных судах.

Требование разрешать споры в национальных судах принимающей страны ставит иностранных инвесторов в равное положение с местными инвесторами (а также с иностранными инвесторами из государств, которые не имеют МДИ с принимающей страной). Это также помогло бы создать равные условия среди иностранных инвесторов, поскольку высокие расходы, связанные с ведением международного инвестиционного арбитража, не позволяют воспользоваться им малым и средним предприятиям. Помимо этого, производство в национальных судах, как правило, включает в себя право на обжалование решений судов первой инстанции в судах апелляционной и/или кассационной инстанций и хорошо подходит для толкования и применения внутреннего законодательства принимающего государства.

Кроме того, можно предположить, что возможность для иностранного инвестора прибегнуть к МУСИГ наименее важна в странах со здоровой (то есть беспристрастной, независимой, некоррупционной, компетентной, работающей достаточно быстро) правовой системой, с хорошим управлением и опытными местными судами. Наконец, набирает силу аргумент о том, что вместо того, чтобы сосредоточивать внимание исключительно на МУСИГ, гораздо правильнее провести внутри страны, принимающей инвесторов, реформы, направленные на создание и/или усиление хорошо работающих правовых и судебных институтов. Это может в конечном счёте помочь исправить, во всяком случае, некоторые

(если даже не многие и тем более не все) из институциональных недостатков принимающей страны, для устранения которых были изначально разработаны МДИ и механизм МУСИГ. Однако это тоже не является панацеей: многие инвесторы из ЕС испытывают страх перед судебной системой США, с её присяжными в гражданских процессах где-нибудь в глубинке, процессуальными особенностями (вроде «раскрытия доказательств», англ.: discovery) и т.д. В свою очередь, инвесторы из США вряд ли доверились бы государственным судам во многих странах ЕС: например, итальянские и германские суды славятся длительностью судебных процессов (5 лет рассмотрения спора в первой инстанции — далеко не самый длительный срок), а суды некоторых стран Юго-Восточной Европы — коррупционностью, ксенофобией и некомпетентностью.

Поэтому многие иностранные инвесторы обоснованно опасаются, что принимающие государства не смогут гарантировать эффективную и хорошо функционирующую внутреннюю судебную систему. Местным судам может не хватать независимости, они могут находиться под политическим контролем и быть предметом злоупотребления со стороны государства (в том числе следовать тактике затягивания процесса). Этот подход — передача споров между иностранными инвесторами и государством, принимающим иностранные инвестиции, на разрешение национальным судам принимающего государства — особенно сложен в государствах со слабым управлением, где невозможно (или практически невозможно) добиться принудительного исполнения решений местных судов. В других странах из-за высокой нагрузки на местные суды исчерпание местных средств правовой защиты может отнять слишком много времени и тем самым уменьшить ценность доступа к инвестиционному арбитражу.

Кроме того, если инвестор переключается на МУСИГ после местных судебных разбирательств, МУСИГ становится своего рода апелляционной инстанцией для решений национальных судов, что может лишь усилить проблему легитимности МУСИГ.

Наконец, местные суды могут не обладать компетенцией применять нормы международного права, так как во многих странах не разрешено прямое применение МДИ (или

международного права вообще), а ведь такое применение является предварительным условием для принудительного исполнения обязательств принимающего государства по МДИ. Для того чтобы сделать возможным принудительное исполнение положений МДИ в таких государствах, последние должны трансформировать МДИ в своё национальное право.

3.2. Второй вариант реформы: добавление новых элементов в существующий механизм МУСИГ

Этот вариант предполагает, что добавление в существующий механизм арбитража между инвесторами и государством новых элементов позволит усовершенствовать этот механизм, не разрушая его структуры. Данные элементы можно использовать и в сочетании с вышеупомянутыми предложениями реформирования механизма МУСИГ.

3.2.1. Апелляция

Одним из новых элементов является апелляционная инстанция. Апелляция позволяет, с одной стороны, сохранить саму структуру существующего инвестиционного арбитража, но добавляет к нему новую часть. Апелляция может функционировать как постоянный или специально создаваемый (*ad hoc*) орган. Этот орган будет компетентен проводить проверку арбитражного решения «первой инстанции» по существу (с точки зрения проверки как фактов, так и вопросов права) и исправлять решения международных инвестиционных арбитражей первой инстанции.

На наш взгляд, апелляционная инстанция должна иметь компетенцию по полному пересмотру дела.

Это выходит за рамки прав по пересмотру, имеющихся в существующей процедуре аннулирования арбитражных решений по Вашингтонской конвенции об урегулировании инвестиционных споров между государствами и физическими или юридическими лицами других государств (18 марта 1965 года)²⁸: она не предусматривает пересмотра дела по су-

ществу, а ограничивается лишь пересмотром по некоторым чётко определённым и ограниченным основаниям (например, нарушения при формировании состава арбитров или коррупция арбитража, серьёзный отход от основополагающих правил процедуры, неуказание причин вынесения того или иного решения или явное превышение полномочий). В результате комитет Международного центра по урегулированию инвестиционных споров (МЦУИС) по аннулированию может оказаться не в состоянии отменить или исправить арбитражное решение, даже установив явные ошибки в применении норм права арбитражем.

Предоставление механизму апелляции более широких полномочий по пересмотру позволит усилить предсказуемость толкования договоров и повысить согласованность арбитражных решений между собой. Всё это вместе будет способствовать политической приемлемости МУСИГ государствами и гражданским обществом, а также режима МДИ в целом.

Объединённому комитету, учреждённому согласно МДИ, можно поручить проведение консультаций по созданию апелляционного механизма и определение конкретных вопросов, предназначенных для рассмотрения в апелляции, включая характер и состав апелляционного механизма и применимые объём и стандарт пересмотра. Ориентиром могли бы служить такие источники, как СЕТА и модельный ДИД США (2004 и 2012 гг.).

Если страны мира согласятся создать такой апелляционный механизм, то им предстоит решить ряд вопросов.

Во-первых, на какой основе будет создан такой орган: на двусторонней, региональной или многосторонней?

