

Эволюция института юрисдикционных иммунитетов государств: равный над равным власть имеет?

Владислав Старженецкий*

В статье рассматривается эволюция института юрисдикционных иммунитетов государств и их собственности в современном международном праве под воздействием принципа уважения прав человека, борьбы с терроризмом, необходимости обеспечения права на суд, защиты трудовых, гражданских и коммерческих интересов частных лиц. Анализируются сложности, связанные с формированием на международном и национальных уровнях сбалансированных правовых норм, позволяющих обеспечить интересы всех заинтересованных сторон, а также гарантировать стабильность дружественных отношений между государствами. По итогам делаются выводы о возможных путях развития рассматриваемого правового института.

→ *Юрисдикционные иммунитеты государств и их собственности, права человека, право на суд, допустимые ограничения права на суд, исполнение решений международных судов, экстерриториальная юрисдикция, дипломатические привилегии и иммунитеты, охрана культурных ценностей в международном праве, исполнение судебных решений против иностранных государств*

Анализируя судебную практику национальных и международных судов по вопросу юрисдикционных иммунитетов государств и их собственности за последние 40 лет, можно заметить, что она не отличается единообразием и переживает довольно сложный период поиска гибких и сбалансированных решений, учитывающих множество правовых, гуманитарных, экономических и политических факторов, которые возникают в такого рода делах.

Нетрудно заметить, что национальные суды под влиянием своего внутреннего законодательства, расширительного толкования общепризнанного принципа уважения прав человека и необходимости обеспечения права каждого на справедливое судебное разбирательство всё чаще и чаще принимают к

рассмотрению иски частных лиц к иностранным государствам и выносят негативные для последних судебные решения.

Дело в том, что институт юрисдикционных иммунитетов государств и их собственности стал той сферой, где явным образом начали проявляться противоречия между принципами суверенного равенства государств, невмешательства во внутренние дела, с одной стороны, и принципом уважения прав человека, с другой стороны.

Классический подход, в соответствии с которым государство не может судить или оценивать в своих судах действия другого государства и должно предоставить последнему процессуальный иммунитет от судебного преследования, распространяющийся на все

* Старженецкий Владислав Валерьевич — кандидат юридических наук, доцент факультета права Национального исследовательского университета «Высшая школа экономики» (e-mail: starzhenetskiy@mail.ru).

гражданские, административные и уголовные дела, вряд ли может отвечать реалиям настоящего времени¹. Принцип абсолютного иммунитета постепенно теряет своё доминирующее значение, хотя следует признать, что такая точка зрения не является единодушной².

Современное международное право (в частности, Конвенция ООН о юрисдикционных иммунитетах государств и их собственности 2004 года³, далее — Конвенция ООН, Конвенция Совета Европы об иммунитете государств⁴, далее — Конвенция СЕ), законодательство значительного количества национальных государств⁵ постепенно эволюционируют в сторону признания ограниченного (функционального) юрисдикционного иммунитета, который не распространяется на сферы, в которых права частных лиц требуют приоритетной защиты, и по этой причине интересы дипломатии, международной вежливости, стабильности системы международных отношений не могут над ними превалировать.

Однако на практике применение принципа ограниченного юрисдикционного иммунитета сталкивается со множеством проблем, которые высвечивают всю сложность правового регулирования в этой сфере, требуют тщательного осмысления последствий принятия национальными судами решений против иностранных государств и, возможно, введения новых правовых критериев, которые должны учитываться при решении вопроса об отказе в предоставлении юрисдикционного иммунитета иностранному суверену.

Для удобства изложения мы предлагаем последовательно рассмотреть несколько такого рода проблем, выявленных последней международной и внутрисудебной судебной практикой: 1) о предоставлении юрисдикционных иммунитетов в делах о нарушении прав человека; 2) о категориях судебных дел, в которых юрисдикционные иммунитеты не действуют; 3) о проблемах исполнения судебных актов, принятых против иностранных государств.

1. Юрисдикционные иммунитеты и права человека

Бурное развитие института защиты прав человека в XX веке в международном праве неизбежно привело к переосмыслению многих традиционных концепций и подходов, сложившихся задолго до принятия Всеобщей декларации ООН о правах человека 1948 года и Международного билля о правах в 1966 году. Сфера юрисдикционных иммунитетов не стала исключением.

С конца XX века всё чаще в научной литературе⁶ стала высказываться мысль, что запрет наиболее грубых форм нарушения прав человека (геноцид, преступления против человечности, военные преступления, пытки)⁷ стал нормой *jus cogens*, что данная норма с точки зрения своей иерархии в системе норм международного права занимает более высокое положение, чем нормы о государственном иммунитете⁸, и, следовательно, юрисдикци-

¹ Подробнее см.: *Нешатаева Т. Н.* Международный гражданский процесс. М., «Дело», 2001. С. 87–102. *Хлестова И. О.* Юрисдикционный иммунитет государства. М.: ИД «Юриспруденция», 2007.

² Значительное число государств по-прежнему придерживаются доктрины абсолютного иммунитета, среди которых КНР, Гонконг, Иран, Индонезия, Бангладеш, Никарагуа и др., или занимают консервативную позицию в отношении возможного снятия юрисдикционных иммунитетов иностранных государств. Подробнее см.: *Verdier P.-H. and Voeten E.* (2014) How Does Customary International Law Change? The Case of State Immunity. *International Studies Quarterly*, doi: 10.1111/isqu.12155.

³ В силу пока не вступила, так как не набрала необходимого (30) количества ратификаций. На 10 октября 2014 года Конвенцию ратифицировали 16 государств. РФ подписала, но не ратифицировала данную Конвенцию.

⁴ Конвенция вступила в силу, в ней участвуют 8 государств. РФ не участвует в данной Конвенции.

⁵ Например, Великобритания (the State Immunity Act 1978); Канада (State Immunity Act 1982); Австралия (Foreign State Immunities Act 1985); Малайзия (Immunities and Privileges Act 1984); Пакистан (State Immunity Ordinance 1981); Сингапур (State Immunity Act 1979); Южная Африка (Foreign State Immunities Act 1981).

⁶ В частности: *Belsky A., Merva M. and Roht-Arriaza N.* Implied Waiver Under the FSIA: A Proposed Exception to Immunity for Violation of Peremptory Norms of International Law, 77 Calif LR (1989) 365; *Caplan L.M.* State Immunity, Human Rights, and Jus Cogens: a Critique of the Normative Hierarchy Theory, 97 AJIL (2003) 741. *Bianchi A.* Denying State Immunity to Violators of Human Rights, 46 Austrian J Publ Int'l L (1994) 195; *Ziman G.M.* Holding Foreign Governments Accountable for Their Human Rights Abuses: A Proposed Amendment to the Foreign Sovereign Immunities Act of 1976, 21 Loy. L.A. Int'l & Comp. L. Rev. 185 (1999). URL: <http://www.digitalcommons.lmu.edu/ilr/vol21/iss1/10> (дата обращения: 20.11.2014).

⁷ Наиболее грубые нарушения прав человека в международном праве, признанные таковыми Конвенцией ООН против пыток 1984 года, Женевскими конвенциями о защите жертв войны 1949 года, Римским статутом Международного уголовного суда 1998 года.

⁸ В частности: *Bröhmer J.* State Immunity and the Violation of Human Rights. Brill, 1997; *De Sena P. and De Vittor F.* State Immunity and Human Rights: The Italian Supreme Court Decision on the Ferrini Case EJIL (2005). Vol. 16. No. 1, 89–112.

онные иммунитеты вообще не должны предоставляться в делах, где речь идёт о таких грубых нарушениях прав человека. Появились и первые судебные решения, в которых давались развёрнутые объяснения, почему юрисдикционный иммунитет не может быть препятствием для рассмотрения дела⁹.

Можно сказать, что в настоящее время отправной точкой в такого рода дискуссиях служат правовые позиции Международного Суда ООН (далее — МС ООН), изложенные в делах *Германия против Италии* и *Демократическая Республика Конго против Бельгии*. Суть этих правовых позиций сводится к тому, что юрисдикционные иммунитеты государств являются не просто нормами международной вежливости, а занимают важное место в международном праве и международных отношениях и вытекают из принципа суверенного равенства государств. МС ООН отказался признавать наличие какого-либо конфликта между принципом уважения прав человека и нормами о юрисдикционных иммунитетах, указав на то, что нормы об иммунитетах всегда носят предварительный, процессуальный характер и должны уважаться вне зависимости от того, какие обвинения и какой степени тяжести вменяются в вину государству или его должностным лицам¹⁰.

Европейский Суд по правам человека (далее — ЕСПЧ) придерживается аналогичных подходов и не признаёт автоматического нарушения статьи 6 Европейской конвенции о защите прав человека и основных свобод (далее — ЕКПЧ), если национальные суды стран Совета Европы отказываются рассматривать дела, возбуждённые против иностранных суверенов, на основании базовых принципов международного обычного права¹¹. Ограничение для доступа в суд, основанное на юрисдикционных иммунитетах иностран-

ного государства, считается преследующим публичную цель, так как является необходимым условием для хороших межгосударственных отношений и отражает принципы международной вежливости¹². Указанные публичные интересы могут иметь приоритет над интересами частных лиц и при этом не нарушать положения статьи 6 ЕКПЧ¹³.