С одной стороны, апелляционный орган, конечно, проще создать на основе двустороннего международного договора. С другой стороны, ожидаемые его функции — содействие правовой согласованности и предсказуемости на международном уровне, который охватывает максимально возможное количество государств. Поэтому данный орган лучше выполнит свои функции, если будет создан на основе многостороннего международного договора. В связи с этим государства могли бы подумать над тем, как новый механизм совместить с Вашингтонской конвенцией (или, возможно, интегрировать его в неё; напри-

²⁸ См.: Регистр текстов международных конвенций и других документов, касающихся права международной торговли. Т. II. Нью-Йорк: Организация Объединённых Наций, 1973. С. 54–77.

мер, чтобы заменить существующую процедуру аннулирования арбитражных решений в этой Конвенции), Арбитражным Регламентом ЮНСИТРАЛ, правилами других арбитражных форумов, используемыми в МУСИГ, и, возможно, с другими применимыми международными договорами, такими как Нью-Йоркская конвенция 1958 года о признании и приведении в исполнение иностранных арбитражных решений²⁹. Кроме того, разработка апелляционного механизма, способного содействовать гармонизации толкования и правовой согласованности, потребовала бы придания этому механизму компетенции по пересмотру всех решений, вынесенных на основании конкретного международного договора.

Во-вторых, будет ли апелляционный орган постоянно действующим или создаваться для каждой конкретной апелляции?

С одной стороны, механизмы *ad hoc* легче реализовать, и они требуют меньше расходов, чем постоянно действующий орган. С другой стороны, постоянно действующий орган по апелляции (например, вроде Апелляционного органа в ВТО) может быть более подходящим для обеспечения согласованности в арбитражной практике. Апелляционный орган с постоянными судьями, назначенными государствами из числа видных юристов, позволит апелляционной инстанции выражать последовательное и сбалансированное мнение, которое, несомненно, поможет решить некоторые проблемы с легитимностью нынешнего режима МУСИГ. Авторитетные суждения апелляционной инстанции по вопросам права будут служить как спорящим сторонам (при правовой оценке ими существа их спора и его шансов на успех), так и арбитрам при рассмотрении других споров в дальнейшем. Однако в то же время апелляционный орган с полномочиями принимать решения, имеющие силу прецедентов, может налагать новые ограничения на суверенитет Договаривающихся Сторон.

В-третьих, каковы будут правила подбора судей и институциональная структура апелляционного органа?

Например, кто должен отбирать, избирать или назначать его членов? При помощи каких процедур судьи будут избираться? Какова

должна быть продолжительность их пребывания в должности? Какие принципы или кодекс поведения должны регулировать их деятельность как при работе в апелляционной инстанции, так и за её пределами? Какая секретарская поддержка требуется им? Кто будет финансировать деятельность апелляционной инстанции? Где она будет находиться?

В-четвёртых, какие затраты времени и денег требуются на рассмотрение спора?

Введение апелляционной инстанции добавит ещё один уровень урегулирования споров к арбитражной процедуре. Поэтому нужно будет отнестись с большой осмотрительностью к созданию эффективного процесса (например, как в Апелляционном органе ВТО). А это значит, среди прочего, что нужно определить время, с одной стороны, объективно необходимое и достаточное для рассмотрения спора, но, с другой стороны, не выливающееся в многолетнее разбирательство. Кроме того, разбирательство в апелляционной инстанции повлечёт за собой дополнительные расходы как для инвесторов, так и для принимающих государств.

В-пятых, какова должна быть компетенция такого органа?

Она должна включать в себя:

- тип пересмотра, доступного для сторон спора (например, отмена, изменение или оставление в силе решения первой инстанции или право принимать новое решение по существу спора; наличие или отсутствие права возвращать спор на новое рассмотрение в первую инстанцию);

- стандарт пересмотра, который должен применяться апелляционной инстанцией (например, рассмотрение только вопросов права или также вопросов факта);

- тип вынесенных на основе МДИ решений, которые апелляционный орган вправе пересматривать (например, только решения по существу спора или также решения об отсутствии/наличии у арбитража компетенции решать спор и по вопросу о приемлемости иска и о принятии мер по обеспечению иска).

3.2.2. Встраивание эффективных альтернативных методов разрешения споров в существующий механизм МУСИГ

Этот подход к реформе МУСИГ поощряет использование альтернативных механизмов

²⁹ Вестник Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации. 1993. № 8.

разрешения споров (*далее* — АРС) как шаг, предшествующий международному инвестиционному арбитражу. Хотя АРС не может само по себе решить ключевых проблем МУСИГ, оно может уменьшить количество споров между иностранными инвесторами и принимающими их государствами, приводящих к полномасштабному арбитражу. АРС может использоваться как дополнительный, а не самостоятельный инструмент реформы МУСИГ³⁰.

В то время как арбитраж — как и судебное разбирательство — это состязательная процедура, ведущая к принятию юридически обязательного решения третьей стороной, результат АРС, в конечном счёте, требует признания обеими сторонами спора. Тем не менее АРС имеет определённую ценность для сторон спора, потому что может помочь урегулированию спора на раннем этапе. Тем самым спор лишается своей взрывоопасной силы, которая может серьёзно и на протяжении длительного времени вредить отношениям между принимающей страной и иностранным инвестором. Благодаря своей консенсуальной природе АРС может быть особенно полезным в случаях возникновения споров, стороны которых считают важным продолжать своё инвестиционное сотрудничество, несмотря на наличие спора. АРС также имеет тенденцию быть более неформальным и более гибким, чем арбитраж между инвестором и государством: цель АРС состоит в том, чтобы найти решение, которое будет приемлемо для обеих сторон. Если АРС завершилось успешно, оно может помочь сэкономить время и деньги³¹.

Но нет никакой гарантии того, что это разбирательство приведёт к разрешению спора. Таким образом, безуспешное АРС может увеличить расходы сторон и привести к потере времени на урегулирование спора. Тем не менее, даже если АРС завершилось неудачей, оно может служить прояснению спорных вопросов между сторонами и помочь упростить последующее арбитражное разбирательство.

АРС не всегда может быть применимо на практике или приемлемо для принимающего государства. Это зависит от характера той меры, которую оспаривает инвестор (например, когда дело касается законодательных мер). Более того, учитывая консенсуальный характер АРС, достигнутый при помощи медиации исход спора, который не был одобрен обеими сторонами, не может быть принудительно исполнен. Таким образом, если одна из сторон не выполняет компромиссное решение, предложенное в ходе АРС, спор передается на рассмотрение в арбитраж.

Другими инструментами государственной политики, нацеленной на встраивание эффективных альтернативных методов разрешения споров в существующий механизм МУСИГ, могут быть следующие (как на национальном, так и на международном — через МДИ — уровнях), причём эти инструменты могут использоваться в различных сочетаниях, в том числе с другими, более традиционными или более креативными методами.

Во-первых, на национальном уровне страны могут принять меры, направленные на совершенствование деятельности по предотвращению споров и управленческой политики. Это:

- придание особого веса механизму предотвращения споров путём поощрения обмена информацией между государственными учреждениями для контроля в чувствительных секторах экономики с целью раннего предупреждения потенциальных споров;

- создание межведомственных механизмов для более эффективного разбора потенциальных и уже возникших споров;

- возложение на конкретное государственное учреждение обязанностей ведущего органа для дружественного урегулирования спора (а если это невозможно, то и последующего арбитража);

- учреждение должности уполномоченного (омбудсмана) по инвестиционным вопросам или агентства по инвестициям, которые могли бы взять на себя ведущую роль в разрешении конфликтов с инвесторами на раннем этапе³².

³⁰ См.: ICSID Review — Foreign Investment Law Journal. Vol. 29. 2014. No. 1: Special Focus Issue on Alternative Dispute Resolution in Investment Disputes.

³¹ См.: *Welsh N., Schneider A.K.* The Thoughtful Integration of Mediation into Bilateral Investment Treaty Arbitration // Harvard Negotiation Law Review. 2013. Vol. 18. P. 71–144.

³² Статья 15 Соглашения Бразилия — Мозамбик и Бразилия — Ангола (2015) описывает именно такой механизм.

Во-вторых, на международном уровне МДИ могут содержать положения о предотвращении споров и об управлении этим процессом и интегрировать их в механизм урегулирования споров, созданный ранее заключёнными МДИ.

Хотя многие МДИ предусматривают возможность согласительной процедуры, но лица, ответственные за принятие политических решений, могли бы рассмотреть вопрос об укреплении существующих механизмов или добавить новые механизмы (например, медиацию). Здесь можно предложить:

- добавление положений об АРС;
- усиление использования существующих способов АРС в качестве механизма предотвращения споров. Для этого требуется сделать АРС обязательным этапом перед началом инвестиционного арбитража, например, путём введения «срока ведения переговоров» (определённый период времени, в течение которого стороны должны добросовестно пытаться решить спор путём переговоров и/или консультаций);

- введение обязательной институциональной медиации на межгосударственном уровне до МУСИГ;

- разработку новых положений для АРС и для предотвращения споров и управления ими, как, например, поступила Бразилия в своих недавно заключённых соглашениях о торговле, дружбе и инвестициях (англ. сокращение — CFIA).

3.3. Третий вариант реформы: замена существующей системы МУСИГ другими механизмами разрешения споров

Нижеперечисленные опции могут заменить собой существующую систему арбитража *ad hoc* между иностранными инвесторами и принимающими их государствами. К ним относятся:

1) создание постоянного международного инвестиционного суда;

2) разрешение споров на межгосударственном уровне и/или

3) рассмотрение споров в национальных судах принимающего государства.

Эти варианты различаются по степени изменений, которые они вносят в существующую систему. Государства могут сосредоточиться на одном из вариантов или использовать их

параллельно или в сочетании. Например, вариант 3 может быть объединён с вариантами 2 или 1, что позволит сохранить возможность международного урегулирования споров в определённых случаях. Вариант полной замены МУСИГ недавно был применён в Соглашении об экономическом партнестве между Австралией и Японией (2014)³³, Соглашении о свободной торговле между Австралией и Малайзией (2012)³⁴, Соглашении о сотрудничестве и экономическом партнестве между Австралией и Новой Зеландией (2011)³⁵, Соглашении об экономическом партнестве между Японией и Филиппинами (2006)³⁶ и в упомянутых выше соглашениях о торговле, дружбе и инвестициях Бразилии с Анголой и Мозамбиком. Все эти международные договоры предусматривают разрешение инвестиционных споров только в национальных судах принимающего государства, но допускают возможность их межгосударственного разбирательства.

Совершенно новый подход недавно был принят в ЕС: он предложил США создать постоянно действующий международный инвестиционный суд для рассмотрения инвестиционных споров по Соглашению о трансатлантическом торговом и инвестиционном партнестве. Глава 13 проекта Соглашения о свободной торговле между Вьетнамом и ЕС (опубликован 1 февраля 2016 года)³⁷ также предусматривает создание постоянно действующего инвестиционного суда. На наш взгляд, именно такой подход позволит обеспечить независимость и беспристрастность судей, призванных решать споры³⁸.

³³ Japan-Australia Economic Partnership Agreement. URL: <http://dfat.gov.au/trade/agreements/jaepa/pages/japan-australia-economic-partnership-agreement.aspx> (дата обращения: 15.07.2016).

³⁴ Malaysia-Australia FTA. URL: <http://dfat.gov.au/trade/agreements/mafta/pages/malaysia-australia-fta.aspx> (дата обращения: 27.07.2016).

³⁵ ASEAN-Australia-New Zealand Free Trade Agreement. URL: <http://dfat.gov.au/trade/agreements/aanzfta/pages/asean-australia-new-zealand-free-trade-agreement.aspx> (дата обращения: 27.07.2016).

³⁶ Japan-Philippines Economic Partnership Agreement. URL: <http://www.mofa.go.jp/policy/economy/fta/philippines.html> (дата обращения: 27.07.2016).