Так, в деле *Al-Adsani v. the United Kingdom*¹⁴ лицо с двойным гражданством Кувейта и Великобритании предположительно подверглось пыткам и бесчеловечному, унижающему человеческое достоинство обращению в период своего нахождения в Кувейте. После своего возвращения в Великобританию оно возбудило гражданское дело против Правительства Кувейта. Английские суды отказались рассматривать его жалобу в отношении Правительства Кувейта на основании юрисдикционного иммунитета Кувейта.

ЕСПЧ отметил, что Великобритания не нарушила своих обязательств по ЕКПЧ, так как возможные нарушения имели место вне пределов Великобритании и власти Великобритании не имели к этому никакого отношения; что предоставление Кувейту иммунитета от судебного разбирательства преследовало очевидную публичную цель, основывалось на нормах международного права и ограничение прав заявителя на доступ в суд не может рассматриваться в качестве произвольного и несправедливого.

В другом деле *Fogarty v. the United Kingdom*¹⁵ заявительница возбудила в английских судах производство против США из-за отказа продлить с ней служебный контракт. Заявительница считала, что данный отказ является дискриминационным и нарушает её права. США заявили о своём иммунитете, так как должности, на которые претендовала заявительница, относились к

⁹ См. Prefecture of Voiotia v. Federal Republic of Germany, case No. 11/2000, Areios Pagos (Hellenic Supreme Court, 4 May 2000, relating to the same incident as in the German case, Ferrini v. Federal Republic of Germany, Italy, Court of Cassation, Judgment No. 5044 of 11 March 2004, relating to forced deportation, held by the court to be an international crime, of an Italian national by German forces to work in a German industrial concern during the Second World War, Giovanni Mantelli and others v. Federal Republic of Germany, Italy, Court of Cassation, Judgment No. 14201 of 29 May 2008.

¹⁰ Подробно о правовых позициях МС ООН в деле Германия против Италии см: Вайпан Г., Ивлиева А. Дело о юрисдикционных иммунитетах (Германия против Италии, при участии Греции): один шаг вперед, два шага назад? // Международное правосудие. 2012. № 2. С. 18—31.

¹¹ Guide on Article 6 of the European Convention. URL: http://www.echr.coe.int/Documents/Guide_Art_6_ENG.pdf (дата обращения: 22.11.2014).

¹² ECHR. Fogarty v. the United Kingdom [GC]. § 34; Al-Adsani v. the United Kingdom [GC]. § 54; Treska v. Albania and Italy, (dec.).

¹³ ECHR. Al-Adsani v. the United Kingdom [GC]. § 67; Fogarty v. the United Kingdom [GC]. § 39; McElhinney v. Ireland [GC]. § 38.

¹⁴ ECHR. Al-Adsani v. the United Kingdom [GC]. No. 35763/97. 21 November 2001.

¹⁵ ECHR. Fogarty v. the United Kingdom [GC]. No. 37112/97. 21 November 2001.

категории административных и технических должностей посольства, на которые распространялся иммунитет.

ЕСПЧ не признал нарушения норм ЕКПЧ, так как счёл, что спор касался не существующих обязательственных или трудовых отношений, а возможной дискриминации в процессе приёма на работу. А процесс приёма на работу сотрудников иностранных посольств или консульств может затрагивать различные чувствительные и конфиденциальные вопросы, относящиеся к дипломатической и организационной политике иностранных государств.

Может показаться, что проблема соотношения юрисдикционных иммунитетов и прав человека после вынесения вышеупомянутых постановлений МС ООН и ЕСПЧ уже окончательно решена в пользу первых. Однако следует отметить несколько примеров, которые показывают, что ставить точку в этой дискуссии пока рано.

Во-первых, не все государства согласились с широкой трактовкой юрисдикционных иммунитетов МС ООН.

Так, 22 октября 2014 года Конституционный суд Италии вынес решение¹⁶, которым признал неконституционными положения внутреннего законодательства Италии об иммунитете иностранных государств от судебного преследования, принимавшиеся в целях исполнения постановления МС ООН по делу *О юрисдикционных иммунитетах (Германия против Италии, при участии Греции)* и соблюдению Италией своих международных обязательств по Уставу ООН. Конституционный суд Италии прямо указал на то, что итальянская правовая система не признаёт иммунитет иностранного государства в делах, касающихся военных преступлений и преступлений против человечности, в отличие от норм международного обычного права¹⁷.

Указанное решение Конституционного суда Италии серьёзно осложнило исполнение Италией упомянутого постановления МС ООН¹⁸, а также вновь в довольно остром ключе поставило вопрос о соотношении общепринятых норм международного права с национальным правом государств — участников ООН, о негативных последствиях различного понимания правовых норм в международной и национальных правовых системах, о возможной дезинтеграции международного правового порядка.

В этом контексте также можно вспомнить про законодательство США, которое позволяет прямо игнорировать юрисдикционный иммунитет иностранного государства, если речь идёт о гражданско-правовых требованиях американских лиц возместить убытки в денежной форме к государству, которое в установленном порядке было признано «государством — спонсором терроризма» (требования о причинении вреда жизни и здоровью в результате пыток, внесудебных казней, диверсии на борту воздушных судов, захвата заложников)¹⁹.

В разное время к таким «государствам, спонсирующим терроризм», США причисляли Кубу, Иран, Ирак, Ливию, Северную Корею, Судан, Сирию. Американские суды начиная с 1996 года, когда были приняты соответствующие поправки к Закону США об иммунитете иностранных государств (Foreign Sovereign Immunities Act), вынесли более 50 судебных решений, присудив жертвам терроризма более 20 млрд долл. США²⁰.

В ответ на это некоторые из указанных государств (в частности, Куба и Иран) также приняли у себя зеркальные законы, позволяющие преследовать в своих судах и предъявлять многомиллионные иски к США за нарушение прав своих граждан и вмешательство во внутренние дела²¹.

¹⁶ Italy, Constitutional Court. Judgment No. 238/2014. October 22, 2014.

¹⁷ Краткое изложение постановления суда на английском языке. URL: <https://www.dl.dropboxusercontent.com/u/39082100/Italian%20Constitutional%20Court%20Judgment%20238-2014.pdf> (дата обращения: 20.11.2014).

¹⁸ *Tams Ch.* Let the Games Continue: Immunity for War Crimes before the Italian Constitutional Court (блог Европейского журнала международного права: URL: <http://www.ejiltalk.org/let-the-games-continue-immunity-for-war-crimes-before-the-italian-supreme-court/>) (дата обращения: 20.11.2014).

¹⁹ Foreign Sovereign Immunities Act, 28 U.S. CODE § 1605A — Terrorism exception to the jurisdictional immunity of a foreign state.

²⁰ См. Обзор судебной практики США: *Elsea J.K.* Report for Congress “Suits Against Terrorist States by Victims of Terrorism”. URL: <http://www.fpc.state.gov/documents/organization/105175.pdf> (дата обращения: 20.11.2014).

²¹ Law Library of Congress, Suits Against Terrorist States: Cuba (February 2002) (Rept. No. 2002-11904); Law Library of Congress, Iran; *Theodoulou M.* Tehran Court Rules Against US. Christian science monitor. February 3, 2003. P.6. URL: <http://www.csmonitor.com/2003/0203/p06s01-wome.html> (дата обращения: 20.11.2014).

С точки зрения США, принятие и столь широкое применение специального исключения для государств — спонсоров терроризма служит дополнительной правовой гарантией для граждан США и сдерживающим фактором против государств, которые планируют осуществление террористических актов в отношении американских граждан.

Однако с точки зрения общепризнанных норм международного права такой подход не может не вызывать многочисленных вопросов. Может ли подозрение иностранного государства в спонсировании терроризма быть достаточным основанием для снятия юрисдикционного иммунитета? Является ли терроризм более страшным, юридически значимым преступлением, чем военные преступления, которые были предметом оценки МС ООН в деле *Германия против Италии*? Каким образом гарантируются процессуальные права ответчиков, право на справедливое разбирательство дела (в первую очередь с точки зрения политической беспристрастности судей, а также всестороннего исследования доказательств) в производствах против иностранных суверенов в национальных судах США и не является ли их исход предreshённым? Насколько легитимны решения национальных судов, вынесенные против иностранных государств в порядке заочного производства (а таких абсолютное большинство)? Могут ли интересы граждан США перевешивать незыблемость принципа *par in parem non habet jurisdictionem* в международном праве?

Во-вторых, анализ последней западной судебной практики показывает, что юрисдикционный иммунитет иностранного государства, в общем-то, сравнительно легко обойти и получить сходный результат. Для того чтобы косвенно осудить действия иностранного государства, можно нацелиться на экстерриториальное уголовное преследование долж-

ностных лиц и иных лиц, за действия которых иностранное государство несёт ответственность согласно международному праву, или на предъявление гражданских исков к тем же лицам о возмещении вреда в индивидуальном качестве.