³⁷ Agreement Between the United States of America and the Socialist Republic of Vietnam on Trade Relations. URL: <https://ustr.gov/sites/default/files/US-VietNam-BilateralTradeAgreement.pdf> (дата обращения: 27.07.2016).

³⁸ С этим не согласен Мутукумарасвами Сорнараджа. См.: Soranarajah M. An International Investment Court: Panacea or Purgatory? // Columbia FDI Perspectives. 2016. 15 August.

Было бы желательно, чтобы большинство государств мира согласились с тем, что такой суд будет работать лучше в универсальном или хотя бы многостороннем контексте. В этом случае новый суд можно было бы использовать для борьбы с фрагментарностью, свойственной как международному инвестиционному праву (состоит из тысяч в основном двусторонних МДИ) в целом, так и МУСИГ. Многосторонний консенсус может быть достигнут и на иной основе: постоянный инвестиционный суд мог бы также рассматривать небольшое количество споров и/или небольшие по суммам споры, в сочетании с механизмом присоединения к его деятельности для желающих государств.

3.3.1. Постоянный международный инвестиционный суд (на универсальном уровне)

Предполагается, что такой инструмент, как постоянный международный инвестиционный суд, сохранит за иностранными инвесторами право предъявлять иски к принимающему государству, но заменит систему многочисленных специально созданных арбитражей единой институциональной структурой.

Рассмотрим гипотетически, какие свойства он должен (или может) иметь.

1. Судьи международного инвестиционного суда должны назначаться или избираться государствами на постоянной основе. Суд, в свою очередь, должен обладать компетенцией по рассмотрению всех инвестиционных споров, вытекающих из МДИ и отнесённых к его юрисдикции. В этом суде может быть создана и апелляция инстанция. (ЕС и Канада планируют создать подобный инвестиционный суд с апелляционной инстанцией в рамках СЕТА).

2. Постоянный суд по инвестициям — публичное учреждение, служащее интересам инвесторов, государств и других заинтересованных сторон и, в более широком плане, укреплению легитимности правового режима отношений между иностранными инвесторами и государствами. Он вносит вклад в повышение единообразия и предсказуемости в толковании международных договоров, кото-

рые арбитражи должны применять при разрешении споров между инвесторами и государствами. Этот суд должен укреплять ожидаемую и фактическую независимость и беспристрастность арбитров при рассмотрении споров, гарантировав это, например, такими действиями, как запрет арбитрам выступать одновременно и в роли судьи, и в роли адвоката одной из сторон или эксперта по правовым вопросам в конкретных спорах между иностранными инвесторами и государствами, принимающими их.

3. Кроме того, суд должен обладать компетенцией по решению всех инвестиционных споров по МДИ, то есть как споров между инвестором и принимающим его государством, так и споров между Договаривающимися Сторонами соответствующего МДИ. Компетенцию суда можно было бы расширить, внося соответствующие положения в применимый МДИ, которые дали бы право участвовать в рассмотрении спора другим заинтересованным лицам (с предоставлением последним права на иск или процессуальных прав).

Безусловно, идея создания такого суда бросает государствам ряд важных правовых и политических вызовов и по своей природе является долгосрочным проектом.

Штефан Шилль возражает на это предложение: создание альтернативы государственным судам и международным инвестиционным арбитражам будет неминуемо нарушать принцип демократического равенства. По его мнению, существование особого нейтрального форума (то есть международного инвестиционного арбитража) оправдано демократическими ценностями (например, равенством сторон арбитражного разбирательства) и тем, что иностранный инвестор не является частью «демоса» страны принимающей инвестиции. Однако создание такого органа, по сути, лишает государственные суды компетенции по рассмотрению таких споров. Однако и Штефан Шилль признаёт, что, если допустить возможность создания такого суда, механизм МУСИГ вернётся к базовому принципу верховенства права и конституционно-правовым принципам судопроизводства (которым должно следовать и международное правосудие). Такой суд повысил бы доверие инвесторов к разрешению споров, создав *jurisprudence constante* (франц.: устойчивую и стабильную

судебную практику), в том числе с помощью апелляционного механизма (если бы тот был создан)³⁹.

Однако если государства решат пойти по этому пути, им нужно будет решить ряд ключевых вопросов:

- Сколько государств и какие именно поддерживают саму идею создания такого суда?

Необходимо сформировать консенсус среди критической массы государств относительно желательности/разумности заключения международного договора об учреждении такого суда.

- Вопросы, касающиеся организации деятельности суда.

Например, в какой стране и городе должен располагаться суд, кто и как должен его финансировать, как должен комплектоваться персонал суда.

- Какие страны должны/могут участвовать в деятельности суда?

В частности, было бы желательным перейти от возможных двусторонних судов, созданных ключевыми торговыми блоками (в 2015 году Европейская Комиссия предложила США создать такой суд, см. ниже), к более универсальной структуре, которая служила бы нуждам развивающихся и наименее развитых стран.

- Какой компетенцией должен обладать этот суд?

В частности, необходимо решить, какие именно споры и из каких МДИ могут быть переданы на рассмотрение суда.

3.3.2. Трансатлантическое торговое и инвестиционное партнерство

В пресс-релизе от 12 ноября 2015 года Европейская Комиссия объявила, что она завершила работу над реформой подхода к защите иностранных инвестиций, к разрешению инвестиционных споров в рамках Трансатлантического торгового и инвестиционного партнерства (англ.: Transatlantic Trade and Investment Partnership, ТТИР; далее — ТТИП). Этот подход получил название «Система суда

по инвестициям» (англ.: Investment Court System, ICS). Задача ICS — создать право и институты, напоминающие судебное рассмотрение споров, с механизмом апелляции, основанные на чётко очерченных правилах, с высококвалифицированными и постоянно действующими судьями и прозрачной процедурой. ЕС сделал такое предложение США. Этот подход также включает в себя дополнительные улучшения в доступе к этой новой системе для малых и средних компаний. Новая система призвана заменить собой существующий механизм МУСИГ в двустороннем международном договоре между ЕС и США и во всех текущих и будущих торговых и инвестиционных переговорах ЕС, включая переговоры о заключении договоров с несколькими участниками и многосторонние переговоры.

Комиссия предложила, чтобы ЕС и США публично назначали судей постоянно действующего международного суда по инвестициям. Трибунал по инвестициям должен состоять из 15 судей: пять граждан ЕС; пять граждан США; пять граждан третьих стран. Апелляционный трибунал должен состоять из 6 судей: 2 гражданина ЕС; 2 гражданина США; 2 гражданина третьих стран.

Для судей должны быть установлены чёткие «правила игры». Например, все судьи должны обладать квалификацией, сопоставимой с квалификацией судей других международных судов (например, Международного Суда — главного судебного органа ООН). Судьи должны назначаться для рассмотрения каждого конкретного спора методом случайной выборки, что должно гарантировать их независимость. Каждый спор рассматривается составом из 3 судей (то же касается и апелляции): один судья — гражданин ЕС, один судья — гражданин США, один судья — из третьей страны.

Судьи должны соблюдать ряд строгих этических правил. В частности, судьям должно быть запрещено работать в качестве адвоката при рассмотрении других инвестиционных споров, пока они занимают должность судьи.

Предложение ЕС содержит новаторские процедуры. Например, новая система должна предусматривать специальный механизм медиации, чтобы способствовать урегулированию споров дружественным путём и по возможности избегать судебного разбирательства. Споры должны решаться в течение

³⁹ См.: *Schill S. W. Reforming Investor-State Dispute Settlement (ISDS): Conceptual Framework and Options for the Way Forward*. E15 Initiative. Geneva: International Centre for Trade and Sustainable Development (ICTSD) and World Economic Forum, 2015. P. 8. URL: <http://www.e15initiative.org> (дата обращения: 27.07.2016).

сжатого срока — 2 года, включая апелляцию. Особые положения служат тому, чтобы облегчить доступ к системе для малых и средних компаний; это касается в том числе максимального размера расходов, которые такие компании будут обязаны возместить государству-ответчику, если суд вынесет на решение не в их пользу, и возможности подать иск единоличному судье, что должно позволить решить спор быстрее и более эффективно.

Также ЕС предложил США чётко определить в Соглашении о ТТИП стандарты защиты иностранных инвесторов, чтобы предотвратить злоупотребления МУСИГ со стороны инвесторов, и обеспечить полную прозрачность при разрешении споров. В частности, это означает, что все документы, которыми стороны обмениваются друг с другом и с судом в процессе разрешения спора, должны быть размещены в Интернете, а все слушания должны быть открыты для общественности. ЕС предлагает запретить «шопинг по форумам разрешения споров», то есть когда инвестор обращается со своим иском в тот суд или арбитраж, который, как считает инвестор, скорее всего, вынесет решение в его пользу. ЕС также предлагает предоставить Договаривающимся Сторонам право толковать, как следует применять Соглашение о ТТИП.

Судьи должны иметь право отклонить иск на раннем этапе, если они сочтут иск необоснованным. Обязанность покрыть расходы на судебное разбирательство возлагается на проигравшую сторону (принцип «проигравший платит», англ.: “the loser pays”⁴⁰), что должно удерживать инвесторов от обращения с необоснованными исками.

В этом же направлении размышляют и представители других государств мира. Например, 27 августа 2016 года, выступая на конференции «International Arbitration in BRICS: Challenges, Opportunities and Road Ahead» в Нью-Дели, министр финансов Индии Арун Джайтли призвал страны БРИКС (то есть также и Россию) создать собственные арбитражные центры мирового класса по разрешению в том числе споров с иностранными инвесторами. Министр обосновал это тем, что международные инвестиционные ар-

битражи небеспристрастны по отношению к развивающимся странам.

3.3.3. Замена МУСИГ рассмотрением споров между государствами

Арбитраж между государствами предусмотрен практически во всех ныне действующих МДИ. Этому же подходу придерживаются и члены ВТО для урегулирования международных торговых споров. Однако в отличие от укрепления разрешения споров между государствами как дополнения к МУСИГ этот вариант предполагает, что разбирательства между государствами будут единственным способом урегулирования инвестиционных споров на международном уровне. Государство гражданства инвестора по своему усмотрению решает, будет ли оно обращаться с иском к принимающему иностранные инвестиции государству. Государствам будет необходимо определить, какой суд должен рассматривать такие споры. Возможные варианты: Международный Суд ООН, арбитражи *ad hoc* или международный суд вроде того, какой предлагает ЕС.

Межгосударственный арбитраж имеет ряд плюсов. Во-первых, замена МУСИГ на межгосударственное разрешение споров может быть одним из способов восстановить доверие стран к режиму МДИ и решить проблему легитимности, которая возникла с МУСИГ, — путём отсеечения необоснованных исков и избегания правовых вопросов, вызывающих острые споры (например, связанных с осуществлением государством своей политики). Во-вторых, этот подход может помочь решить те вопросы, которые делают необходимой реформу МУСИГ. Если говорить более широко, то этот вариант реформы МУСИГ позволяет покончить с привилегиями, которыми МУСИГ наделяет иностранных инвесторов.

Кроме того, опора только на рассмотрение спора на межгосударственном уровне будет соответствовать принципу (который до сих пор исповедуют многие государства мира), что только государства могут предъявлять иски по международному праву к другим государствам. Наконец, в отличие от частных инвесторов государства с меньшей долей вероятности будут использовать определённые типы правовых аргументов, которые в будущем могут быть использованы против них же.

⁴⁰ Любопытно, что в процессуальном праве США этот принцип как раз не действует.

Однако с этим вариантом всё равно возникает ряд проблем. Главная из них — это возможная политизация инвестиционных споров и все её потенциальные последствия (например, усмотрение государства в вопросе подачи и поддержания иска; эскалация коммерческого спора на уровень международных отношений; лоббирование частными компаниями своих интересов). Разрешение споров между государствами также может быть более громоздким и длительным для инвесторов из-за бюрократии в обоих государствах — сторонах спора или хотя бы в одном из них. Оно также может поставить малые и средние компании в менее благоприятное положение по сравнению с крупными компаниями (если в перспективе их дело будет рассматриваться на межгосударственном уровне).