Примеров экстерриториального уголовного преследования иностранных чиновников (действующих и находящихся в отставке) уже довольно много²².

Несмотря на вынесение МС ООН своих постановлений от 14 февраля 2002 года по делу *Демократическая Республика Конго против Бельгии* и от 4 июня 2008 года по делу *Джибути против Франции*, в которых суд подтвердил своё осторожное отношение к такому чувствительному вопросу, как уголовное преследование иностранных должностных лиц, можно констатировать наличие больших разногласий между государствами в отношении того, насколько широко должна трактоваться категория «официального лица», кто из них должен обладать иммунитетом *ratione personae* (какие высшие государственные официальные лица должны получать персональный иммунитет, за исключением глав государств, глав правительств и министров иностранных дел, в отношении которых консенсус сложился), как должен трактоваться иммунитет *ratione materiae* (какие действия могут и должны считаться действиями государства, в каких пределах должен действовать функциональный иммунитет), в отношении каких преступлений юрисдикционный иммунитет должен действовать, можно ли использовать институт универсальной юрисдикции для преследования официальных лиц за преступления против человечности и военные преступления и т. д.²³

С учётом бурно развивающейся практики вполне логичным представляется тот факт, что Комиссия по международному праву

²² Можно привести примеры преследования экс-президента Чили Аугусто Пиночета со стороны испанского и английского правосудия, аргентинского военного офицера Рикардо Мигеля Кавалло (Ricardo Miguel Cavallo), бывших китайских лидеров Цзян Цзинминя (Jiang Zemin) и Ли Пэна (Li Peng) со стороны испанской юстиции, практику бельгийских судов в отношении бывшего премьер-министра Израиля Ариэля Шарона, палестинского лидера Ясира Арафата, экс-президента Чада Хиссена Хабре (Hissene Habre) и иные.

²³ Report and resolution of International Law Institute (INSTITUT DE DROIT INTERNATIONAL) "The fundamental rights of the person and the immunity from jurisdiction in international law" (Rapporteur Lady Fox), 2009, the Resolution on "Universal Criminal Jurisdiction with respect to the crimes of genocide, crimes against humanity and war crimes" (Rapporteur Mr. Christian Tomuschat), and the Resolution on "Erga omnes obligations and rights" (Rapporteur Mr. Giorgio Gaja). URL: <http://www.idi-ii.org/idiE/resolutionse> (дата обращения: 25.11.2014); *Ryngaert C. Jurisdiction in International Law*. Oxford, 2008. P.85–133; *Webb Ph. Immunities and Human Rights: Dissecting the Dialog in National and International Courts* // *The Practice of International and National Courts and the (De-) Fragmentation of International Law* / Ed. by Ole Kristian Fauchald and Andre Nollkaemper. Hart Publishing, 2012. P.245–265. *Akan-*

ООН с 2007 года активно занимается подготовкой проекта статей об иммунитете государственных должностных лиц от иностранной уголовной юрисдикции²⁴, что может способствовать формированию единообразных подходов на международном и национальном уровнях регулирования.

Кроме уголовно-правового, ещё одним вариантом преследования иностранных должностных лиц за грубые нарушения прав человека является осуществление экстерриториальной гражданской юрисдикции²⁵, посредством которой государство может предоставить своим судам юрисдикцию по рассмотрению гражданских исков по заявлениям жертв грубых нарушений прав человека, вне зависимости от того, где территориально такие нарушения имели место.

Пионером в этой области права являются США, где на законодательном уровне приняты два акта — Закон о требованиях иностранных лиц, касающихся нарушения их прав (Alien Tort Claims Act), и Закон о защите жертв пыток (Torture Victim Protection Act), позволяющие судить виновных иностранных (официальных и не только) лиц в судах США и взыскивать с них убытки.

Закон о требованиях иностранных лиц, касающихся нарушения их прав, был принят ещё в 1789 году, однако стал активно использоваться в американской судебной системе только с начала 80-х годов XX века. В сферу данного закона попадают действия, нарушающие универсальные международно-правовые стандарты защиты в области прав человека (такие нарушения, как пытки, внесудебные казни, геноцид, пиратство, рабство и некоторые другие). Положениями закона могут воспользоваться любые иностранцы, находящиеся в США.

Закон о защите жертв пыток был принят в 1992 году и был нацелен на предоставление гражданам США (их наследникам) средств правовой защиты, если они стали жертвами пыток или внесудебных казней за рубежом.

Оба закона достаточно активно используются в судах США, позволяют привлечь к ответственности тех, кто виновен в грубых нарушениях прав человека, присудить жертвам значительные (по несколько миллионов долларов США) суммы компенсации, включая карательные (*punitive damages*) убытки²⁶.

В ответ на вопрос о том, почему только США используют описанный правовой механизм и уже долгое время находятся в гордом одиночестве, можно заметить, что заинтересованные государства возражают²⁷ против экстерриториальной юрисдикции американских судов, так как такая практика «законов длинной руки» создаёт слишком далеко идущие и непредсказуемые последствия, идёт вразрез с исключительной компетенцией национальных судов тех государств, в которых произошли возможные нарушения прав человека, и представляет собой вмешательство во внутренние дела таких государств, а также влечёт риски правовой неопределённости для частных лиц.

Возможно, под влиянием этих аргументов Верховный суд США в деле *Kiobel v. Royal Dutch Petroleum Co*²⁸ в 2013 году решил резко сузить сферу действия Закона о требованиях иностранных лиц, касающихся нарушения их прав, постановив, что он не имеет экстерриториального характера и не затрагивает деятельность, происходящую на территории иностранного государства и не имеющую никакой связи с США²⁹. Такой подход, скорее всего, в будущем исключит или сведёт к минимуму предъявление гражданско-пра-

de D., Shah S. Immunities of State Officials, International Crimes, and Foreign Domestic Courts. *Eur J Int Law* (2010) 21 (4): 815–852 doi:10.1093/ejil/chq080. Judgment of the US Supreme Court in *Samantar v. Yousuf*, 130 S. Ct. 2278 (2010); Judgment of the House of Lords in *Jones v. Ministry of Interior of Kingdom of Saudi Arabia* [2006] 2 WLR 1424.

²⁴ Подробно о работе Комиссии по международному праву ООН по данному вопросу см. по ссылке: URL: http://www.legal.un.org/ilc/guide/4_2.htm (дата обращения: 25.11.2014).

²⁵ *Ryngaert C.* Universal Tort Jurisdiction over Gross Human Rights Violations (2007) NYIL 3.

²⁶ Подробнее обзор судебной практики США см.: *Shelton D.* Remedies in International Human Rights Law. Oxford, 2006. P. 159–171.

²⁷ Например, см.: Brief of the Governments of the Commonwealth of Australia, the Swiss Confederation and the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland as *amici curiae* in support of the petitioner, U.S. Supreme Court, *Sosa v. Alvarez-Machain*, 23 January 2004. P. 6. URL: <http://www.sdshh.com/Alvarez/Sosa%20Brief%20Final.pdf> (дата обращения: 25.11.2014).

²⁸ *Kiobel v. Royal Dutch Petroleum Co.* 133 S.Ct. 1659 (2013).

²⁹ *Childress D.* Kiobel commentary: An ATS answer with many questions (and the possibility of a brave new world of transnational litigation, SCOTUSblog (Apr. 18, 2013, 5:03 PM). URL: <http://www.scotusblog.com/2013/04/kiobel-commentary-an-ats-answer-with-many-questions-and-the-possibility-of-a-brave-new-world-of-transnational-litigation> (дата обращения: 25.11.2014).

вовых требований и к иностранным официальным лицам в США.

*Можно сделать общий вывод о том, что в настоящий момент интересы защиты фундаментальных прав человека не позволяют преодолеть юрисдикционный иммунитет государства; за очень редким исключением (для государств — спонсоров терроризма) это означает отсутствие у национальных судов компетенции в отношении разбирательств, касающихся прямой ответственности иностранного государства за грубые нарушения прав человека; наиболее проблематичной с точки зрения юрисдикционных иммунитетов представляется сфера экстерриториальной (уголовной или гражданской) юрисдикции национальных судов, когда речь заходит об ответственности официальных лиц иностранного государства в индивидуальном качестве за грубые нарушения прав человека и возникает вопрос об объёме иммунитетов таких лиц *ratione personae* и *ratione materiae*.*

2. Об изъятиях из юрисдикционного иммунитета

Основным методологическим приёмом, который используется в настоящее время в национальных правовых системах и в международном праве и который позволяет ответить на вопрос о предоставлении или отказе в предоставлении юрисдикционного иммунитета иностранному суверену, является анализ природы отношений, из которых возник спор. Для этого действия государства условно подразделяются на действия *jure imperii* (относящиеся к действиям государства в суверенном качестве) и действия *jure gestionis* (относящиеся к действиям государства в торговой, финансовой, коммерческой, иной частной сфере)³⁰. Юрисдикционный иммунитет государства распространяется только на первые.

Каталог допустимых ограничений государственного иммунитета, из которых исходят Конвенция ООН, Конвенция СЕ, а также специальные законы об иммунитете государств тех стран, которые придерживаются концепции функционального иммунитета, вы-

глядит следующим образом: 1) споры из коммерческих сделок, в которых иностранное государство выступает стороной сделки; 2) споры из трудовых договоров между иностранным государством и физическим лицом относительно работы, которая должна быть выполнена в государстве суда; 3) споры, касающиеся возмещения вреда, причинённого иностранным государством личности или собственности лица, находящегося на территории государства суда; 4) споры о движимом и недвижимом имуществе, находящемся на территории государства суда; 5) споры о правах на интеллектуальную собственность, охраняемую на территории государства суда; 6) споры, касающиеся участия иностранного государства в компании или другом объединении, зарегистрированном в государстве суда; 7) споры из эксплуатации судов иностранного государства, используемых в коммерческих целях.

На первый взгляд, этот приём, дифференцирующий действия *jure imperii* и действия *jure gestionis*, выглядит очень удобным и не должен вызывать особых проблем на практике, так как в его основе лежит довольно простая идея, позволяющая прояснить ту роль, которую государство играет в спорных правоотношениях. Он также представляется сбалансированным по отношению к основополагающим принципам суверенного равенства государств и невмешательства в их внутренние дела, так как политическая сфера деятельности иностранного суверена по-прежнему остаётся под защитой юрисдикционного иммунитета.

Но современная национальная и международная практика убедительно показывают, что многие правоотношения с трудом поддаются такому «препарированию» на действия *jure imperii* и действия *jure gestionis*. В основной своей массе отношения носят смешанный, комплексный характер, и порой отделить одно от другого на практике представляет собой непростую задачу. Можно привести примеры, которые хорошо иллюстрируют сказанное: спор из контракта на строительство военной базы, из договора на поставку военного снаряжения и боеприпасов, разбирательства по поводу государственных закупок лекарственных препаратов для борьбы с лихорадкой или

³⁰ Например, *Brownlie I. Principles of International Law. Oxford, 2008. 7th edition. P.330–336.*

для решения иных общенациональных задач, споры, касающиеся изобретений, содержащих сведения, составляющие государственную тайну, выплаты долга по государственным облигациям и иные. В одних государствах такие действия могут относиться к ведению нормальной коммерческой деятельности, а в других — к осуществлению государственной политики.

Предвидя эти сложности, Комиссия по международному праву ООН при подготовке проекта статей о юрисдикционных иммунитетах государств и их собственности и комментариев к ним³¹ предложила сделать несколько важных оговорок, которые позволили бы избежать наиболее сильных расхождений в подходах государств. Эти предложения были впоследствии инкорпорированы в текст Конвенции ООН, что и придало данному документу достаточную степень гибкости.

Во-первых, к таким положениям можно отнести подход, закреплённый в пункте 2 статьи 2 Конвенции ООН, согласно которому при определении того, является ли контракт или сделка «коммерческой сделкой», следует прежде всего исходить из природы этого контракта или сделки, однако следует также учитывать их цель, если стороны контракта или сделки договорились об этом или если, согласно практике государства суда, эта цель имеет отношение к определению некоммерческого характера этого контракта или сделки. Как мы можем увидеть, Конвенция ООН прямо ориентирует на комплексную оценку отношений — оценку не только объективных факторов (коммерческая, хозяйственная природа сделки), но и субъективных (цели, которые преследует государство). Такой *смешанный, объективно-субъективный подход* является полезным и довольно прагматичным в делах, связанных с юрисдикционными иммунитетами.

Однако у такого подхода есть и свои побочные эффекты, которые заключаются в

высокой правовой неопределённости конечного результата. Особенно явно эта негативная сторона проявляется в спорах, где речь идёт об имуществе инвесторов, контролируемых иностранным государством (иностранные суверенные фонды, центральные банки, государственные предприятия). Не секрет, что данные субъекты могут быть активно вовлечены в различные инвестиционные, финансовые проекты, преследуя цель сохранения и приумножения находящихся в их пользовании активов. Должны ли такие споры изыматься из категории коммерческих, а сами активы иностранного государства пользоваться иммунитетом³²?

В рамках Организации экономического развития и сотрудничества в 2010 году было проведено исследование на данную тему³³, которое хорошо показывает имеющиеся риски в данной сфере. Государства по-разному интерпретируют сочетание объективных и субъективных факторов, отдавая больший вес то одним, то другим, а имеющаяся практика довольно противоречива и не отличается единообразием. Так, итальянский Кассационный суд в деле об облигациях, выпущенных Аргентиной, постановил, что изначально действия Аргентины носили частнопредпринимательский характер и не подпадали под иммунитет, однако после объявленного дефолта ситуация изменилась, так как речь шла уже о действиях государства в публичных целях для преодоления серьёзного экономического кризиса, которые не могли рассматриваться и оцениваться итальянскими судами³⁴. Подход немецких³⁵ и американских³⁶ судов по этому же вопросу сводился к тому, что, если государство вступило в рыночные отношения, их характеристика в качестве коммерческих впоследствии не меняется, даже если происходит государственный дефолт.

Во-вторых, Конвенция ООН прямо изымает из своей сферы действия дипломатические привилегии и иммунитеты, которыми в

³¹ Draft articles on Jurisdictional Immunities of States and Their Property, with commentaries. URL: http://www.legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/4_1_1991.pdf (дата обращения: 28.11.2014).

³² См., например, дискуссию по этому поводу в деле об иммунитете активов Центрального банка Казахстана в Великобритании от исполнения по решению международного инвестиционного арбитража. (*AIG Capital Partners Inc. and Another v. Kazakhstan* [2005] EWHC 2239 (Comm.), 129 ILR 589).

³³ *Gaukrodger D.* Foreign State Immunity and Foreign Government Controlled Investors, OECD Working Papers on International Investment, 2010/02, OECD Publishing. URL: <http://www.dx.doi.org/10.1787/5km91p0ksqs7-en> (дата обращения: 28.11.2014).

³⁴ *Borri Loca v. Republic of Argentina*. Cassazione civile (sez. un.). Decision No. 11225 of 27 May 2005.

³⁵ Hazel Fox, *The Law of State Immunity*, 2d ed. 2008. P.517.

³⁶ *NML Capital, Ltd. v. Republic of Argentina*, 699 F.3d 246 (2nd Cir. 2012).

соответствии с международным правом пользует государство и его должностные лица (ст. 3 Конвенции). Важность данного исключения можно продемонстрировать на примере дела *Маноилеску и Добреску против Румынии и России*³⁷, рассмотренном ЕСПЧ.

Обстоятельства дела сводятся к следующему. Предметом спора являлась недвижимость в Снагове и Бухаресте (Румыния). Данная недвижимость после Второй мировой войны была национализирована у собственников без выплаты компенсации. Впоследствии недвижимость была на основании различных государственных актов официально передана Румынией в собственность СССР и использовалась советской дипломатической миссией. После принятия в Румынии закона о реституции в 1996 году наследники бывших собственников начали юридические процедуры, направленные на возврат своей недвижимости, находящейся в собственности Российской Федерации. Заявители пытались оспорить принятые румынскими властями действия по национализации их имущества и переход прав собственности на национализированное имущество к Российской Федерации. Органы исполнительной и судебной власти Румынии согласились с ними и постановили, что собственники имеют право на реституцию утраченного имущества и что спорная недвижимость должна быть им возвращена. Однако вернуть спорное имущество заявителям оказалось невозможно, так как оно было занято дипломатической миссией Российской Федерации, и она отказалась возвращать спорное имущество на добровольной основе. В результате ЕСПЧ не признал нарушение прав заявителей, гарантированных статьёй 6 ЕКПЧ (право на исполнение судебных актов) и статьёй 1 Протокола № 1 к ЕКПЧ (право на уважение своей собственности), восприняв правовую позицию Румынии и России.

Анализируя обстоятельства данного дела, можно заметить, что описанные выше правоотношения формально подпадают под исключение о спорах о недвижимом имуществе, находящемся на территории государства суда, как это предписывают статья 9 Конвенции СЕ и статья 13 Конвенции ООН. Предметом

спора являлись права на недвижимость, которая находилась в Румынии, но принадлежала Российской Федерации. Компетентным судом по спорам о данной недвижимости являлся румынский суд. В то же время трудно не согласиться с тем, что публичная составляющая в данном деле явно перевешивает частноправовую, так как речь идёт о помещениях, предназначенных и используемых для суверенных, дипломатических целей. В отношении такого рода споров у России должен был быть юрисдикционный иммунитет как от самого судебного разбирательства, так и от исполнения возможного судебного решения. Исключение для дипломатических представительств и консульств прямо установлено в статье 32 Конвенции СЕ и статье 3 Конвенции ООН.

Возникший же конфликт в частноправовой сфере может быть решён стараниями государства, под чьей юрисдикцией находятся заявители, путём выплаты справедливой компенсации за утраченное имущество, предоставления равнозначной собственности или иным сходным образом.