Этот вариант может также создать дополнительные сложности для административных и институциональных ресурсов государств. Кроме того, нужно сначала ответить на вопросы: как будет исполняться решение суда или арбитража, какие средства правовой защиты являются подходящими, как они должны применяться, кто должен нести расходы по рассмотрению спора? Например, статья 8.41 СЕТА отсылает к Нью-Йоркской 1958 года и Вашингтонской 1965 года конвенциям как к основанию для признания и исполнения решений.

Одно из важных последствий этого варианта реформы: разрешение спора на межгосударственном уровне может привести к тому, что суд/арбитраж обяжет государство-ответчика привести свои внутренние меры (признанные нарушением обязательств данного государства по применимому МДИ) в соответствие с этими обязательствами, а не просто выплатить компенсацию за нарушение этого МДИ (как это бывает в настоящей момент при МУСИГ). Конечно, это означает гораздо более серьёзное вмешательство в право государства регулировать иностранные инвестиции, поэтому подобное указание от суда/арбитража до сих пор было невозможным в современном международном праве⁴¹: все международные инвестиционные арбитражи

возлагали в качестве меры ответственности на государства-ответчиков обязанность выплатить истцу компенсацию и — крайне редко — осуществить реституцию.

Также следует учитывать ещё два соображения. Во-первых, этот вариант требует, чтобы арбитраж смог относительно легко определить государство гражданства иностранного инвестора. В случае участия в деле сложных многонациональных корпораций, с филиалами в многочисленных странах и многими уровнями владения это может оказаться затруднительным или даже невозможным. Во-вторых, принимающие иностранные инвестиции государства, возможно, не горят желанием столкнуться с дипломатической защитой со стороны государства гражданства инвестора.

До сих пор есть лишь четыре дела, споры по которым рассматривались на межгосударственном уровне⁴². Поэтому трудно извлечь уроки из межгосударственного арбитража, основанного на МДИ. Опыт межгосударственного разрешения споров в ВТО или в контексте региональных соглашений (в том числе относительно используемых средств правовой защиты — имущественных или неимущественных) может помочь осознать плюсы и минусы этого варианта, но нужно иметь в виду специфику инвестиционных споров.

На наш взгляд, хотя замена МУСИГ межгосударственными спорами и может помочь решить некоторые из существующих проблем, но одновременно она вызовет много новых, которые необходимо решить до начала реформы.

3.3.4. Рассмотрение споров национальными судами

Этот вариант лишает инвесторов права подавать иски против принимающих государств в международные арбитражи: для урегулирования споров с принимающим государством

⁴¹ См.: Miller S., Hicks G.N. Investor-State Dispute Settlement. A Reality Check: A Report of the CSIS Scholl Chair in International Business. URL: https://csis-prod.s3.amazonaws.com/s3fs-public/legacy_files/files/publication/150116_Miller_InvestorStateDispute_Web.pdf (дата обращения: 27.07.2016).

⁴² Мексика против США (2000), Перу против Чили (2003), Италия против Кубы арбитраж ad hoc (2003), Эквадор против США. Постоянная палата третейского суда (2011). Относительно арбитражного решения по спору между Италией и Кубой см.: Hepburn J., Peterson L.E. Newly unearthed jurisdictional ruling reveals that Cuba questioned whether Italian diplomatic protection claims fall under investment treaty's state-to-state arbitration clause // Investment Arbitration Reporter. 2011. 14 November. URL: <http://www.iareporter.com/articles/newly-unearthed-jurisdictional-ruling-reveals-that-cuba-questioned-whether-italian-diplomatic-protection-claims-fall-under-investment-treatys-state-to-state-arbitration-clause> (дата обращения: 23.07.2016).

вом иностранный инвестор вправе обращаться только в национальные суды. В отличие от варианта, когда разрешение споров в национальных судах является условием для обращения иностранного инвестора в международный арбитраж (например, исчерпание местных средств правовой защиты, требования судиться в местных судах), этот вариант предполагает, что национальные суды будут единственным и окончательным механизмом МУСИГ. Однако следует отметить, что его имеет смысл применять только в странах, где урегулирование споров на международном уровне менее важно — благодаря их здоровой правовой системе, хорошему управлению и опыту местных судов.

Безусловно, и этот вариант тоже имеет как плюсы, так и минусы. Аргументы в его пользу такие: государство обращается с иностранными инвесторами так же, как и с национальными инвесторами, что может помочь добиться равенства среди иностранных инвесторов из разных стран. Возможно также укрепление здоровых и хорошо функционирующих правовых и судебных институтов в государствах, принимающих иностранные инвестиции, путём проведения реформ в этих странах. Следовательно, этот вариант может помочь устранить некоторые институциональные недостатки принимающего государства, бороться с которыми изначально были призваны МДИ и механизм МУСИГ.

Рассматриваемый подход является ответом также на следующий аргумент, завоевывающий всё большее симпатию: вместо того, чтобы делать упор исключительно на МУСИГ, важно провести внутренние реформы, направленные на содействие созданию здоровых и хорошо работающих правовых и судебных институтов в государствах, принимающих иностранные инвестиции.

Аргументы против этого варианта вызваны обеспокоенностью в вопросе о том, являются ли национальные суды государства, принимающего иностранные инвестиции, независимыми, нейтральными и эффективными и исполняются ли (и насколько) их решения, особенно в странах со слабым государственным управлением. Кроме того, существуют опасения, что местные суды будут слишком долго рассматривать спор (в том числе из-за тактики затягивания, которой может придерживаться государство-ответчик). В конце

концов, это может привести к тому, что инвесторы не смогут добиться принудительного исполнения обязательств принимающего государства по МДИ. Более того, местные суды могут не обладать компетенцией по применению международного права, поскольку правовые системы многих стран мира не допускают прямого применения международных договоров. Штефан Шилль замечает, что возвращение к разрешению споров в государственных судах (например, если МУСИГ постепенно сойдёт на нет) путём прекращения действия МДИ было бы неправильным шагом: это означало бы, что демократия государства, принимающего инвестиции, сосредоточивается исключительно внутри этого государства (без какого-либо судебного контроля извне), и поэтому инвестор, не найдя достаточных средств правовой защиты, не будет инвестировать в такое государство. МУСИГ, считает он, является институтом, который стоит сохранить, так как МУСИГ может служить в том числе одной из гарантий верховенства права, защищая инвестора от возможной небеспристрастности, коррупции, непрофессионализма и прочих «болезней» государственных судов⁴³.