Следует, однако, признать, что, если бы предметом спора являлась обычная государственная, а не защищённая дипломатическим иммунитетом собственность, предсказать исход такого спора в румынских судах было бы очень проблематично.

В-третьих, Конвенция ООН содержит ряд специальных норм, которые позволяют государствам сохранить свои юрисдикционные иммунитеты в отдельных случаях, в которых публичные интересы преобладают над частными. К ним можно отнести исключение из сферы действия статьи 11 тех споров, в которых речь идёт о выполнении работником своих обязанностей в порядке осуществления государственной власти (включая дипломатическую и консульскую службу), а также аккратные формулировки статьи 15 в отношении корпоративных отношений с участием иностранного государства и иные.

В качестве примера здесь может выступить дело *Sabeh El Leil v. France*, рассмотренное ЕСПЧ³⁸. Заявитель являлся французским гражданином и работал бухгалтером, а затем и главным бухгалтером в посольстве

³⁷ ECHR. *Manoilescu and Dobrescu v. Romania and Russia* (dec.). 03.03.2005. App. No. 60861/00.

³⁸ ECHR. *Sabeh El Leil v. France* [GC]. No. 34869/05. 29 June 2011.

Кувейта в Париже. После своего увольнения он решил обжаловать его во французском Трибунале по трудовым спорам, который встал на сторону истца и обязал посольство выплатить компенсацию. Однако впоследствии Апелляционный суд Парижа, поддержанный Кассационным судом Франции, отменил данное решение, сославшись на то, что должность главного бухгалтера предполагала выполнение государственно-властных функций для правительства Кувейта и по этой причине данный спор неподсуден судам Франции из-за государственного иммунитета Кувейта.

Большая Палата ЕСПЧ единогласно признала нарушение прав заявителя. Суд отметил, что исключения из сферы действия статьи 11 Конвенции ООН должны толковаться ограничительно. Поскольку заявитель формально не относился и не имел статуса дипломатического или консульского работника посольства Кувейта, а также не являлся гражданином Кувейта, французские суды не могли применять презумпцию выполнения им государственно-властных полномочий без подробного исследования всех обстоятельств спора, чего сделано не было.

И всё же, несмотря на титанические и заслуживающие всяческого уважения усилия разработчиков Конвенции ООН, она не оставляет впечатление завершенности и, следует признать, не создаёт всеобъемлющего универсального регулирования. Многие её положения могут по-разному трактоваться и пониматься государствами (на уровне законов) и их судами (на уровне судебной практики). Представляется, что не все жизненные ситуации в полной мере охватываются, а существующие положения нуждаются в ещё большей гибкости на тот случай, если публичные интересы всё-таки будут перевешивать частные. Возможно, в этом и заключается причина осторожного отношения и медленной ратификации Конвенции государствами ООН³⁹.

Указанное замечание можно проиллюстрировать на двух примерах, касающихся России.

Пример № 1 «Спор о правах на «Библиотеку Шнеерсона»

«Библиотека Шнеерсона» является крупным собранием древнееврейских книг и ру-

кописей, первая часть которых была в ходе Первой мировой войны вывезена Иосифом Шнеерсоном из Любавичей в Москву и впоследствии национализирована на основании Декрета Совета Народных Комиссаров РСФСР о научных фондах 1918 года; вторая часть коллекции во время Второй мировой войны была захвачена немецкими войсками, а затем в качестве трофея снова вернулась в Россию. На момент спора книги и рукописи хранились в Российской государственной библиотеке и Российском государственном военном архиве.

В начале 90-х годов представители любавичских хасидов пытались использовать доступные юридические процедуры в России и получить «Библиотеку Шнеерсона» в свою собственность, но после серии противоречивых судебных решений в 1992 году Пленум Высшего Арбитражного Суда РСФСР постановил оставить коллекцию в государственной собственности.

После этого в 2004 году в федеральный суд США по округу Колумбия (*далее* — *окружной суд*) представителями любавичских хасидов (некоммерческой организацией «Агудас Хасидей Хабад Соединённых Штатов») был предъявлен иск к Российской Федерации, её Министерству культуры и массовых коммуникаций, Российской государственной библиотеке и Российскому государственному военному архиву о возврате «Библиотеки Шнеерсона».

В 2006 году окружной суд отклонил все требования к Российской государственной библиотеке на основании Закона США об иммунитете иностранных государств, но не к Российскому государственному военному архиву⁴⁰. Стороны подали апелляцию, и 13 июня 2008 года Апелляционный суд США по округу Колумбия постановил, что у России нет правовых оснований использовать свой юрисдикционный иммунитет в рамках данного спора. После этого Россия вышла из судебных разбирательств, отказавшись участвовать в них в качестве стороны, ссылаясь на свой иммунитет от судебных разбирательств. В 2010 году состоялось заочное судебное решение по этому делу, согласно которому Россия обязана была вернуть полное собрание любавичским хасидам⁴¹.

³⁹ На 10.10.2014 таких государств было всего 16.

⁴⁰ *Agudas Chasidei Chabad v. Russian Federation*. 466 F. Supp. 2d 6, 10-14 (D.D.C. 2006).

⁴¹ *Agudas Chasidei Chabad of U.S. v. Russian Fed'n (Chabad II)*. 729 F. Supp. 2d 141 (D.D.C. 2010).

Какие аргументы были положены в основу вывода о том, что Россия не обладает юрисдикционным иммунитетом по данному спору? Исследуя вынесенные американскими судами судебные акты, можно прийти к заключению, что главной причиной являлся довод о том, что иммунитет не распространяется на споры об имуществе, которое было экспроприировано в нарушение норм международного права. Закон США об иммунитете иностранных государств действительно допускает исключение из общего правила, если одновременно: 1) спор касается права собственности на имущество; 2) если имущество было изъято в нарушение международного права; 3) если имущество находится во владении или пользовании государственного органа; 4) и такой орган вовлечён в коммерческую деятельность на территории США (28 U.S.C. § 1605(a)(3)).

В отношении первого теста американские суды сочли, что «Библиотека Шнеерсона» является общей собственностью движения Хабад и права на неё являются предметом спора. Во-вторых, оценивая действия советских и российских властей на соответствие нормам международного права, суды пришли к выводу о незаконной экспроприации имущества в 1917–1925 и 1991–1992 годах, так как она была проведена дискриминационно, без публичной цели и без выплаты справедливой компенсации. В-третьих, Российская государственная библиотека и Российский государственный военный архив были признаны государственными органами, во владении которых находится спорное имущество. В-четвёртых, с учётом разовых платежей от американских издателей за совместные издательские проекты эти органы были признаны вовлечёнными в коммерческую деятельность на территории США (!).

Нетрудно предсказать реакцию российских официальных лиц на состоявшееся решение. Она была резко отрицательной⁴². Никакого возврата «Библиотеки Шнеерсона», конечно, не последовало.

Однако это не остановило американское правосудие, и в январе 2013 года Федераль-

ный суд округа Колумбия обязал Российскую Федерацию выплачивать по 50 000 долл. США в день (так называемое «принуждение», франц.: *astreinte*) вплоть до возврата «Библиотеки Шнеерсона» согласно состоявшимся судебным предписаниям.

Министр иностранных дел России Сергей Лавров назвал решение американского суда «возмутительным, не имеющим ничего общего с правосудием»⁴³.

Вскоре после этого 1 июля 2013 года Министерство культуры РФ и Российская государственная библиотека обратились с иском в Арбитражный суд г. Москвы к Библиотеке Конгресса США и Соединённым Штатам Америки, требуя вернуть переданные ещё в 1994 году в порядке межбиблиотечного обмена семь книг, входившие в коллекцию «Библиотеки Шнеерсона». 29 мая 2014 года состоялось заочное судебное решение⁴⁴, которым суд обязал Библиотеку Конгресса и США вернуть полученные книги, а также — в случае неисполнения этого судебного решения (вступило в законную силу уже в конце июня 2014 года) — предписал взыскать солидарно с Библиотеки Конгресса США и с США в пользу РФ и Министерства культуры РФ 50 000 долл. США за каждый день неисполнения (начиная со дня, следующего за днём вступления решения в законную силу).

Саму же «Библиотеку Шнеерсона» российские власти решили передать библиотечному отделу недавно созданного Еврейского музея и центра толерантности.

О чём свидетельствует приведенный нами пример? Культурный обмен выставками, совместные проекты библиотек и музеев России и США прекратились. Существует реальный риск ареста и обращения взыскания на государственное имущество России в США и США в России. Международные отношения между двумя странами (особенно в сфере культурных обменов, организации выставок) существенно пострадали. Перспективы исполнения вынесенных судами решений практически нулевые. Ситуация стала патовой. Исследователи всё чаще задают вопрос: а правильны ли такие подходы, игнорирующие

⁴² Комментарий Департамента информации и печати МИД России в связи с решением американского суда по вопросу о «Библиотеке Шнеерсона». 11.08.2010.