4. Заключение

Наша страна обозначила своё отношение к реформе МУСИГ в проекте постановления Правительства РФ о правилах заключения соглашений о капиталовложениях с иностранными государствами и их объединениями⁴⁴.

Во-первых, иностранный инвестор будет обязан предъявить государству своё требование, после чего стороны должны попытаться мирно урегулировать спор путём переговоров в течение полугода. Эта процедура существует и сейчас, но государство, как правило, формально выжидает согласованный в ДИДе срок (как правило, также 6 месяцев), не пред-

⁴³ См.: *Schill S. W.* Op. cit.

⁴⁴ В начале августа 2016 года Минэкономразвития России обобщило, что разработало проект постановления Правительства РФ «О заключении соглашений между Правительством Российской Федерации и правительствами иностранных государств, их объединений или международными организациями или иными образованиями, обладающими правом заключать международные договоры, по вопросам поощрения и взаимной защиты капиталовложений». См.: URL: <http://economy.gov.ru/minec/about/structure/depTorg/2016050802> (дата обращения: 05.08.2016).

принимая активных (или вообще никаких) попыток провести переговоры с инвестором и урегулировать спор до обращения инвестора в арбитраж.

Во-вторых, предлагается установить срок давности для подачи исков инвесторами на основе МДИ в 5 лет. Это вполне разумная мера, направленная на защиту интересов государства, но в таком случае логичнее было бы приравнять срок давности для исков по МДИ к общему сроку исковой давности в России — 3 года с момента, когда лицо узнало или объективно должно было узнать о нарушении своего права.

В-третьих, Россия сможет при желании сделать конфиденциальными любые сведения о споре с инвестором. Это, несомненно, негативное явление, так как общество имеет право знать, на что расходуются деньги налогоплательщиков — как в связи с оплатой труда юристов, нанятых государством для представления его интересов, так и в связи с выплатами инвестору в случае вынесения арбитражем решения в его пользу.

В-четвертых, иски к государству в международный арбитраж не смогут подать юридические лица, не ведущие «существенной деловой активности» на территории другого государства — стороны МДИ. Это предложение тоже можно только приветствовать, так как в практике международных инвестиционных арбитражей, действительно, часто встречается ситуация, когда иск подает формально иностранный инвестор — юридическое лицо, а на самом деле за этим юридическим лицом стоят граждане государства, принимающего такие «иностранные» инвестиции. Однако, как правило, защита при помощи МДИ таких «иностранных» инвестиций не противоречит букве применимого МДИ, но противоречит его духу, смыслу и цели.

Наконец, предлагается ввести правило о том, что иностранный инвестор с исками к государству может обращаться только в арбитражи *ad hoc* по правилам ЮНСИТРАЛ и в государственные суды принимающей стороны. Таким образом, исключается обращение в МЦУИС. Это предложение идёт вразрез с общемировой тенденцией: создать единообразие в разрешении таких споров, в том числе путём их рассмотрения в одних и тех же институтах/органах и по одним и тем же правилам.

МУСИГ создаёт преимущества для иностранных инвесторов и потенциальные выгоды для государств — как для государства гражданства инвестора, так и для государства, принимающего инвестиции. Однако в нынешнем виде система страдает от существенных недостатков. Это касается как самой природы МУСИГ, так и процессуальных вопросов и функционирования этой системы. Таким образом, существует настоятельная необходимость в проведении системной реформы урегулирования инвестиционных споров. Однако для этого нет скорых и легких решений. Разные варианты реформы имеют свои плюсы и минусы и создают новые вызовы.

Некоторые из вариантов реформы, рассмотренные выше (например, уточнение содержания отдельных положений МДИ или ограничение доступа инвесторов к МУСИГ), проще в реализации, чем другие. Одни могут быть проведены путём принятия односторонних или двусторонних мер, в то время как другие требуют более масштабных усилий — на региональном, многостороннем или даже универсальном уровнях. Хотя многосторонний подход мог бы пойти дальше остальных в системном решении вопросов, требующих реформирования, он сталкивается с более серьёзными трудностями в реализации и требует согласования с большим числом государств по ряду важных вопросов. Чем больше государств вовлечено в согласование вопросов реформы МУСИГ, тем сложнее её провести — настолько разными могут оказаться интересы государств.

Кроме того, при реформировании механизма МУСИГ необходимо уделить внимание не только тысячам отдельно взятых МДИ, но и существующим многосторонним документам, например Вашингтонской конвенции 1965 года и широко используемому Арбитражному Регламенту ЮНСИТРАЛ. В частности, прекращение участия государства в одном арбитражном учреждении (например, МЦУИС), в зависимости от текста МДИ, может повлечь за собой обращение иностранных инвесторов с исками в другие арбитражи (например, в Арбитражный институт Торговой палаты Стокгольма вместо МЦУИС) или согласно другим арбитражным правилам (например, согласно Арбитражному регламенту ЮНСИТРАЛ вместо Вашингтонской конвенции). Следовательно, этот вариант не только

не достигает преследуемой цели — предотвратить наступление ответственности государства, но и в зависимости от обстоятельств может привести к тому, что спор будет рассматриваться в соответствии с процедурами, менее благоприятными для государства.

Наконец, МУСИГ позволяет добиться принудительного исполнения государствами материально-правовых обязательств, которые государства приняли на себя по МДИ. Следовательно, МУСИГ нельзя рассматривать в изоляции: его нужно рассматривать только в сочетании с закреплёнными в МДИ материально-правовыми нормами о защите инвестиций. Без всеобъемлющего пакета, который отдаёт должное как материально-правовому содержанию МДИ, так и МУСИГ, любая попытка реформы рискует достичь только частичных изменений и потенциально создать новые формы фрагментарности и неопределённости в международном инвестиционном праве. В связи с этим, несомненно, реформу МУСИГ следует воспринимать только как большую часть широкой реформы международного инвестиционного права, курс на которую берёт ООН.

Библиографическое описание:

Рачков И. Реформа международно-правового урегулирования споров между иностранными инвесторами и государствами // Международное правосудие. 2016. № 3 (19). С. 118–136.

Reforming international resolution of disputes between foreign investors and host states

Rachkov Iliya

Candidate of Sciences (Ph.D.) in Law, Associate Professor, International Law, MGIMO University (e-mail: irachkov@kslaw.com).

Abstract

The current system of international resolution of disputes between foreign investors and the states hosting their investments needs to undergo reforms. Both the host states and the investors realize that from existing mechanism bears a number of problems: risk of unexpected consequences from entering into international treaties on foreign investments (e. g. regulatory chill), lack of consistency in the applicable rules of international law and in the dispute resolution, etc. In this article the author shows three possible options for reforming of the existing mechanism by distinguishing between them depending on how radical they are. The *palliative* way of reforming suggests solving existing problems without changing the institute as such. The *modernizing* way suggests adding new elements to the existing model. The *radical* way of reforming offers a substitution of the existing system by other tools which are more up-to-date, from the point of view of many states, and

perhaps more efficient and objective for the resolution of investment disputes. This article shall have a continuation which shall deal with the trends of last years in the area of resolution of disputes between host states and foreign investors.

Keywords

ISDS; international investment law; international investment arbitration; international investment agreements; foreign investments; host states.

Citation

Rachkov I. (2016) Reforma mezhduнародно-pravovogo uregulirovaniya sporov mezhdu inostrannymi investormi i gosudarstvami [Reforming international resolution of disputes between foreign investors and host states]. *Mezhduнародnoe pravosudie*, no. 3 (19), pp. 118–136. (In Russian).

References

- Alvarez G. M., Blaskiewicz B., et al. (2016) A Response to the Criticism against ISDS by EPIA. *Journal of International Arbitration*, vol. 33, no. 1. p. 1–36.
- Beviglia-Zampetti A., Sauve P. (2007) International Investment. In: Sykes A. O., Guzman A. (eds.) *Research Handbook in International Economic Law*, London: Edgar Elder, pp. 211–270.
- Chen T.-F. (2015) Deterring Frivolous Challenges in Investor-State Dispute Settlement. *Contemporary Asia Arbitration Journal*, vol. 8, no. 1, pp. 61–80.
- Hepburn J., Peterson L. E. (2011) *Newly unearthed jurisdictional ruling reveals that Cuba questioned whether Italian diplomatic protection claims fall under investment treaty's state-to-state arbitration clause*. Available at: <http://www.iareporter.com/articles/newly-unearthed-jurisdictional-ruling-reveals-that-cuba-questioned-whether-italian-diplomatic-protection-claims-fall-under-investment-treatys-state-to-state-arbitration-clause> (accessed on 27.07.2016).
- Huaqun Z. (2014) Balance, Sustainable Development and Integration: Innovative Path for BIT Practice. *Journal of International Economic Law*, vol. 17, no. 299, pp. 299–332.
- Lee J. (2015) Resolving Disputes of Treaty Shopping in International Investment Arbitration. *Journal of International Dispute Settlement*, vol. 6, no. 2, pp. 355–379.
- Lazem A., Bantekas I. (2015) The Treatment of Tax as Expropriation in International Investor-State Arbitration. *Arbitration International* 6 May, pp. 1–46.
- Miller S., Hicks G. N. (2015) *Investor-State Dispute Settlement: A Reality Check: A Report of the CSIS Scholl Chair in International Business*. Available at: https://csis-prod.s3.amazonaws.com/s3fs-public/legacy_files/files/publication/150116_Miller_InvestorStateDispute_Web.pdf (accessed on 27.07.2016).
- Redfern A., Hunter M. (2004) *Law and Practice of International Commercial Arbitration*, 4th ed., London: Sweet & Maxwell.
- Schill S. W. (2015) *Reforming Investor-State Dispute Settlement (ISDS): Conceptual Framework and Options for the Way Forward. E15 Initiative*. Geneva: International Centre for Trade and Sustainable Development (ICTSD) and World Economic Forum, p. 8. Available at: <http://www.e15initiative.org> (accessed on 27.07.2016).
- Sornarajah M. (2016) An International Investment Court: panacea or purgatory? *Columbia FDI Perspectives*, no. 180, August 15.
- Welsh N., Schneider A. K. (2013) The Thoughtful Integration of Mediation into Bilateral Investment Treaty Arbitration. *Harvard Negotiation Law Review*, vol. 18, pp. 71–144.

LF

ПЕТЕРБУРГСКИЙ
МЕЖДУНАРОДНЫЙ
ЮРИДИЧЕСКИЙ
ФОРУМ
2017
ST. PETERSBURG
INTERNATIONAL
LEGAL
FORUM



VII ПЕТЕРБУРГСКИЙ МЕЖДУНАРОДНЫЙ ЮРИДИЧЕСКИЙ ФОРУМ

16–20 мая
2017

Программный комитет Форума открыл деловой сезон и приглашает принять участие в формировании деловой программы заседаний в 2017 году.

Предложения по темам круглых столов и возможным спикерам VII ПМЮФ можно направить по адресу:

programmecommittee@spblegalforum.com

Организационный комитет высоко ценит готовность к сотрудничеству и заранее выражает признательность за максимально подробно сформулированные предложения.

ИНФОРМАЦИОННАЯ ПОДДЕРЖКА ФОРУМА:
«СРАВНИТЕЛЬНОЕ КОНСТИТУЦИОННОЕ ОБОЗРЕНИЕ»
«МЕЖДУНАРОДНОЕ ПРАВОСУДИЕ»



www.spblegalforum.ru