⁴³ РФ будет добиваться судебных решений по «Библиотеке Шнеерсона», РИА Новости. 23.01.2013.

⁴⁴ Дело Арбитражного суда г. Москвы № А40-82596/13.

юрисдикционные иммунитеты государств и чреватые столь серьёзными издержками, не будут ли дипломатические каналы разрешения такого рода конфликтов более действенными?⁴⁵ Что получили американские истцы в этом споре, кроме возможного морального удовлетворения от того факта, что американский суд встал на их сторону? Оправдывает ли это обстоятельство исключение из правила о юрисдикционном иммунитете иностранного государства?

Присоединяясь к мнению российских и американских исследователей о том, что не судебный, а дипломатический путь решения таких конфликтов должен являться приоритетным, можно сделать вывод о том, что издержки для международных отношений в такого рода делах перевешивают возможные выгоды и преимущества на стороне частных лиц. С учётом сказанного можно предложить сформулировать специальное правило о том, что на споры о культурных ценностях, находящихся во владении государства, должны распространяться юрисдикционные иммунитеты без каких-либо предварительных условий. В противном случае, с учётом всего множества споров о перемещённых культурных ценностях⁴⁶, нарушение юрисдикционных иммунитетов в этой сфере может привести к весьма нежелательным последствиям для международного культурного обмена и острым межгосударственным конфликтам.

О понимании сложности проблемы свидетельствуют и попытки изменить законодательство США с целью разблокировать культурный обмен и предоставить достаточные правовые гарантии иностранным культурным объектам, временно находящимся в США⁴⁷.

Также заслуживает внимания тот факт, что в августе 2014 года в рамках Совета Европы была принята Декларация о юрисдикционных иммунитетах в отношении культурных ценностей государств, которая призвана

ещё раз подчеркнуть, что никакие принудительные меры в отношении культурных ценностей, находящихся в собственности государств, недопустимы, кроме случаев явного согласия государств и только в отношении прямо поименованных объектов⁴⁸.

Пример № 2 «Северная Корея в российских судах»

В 1997 году гражданин В. Б. Олейников в г. Хабаровске одолжил 1500 долл. США Хабаровскому отделению торгового представительства Корейской Народной Демократической Республики (*далее* — КНДР). В надлежащий срок деньги не были возвращены. В связи с этим В. Б. Олейников обратился в суд общей юрисдикции с иском к КНДР о возврате долга с процентами.

Российский суд отказался рассматривать данное дело, сославшись на статью 401 Гражданско-процессуального кодекса Российской Федерации, которая предоставляет иностранным государствам абсолютный иммунитет от судебного преследования в российских судах.

Исчерпав все средства внутренней защиты в России, заявитель обратился в ЕСПЧ, который вынес решение в его пользу⁴⁹, признав нарушение Россией статьи 6 ЕКПЧ. ЕСПЧ отметил, что российские суды не проанализировали природу сделки, на которой основано было требование заявителя, не обосновали своё решение ссылками на применимые нормы международного права, не обеспечили разумный баланс между правом на суд и допустимыми ограничениями этого права.

С логикой ЕСПЧ трудно не согласиться. Подход российских судов действительно был крайне формальным и не соответствовал современным подходам в области юрисдикционных иммунитетов государств.

В то же время этот пример заставляет задуматься над более широкой проблемой: является ли подход, основанный на ограничен-

⁴⁵ Нешатаева В. О. Культурные ценности: цена и право. М.: Изд. дом Высшей школы экономики, 2013. С. 136–146; *Tarsis I., Varner E.* Reviewing the Agudas Chasidei Chabad v. Russian Federation, et al. Dispute March 19, 2014. Vol. 18. Issue 8. URL: <http://www.asil.org/insights/volume/18/issue/8/reviewing-agudas-chasidei-chabad-v-russian-federation-et-al-dispute> (дата обращения: 28.11.2014); *Barcia G.* After Chabad: Enforcement in Cultural Property Disputes. 37 Yale J. Int'l L. 463 2012.

⁴⁶ См. Богуславский М. М. Культурные ценности в международном обороте: правовые аспекты. М., 2005. С. 276–318, 424–425.

⁴⁷ Так, в мае 2014 года в Палату представителей Конгресса США был внесён проект закона о предоставлении специальных юрисдикционных изъятий в процессе культурных обменов. Foreign Cultural Exchange Jurisdictional Immunity Clarification Act (H. R. 4292; 113th Congress).

⁴⁸ Declaration on Jurisdictional Immunities of State Owned Cultural Property. Текст Декларации доступен по ссылке: URL: <https://www.rm.coe.int/CoERMPublicCommonSearchServices/DisplayDCTMContent?documentId=090000168008fde5> (дата обращения: 28.11.2014).

⁴⁹ ECHR. *Oleynikov v. Russia*. No. 36703/04. 14 March 2013.

ном иммунитете иностранного государства, единственным и самым эффективным средством решения имеющихся проблем?

Те страны, которые придерживаются доктрины ограниченного (функционального) иммунитета, готовы воспринимать в качестве нормального и допустимого явления судебные разбирательства против себя в иностранных судах и подчиняться таким будущим решениям, выплачивать (и то не всегда) присуждённые суммы или возвращать имущество. Как правило, это страны с давней и глубокой традицией уважения права на суд со всеми вытекающими отсюда последствиями.

Однако вряд ли тот же самый вывод можно сделать в отношении стран, которые до сих пор стоят на позициях абсолютного иммунитета. Для этих стран предпочтительным вариантом решения частноправовых споров будет являться не судебный, а дипломатический или иной аналогичный порядок, когда разногласия решаются за столом переговоров и в менее конфликтном ключе⁵⁰. Более того, с чисто прагматической точки зрения, судебное решение, вынесенное против такого иностранного государства, будет явным раздражителем в межгосударственных отношениях (в худшем случае провоцировать ответные действия по принципу «око за око») и будет иметь призрачные шансы на будущее исполнение. Иллюзия права на суд не нужна никому. Если попытки добиться справедливости с самого начала являются тщетными, можем ли мы создать такой правовой механизм, который был бы более сбалансированным?

Представляется, что дифференцированный подход, учитывающий ментальность и правовые традиции иностранных государств, являлся бы более уместным и гораздо более эффективным. Рискнем предположить, что с большинством азиатских и ближневосточных государств судебной стадии рассмотрения спора могла бы предшествовать стадия переговоров и поиска консенсуса (своего рода стадия исчерпания мирных способов урегулирования способов), в ходе которой самую

активную роль могли бы играть дипломаты, выступающие посредниками в урегулировании спора. Акцент в такой процедуре смещается от конфронтации к поиску взаимоприемлемого решения, позволяющего сохранить добрые отношения.

Однако для того, чтобы быть эффективным, такой порядок нуждается в институциональном закреплении, а не просто в доброй воле Министерства иностранных дел. И если право начать консультации с иностранным государством превратится в обязанность, то это тоже будет способствовать поиску взаимоприемлемых решений, в конечном счете — защите нарушенных интересов частных лиц.

Не исключено, что такой порядок досудебных консультаций по дипломатическим каналам может оказаться весьма востребованным и для стран, которые придерживаются концепции ограниченного иммунитета. Как показывают споры по поводу «Библиотеки Шнеерсона», судебные разбирательства могут только усугубить имеющиеся разногласия и сузить пространство для манёвра.

Также можно предположить, что в наиболее чувствительных областях, например в области репатриации культурных ценностей, может потребоваться целый комплекс средств разрешения споров, от переговоров, медиации, арбитража до создания специального международного трибунала⁵¹.

*Таким образом, подводя итоги по разделу об изъятиях из юрисдикционных иммунитетов иностранных государств, можно констатировать, что в современном международном праве сформировался основной подход, основанный на дифференциации действий государства на *jure imperii* и *jure gestionis*, а также кристаллизовался каталог допустимых ограничений из 7 видов споров, который нашёл отражение в Конвенции ООН и Конвенции СЕ. В то же время международно-правовое и национальное регулирование до сих пор находятся в стадии развития, комплексный, частно-публицистический характер многих складывающихся*

⁵⁰ См., например, про философию конфуцианства, азиатский менталитет и разрешение торговых споров: *Чанг-фа Ло*. Создание в Азии постоянно действующих региональных служб содействия урегулированию торговых споров (good offices) // Международное правосудие. № 2. 2014. С. 122–131.

⁵¹ Данная идея была выдвинута В. О. Нешатаевой в сфере разрешения споров о культурных ценностях. См: *Нешатаева В. О.* Культурные ценности: цена и право. М.: Изд. дом Высшей школы экономики, 2013. С. 119–172.

отношений (в частности, связанных с оборотом культурных ценностей, статусом иностранных суверенных фондов) заставляет искать гибкие пути решения возникающих конфликтов, а также совершенствовать процедуру споров с участием иностранных государств.

3. Исполнение судебных решений против иностранных государств

Существующее международное и национальное регулирование по вопросу исполнения судебных актов против иностранных государств позволяет сделать вывод о том, что оно ещё более консервативно, чем подходы в области иммунитета от судебного разбирательства. И такой подход имеет под собой веские причины, позволяющие сохранять баланс в межгосударственных отношениях, компенсируя возможный либерализм применительно к изъятиям из юрисдикционных судебных иммунитетов. Даже в случае неблагоприятного исхода судебного процесса имущество иностранного государства всё равно будет находиться под надёжной защитой. Взыскание на это имущество может быть обращено только в исключительных случаях, как правило, если будет установлено, что оно используется в коммерческих целях.

Так, статья 19 Конвенции ООН предусматривает, что никакие принимаемые после вынесения судебного решения принудительные меры в отношении собственности государства не могут быть приняты в связи с разбирательством в суде другого государства, за исключением случаев, когда и в той мере, в какой: а) государство прямо согласилось на принятие таких мер; б) государство зарезервировало или обозначило собственность для удовлетворения иска, являющегося объектом этого разбирательства; либо в) было установлено, что собственность непосредственно используется или предназначается для использования государством для иных целей, чем государственные некоммерческие цели,

и находится на территории государства суда при условии, что принудительные меры после вынесения судебного решения могут быть приняты только в отношении собственности, которая имеет связь с образованием, против которого было направлено судебное разбирательство⁵².

Статья 23 Конвенции СЕ устанавливает, что на территории Договаривающегося государства не могут быть осуществлены принудительное исполнение судебного решения или охранительная мера в отношении имущества другого Договаривающегося государства, за исключением тех случаев и тогда, когда это государство дало на это своё ясно выраженное согласие в письменной форме.

Сходные положения об иммунитете иностранных государств от исполнения судебных решений закреплены на национальном уровне в тех государствах, которые приняли специальные законы о государственном иммунитете, или на уровне судебной практики⁵³. Приведём несколько примеров.

В деле *AIG v. Republic of Kazakhstan*⁵⁴ истец пытался исполнить в Великобритании арбитражное решение, вынесенное против Казахстана по инвестиционному спору, за счёт имущества (денежных средств и ценных бумаг), которые хранились в лондонском банке. Национальный (центральный) банк Казахстана заявил о том, что данное имущество представляет собой средства Национального фонда Казахстана, суверенного фонда благосостояния, который находился под управлением Национального банка Казахстана. Следовательно, данное имущество обладает иммунитетом и на него не может быть обращено взыскание. Английский государственный суд согласился с тем, что данное имущество не использовалось в коммерческих целях, и признал иммунитет Казахстана.

В другом деле *Société NML Capital (Iles Caïmans) v. Etat d'Argentine*⁵⁵ истец (хеджевый фонд), получивший в свою пользу решение американского суда о взыскании с Аргентины 284 млн долл. США долга по об-

⁵² Подробнее см: Draft articles on Jurisdictional Immunities of States and Their Property, with commentaries. URL: http://www.legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/4_1_1991.pdf (дата обращения: 25.11.2014).

⁵³ См. Куделич Е. А. Международные инвестиционные споры с участием государства: проблемы иммунитета. Журнал «Закон». № 6. 2012. С. 45–54.

⁵⁴ *AIG Capital Partners Inc. and Another v. Kazakhstan* [2005]. EWHC 2239 (Comm.). 129 ILR 589.

⁵⁵ *Société NML Capital (Iles Caïmans) v. Etat d'Argentine*. Cour de Cassation. 28 March 2013.

лигациям Аргентины, попытался исполнить его во Франции за счёт аргентинских активов, находившихся во Франции (суммы задолженности французских компаний, имевших подразделения в Аргентине, перед Аргентиной по налогам, социальному обеспечению и нефтяным роялти). Французский Кассационный суд постановил, что данные активы используются в публичных целях и по этой причине на них распространяется иммунитет от исполнения судебных решений. Суд также отметил, что Аргентина не отказывалась явным образом от своего иммунитета в отношении спорных активов, что является необходимым условием для наложения взыскания на них⁵⁶.

О том, как трудно исполнить арбитражное или судебное решение против суверенного государства, свидетельствуют и дела, связанные с Россией и компанией «НОГА», а также Францем Зедельмайером.

В делах со швейцарской компанией «НОГА» после получения в 1997 году решения Арбитражного института Стокгольмской торговой палаты о взыскании с России задолженности в сумме нескольких десятков миллионов долл США указанная компания много лет пыталась исполнить данное решение в европейских странах. В 2000 году «НОГА» добилась во Франции ареста счетов Центробанка РФ и российского парусника «Седов», а в 2001 году попыталась арестовать российские военные самолеты на авиасалоне в Ле-Бурже. Впоследствии счета были разблокированы, а аресты имущества признаны незаконными. Также по запросу компании «НОГА» в Швейцарии в 2005 году была арестована коллекция картин из ГМИИ им А. С. Пушкина, страховая стоимость которых оценивалась в 1 млрд долл. США. Однако Федеральный совет (правительство) Швейцарии вскоре отменил все решения об аресте «ради защиты национальных интересов». В 2005 году были арестованы активы Российской Федерации в Международной ас-

социации воздушного транспорта, что Россия пыталась безуспешно оспорить в швейцарских судах⁵⁷. В 2008 году во Франции были заморожены активы российских государственных компаний на миллионы евро, однако позднее были разблокированы. Спор предположительно закончился, когда, по сообщением СМИ⁵⁸, третье лицо выкупило у компании «НОГА» российские долги. Детали сделки не раскрывались.

Похожая судьба у дел, связанных со взысканием с России немецким предпринимателем Францем Зедельмайером⁵⁹ сумм, присуждённых ему в 1998 году Арбитражным институтом Стокгольмской торговой палаты (около 2,3 млн долл. США). Данная эпопея длится и по настоящий день уже более 15 лет. Заявитель безуспешно пробовал арестовать российское имущество на Международном авиакосмическом салоне в Берлине, обратиться взыскание на российский Дом науки и культуры в Берлине (так называемый «Российский дом»), заморозить платежи компании «Люфтганза» в пользу России за транссибирские рейсы и т.д. Ему удалось обратиться взыскание на здание торгового представительства России в Кёльне, которое, по признанию немецких властей, использовалось в коммерческих целях. Здание было выкуплено ФГУП «Госзагрансобственность», подконтрольным Управлению делами Президента РФ. В настоящее время поле битвы — обращение взыскания и продажа жилого дома, принадлежащего торговому представительству России в Стокгольме. В сентябре 2014 года состоялись торги (третьи по счёту), и здание было продано за 12 млн шведских крон (€1,3 млн)⁶⁰. Российская сторона по-прежнему настаивает, что на здание распространяется дипломатический иммунитет, и продолжает оспаривать действия шведских властей в судах Швеции⁶¹.

Вне всякого сомнения, сфера исполнения судебных решений, вынесенных против суве-

⁵⁶ Для сравнения подход немецких судов: Roland Kläger Case Comment: *Werner Schneider (liquidator of Walter Bau AG) v. Kingdom of Thailand*. Sovereign Immunity in Recognition and Enforcement Proceedings under German Law. ICSID Review. 2014. P.1–7. URL: <http://icsidreview.oxfordjournals.org/content/early/2014/02/13/icsidreview.sit043.full.pdf+html> (дата обращения: 26.11.2014).

⁵⁷ Решение Верховного суда Швейцарии от 15.08.2007 (Decision 7B.2/2007, 15 August 2007, *Moscow Center for Automated Air Traffic Control v. Commission de surveillance des offices des poursuites et des faillites du canton de Genève*, ASA Bull. 1/2008, 141–151).

⁵⁸ Russia's Finance Ministry Buys Noga Debts. URL: http://www.kommersant.com/p842554/r_528/Noga_vs._Russian_Federation (дата обращения: 26.11.2014).

⁵⁹ Подробнее см: URL: <http://www.lenta.ru/lib/14188053> (дата обращения: 26.11.2014).

⁶⁰ Подробнее см: URL: <http://www.top.rbc.ru/economics/12/09/2014/948746.shtml> (дата обращения: 26.11.2014).

⁶¹ Москва обжаловала продажу здания торгпредства в Швеции по иску германского бизнесмена // Ведомости. 03.10.2014.

ренных государств, также представляет собой увлекательную тему для исследования. Это и вопросы, связанные с тем, какое государственное имущество может быть признано используемым в коммерческих целях, а какое нет; статус имущества государственных компаний и учреждений (может ли оно в принципе быть отнесено к имуществу государства); вопросы явного или подразумеваемого согласия государства на обращение взыскания на имущество при подписании инвестиционных или мировых соглашений; необходимость связи имущества, на которое обращается взыскание, с образованием, против которого было направлено судебное разбирательство; поиск и раскрытие информации об иностранном государственном имуществе; необходим ли международный трибунал для разрешения споров по вопросам исполнения судебных решений против иностранных суверенов, как это предусматривалось Дополнительным протоколом к Конвенции СЕ, и многие другие. В данных вопросах практика государств не отличается единообразием, а подходы ещё только формируются.

Но, пожалуй, самой актуальной и поднимающей наибольшее количество вопросов в настоящее время является тема, связанная с весьма агрессивной практикой США по «принуждению к исполнению» вынесенных судебных решений против иностранных государств.

Анализируя складывающиеся в последнее время в США подходы, нельзя не увидеть те риски, которые они несут для института юрисдикционных иммунитетов государств и их собственности, а также серьёзные девиации в понимании общепризнанного принципа *par in parem non habet imperium*.

Во-первых, в законодательстве США существуют положения⁶², согласно которым жертвы терроризма могут исполнять вынесенные в их пользу судебные решения против

иностранных государств — спонсоров терроризма за счёт активов, находящихся в США. Для этих целей активы государств, объявленных США спонсорами терроризма⁶³, а также их государственных предприятий могут быть заблокированы и впоследствии проданы для исполнения вынесенных в США судебных решений⁶⁴. Вряд ли здесь нужны дополнительные пояснения в отношении того, что такие действия предпринимаются США в одностороннем порядке, без учёта иммунитета собственности иностранных государств (за исключением дипломатической и консульской собственности).

Во-вторых, в целях понуждения иностранных государств к исполнению судебных решений американские суды могут накладывать различные обеспечительные и запретиельные меры, чем они активно пользуются в последнее время.

Разновидностью таких мер является денежный штраф за каждый день неисполнения решения. Один из таких случаев в отношении дела о возврате «Библиотеки Шнеерсона» мы описали выше⁶⁵. Размер штрафа, наложенного американским судом на Россию, составлял 50 000 долл. США в день. Суд руководствовался тем, что Россия является одной из самых крупных экономик мира (для сравнения: в сходном деле против Демократической Республики Конго суд присудил 5000 долл. США в неделю за неисполнение приказа, который мог удваиваться каждые четыре недели, пока не достигнет суммы 80 000 долл. США в неделю⁶⁶) и по этой причине посчитал такой размер штрафа разумным. Аналогичное дело было ранее рассмотрено в отношении Республики Беларусь и закончилось наложением штрафа в 5000 долл. США в день⁶⁷.

Запретительные меры, принимаемые американскими судами, могут быть не менее болезненными. Ярким примером этому может служить запрет, наложенный американским

⁶² Terrorism Risk Insurance Act of 2002 (Pub. L. No. 107–297, 116 Stat. 2322, 2337, codified at 28 U.S.C. § 1609) and the related amendments to the Foreign Sovereign Immunities Act (28 U.S.C. § 1609)

⁶³ В качестве примера может быть приведено дело о взыскании имущества иранского банка по требованиям против Ирана: *Weinstein v. Islamic Rep. of Iran*. Docket No. 09-3034-CV. June 15, 2010. US 2nd Circuit.

⁶⁴ Более подробную информацию о санкциях, заблокированном имуществе, списке государств — спонсоров терроризма можно найти на сайте Министерства финансов США по ссылке: URL: <http://www.treasury.gov/resource-center/sanctions/Programs/Pages/terror.aspx>.

⁶⁵ Судебный приказ о наложении штрафа можно найти по следующей ссылке: URL: http://chabad.info/images/notimage/29869_en_1.pdf (дата обращения: 27.11.2014).

⁶⁶ *FG Hemisphere Assocs., LLC v. Democratic Republic of Congo*. 637 F.3d 373, 377-78 (D.C. Cir. 2011).

⁶⁷ *Autotech Techs. v. Integral Research & Dev.* 499 F.3d 737 (7th Cir. 2007).

судьей Гриеса, который рассматривает иск фондов-кредиторов Аргентины, обслуживать платежи на 539 млн долл. США по реструктурированному долгу Аргентины, пока страна не урегулирует судебную тяжбу с не согласившимися на реструктуризацию долга вкладчиками⁶⁸. Данный запрет всерьез поставил Аргентинское правительство под угрозу финансового дефолта и был воспринят как давление для пересмотра всей схемы реструктуризации долгов.

В-третьих, ключевым фактором для будущего исполнения судебного решения является поиск имущества иностранного государства на территории США и раскрытие информации о том, для каких целей оно используется. Судьбоносным событием по этому вопросу стало решение Верховного суда США от 16 июня 2014 года по делу *Republic of Argentina v. NML Capital, Ltd.*⁶⁹. Обстоятельства спора следующие.

После того как Аргентина не исполнила решение американского суда о взыскании с неё в пользу хеджевых фондов долга (около 2,5 млрд долл. США) по облигациям государственного займа, один из истцов фонда NML потребовал раскрытия через суд информации (так называемый *disclosure*) об аргентинском имуществе и финансовых операциях по всему миру от двух банков (*Bank of America* и *Wapco de la Nación Argentina*, которые не являлись стороной спора). В частности, фонд требовал предоставления информации об аргентинских счетах по всему миру, датах открытия и закрытия этих счетов, балансе этих счетов, истории операций и переводов по счетам, сведениях по долгам банков перед Аргентиной и т. д. Аргентина возражала против таких мер, так как считала, что они нарушают её государственный суверенитет и противоречат нормам о юрисдикционных иммунитетах государств и их собственности. Тем не менее нижестоящие суды обязали банки предоставить истцу данную информацию. Верховный суд поддержал их позицию.

Американские суды сочли, что Закон США об иммунитете иностранных государств

не содержит специального исключения для такого рода запросов о раскрытии информации, которые могут негативно затрагивать интересы иностранного государства и вмешиваться в его суверенные полномочия. Следовательно, такой запрос будет являться допустимым в целях получения информации об имуществе Аргентины по всему миру и определения того, в каких целях оно используется и на что может быть обращено взыскание.

Такое решение было принято, несмотря на то что Франция, Бразилия, Мексика и иные субъекты в своих *amicus curiae briefs* («обращений друзей суда»), направленных в Верховный суд США, четко выражали свое несогласие с такой трактовкой, считая её противоречащей международному праву⁷⁰.

В августе 2014 года Аргентина подала иск в МС ООН против США с целью признать вынесенные американскими судами решения, касающиеся реструктуризации суверенного долга, противоречащими международному праву⁷¹. Однако США отказались признавать юрисдикцию МС ООН на том основании, что они не считают МС ООН подходящим форумом для разрешения данного спора⁷². Возможно, что настоящей причиной отказа была предсказуемость решения МС ООН.

Описанные меры, принимаемые американскими судами, существенно ослабляют и размывают иммунитет иностранных государств от исполнения судебных решений, так как создают эффективную систему раскрытия информации о собственности иностранных суверенов для последующего обращения взыскания и чреваты серьезными штрафными санкциями против них. Это в свою очередь может выразиться в тектонических сдвигах для всей системы международно-правового регулирования юрисдикционных иммунитетов, основанной на принципе *par in parem non habet jurisdictionem*, в пересмотре того баланса интересов, который сложился к настоящему моменту. Многие будут зависеть и от встречной реакции государств на действия США.

⁶⁸ РИА Новости. URL: <http://www.ria.ru/world/20141001/1026343685.html#ixzz3FdrSx3vi> (дата обращения: 10.12.2014).

⁶⁹ *Republic of Argentina v. NML Capital, Ltd.* 573 U.S. ____ (2014).

⁷⁰ Обращения заинтересованных лиц см.: URL: <http://www.scotusblog.com/case-files/cases/republic-of-argentina-v-nml-capital-ltd> (дата обращения: 10.12.2014).

⁷¹ URL: <http://www.icj-cij.org/presscom/files/4/18354.pdf> (дата обращения: 10.12.2014).

⁷² URL: <http://rt.com/news/179228-argentina-us-un-debt> (дата обращения: 10.12.2014).

Первый вариант развития событий подразумевает постепенный пересмотр существующих подходов, закреплённых в Конвенции ООН и Конвенции СЕ, в сторону их дальнейшей либерализации под воздействием практики США.

Второй вариант, который представляется более вероятным, скорее всего, не повлечёт столь радикального изменения правил игры, а выразится в уточнении и конкретизации уже существующих международно-правовых норм в консервативном ключе (прежде всего, закрепление особого статуса центральных банков и фондов национального благосостояния, ограничение применения различных обеспечительных и запретительных мер к иностранным государствам, учёт их особого статуса на всех стадиях судебного разбирательства), если принять во внимание тот факт, что большинство государств, особенно развивающихся, вряд ли готово переходить на новые стандарты регулирования и брать на себя столь высокие риски ответственности по судебным решениям. Также можно ожидать некоторого дистанцирования государств от размещения активов в США, их отток в другие юрисдикции с большими гарантиями для государственной собственности, ослабления зависимости государств от долларовых расчётов и иные аналогичные шаги.

Слово за национально-правовыми системами.

Подводя итоги нашего исследования об эволюции института юрисдикционных иммунитетов государств, можно заметить несколько важных особенностей. На международном уровне, в осо-

бенности в международной судебной практике (МС ООН, ЕСПЧ), отношение к данному институту остаётся сдержанным и осторожным: юрисдикционный иммунитет государства и его собственности остаётся предварительным процессуальным вопросом, который препятствует в подавляющем большинстве случаев рассмотрению споров против иностранных суверенов в национальных судах, и ограничение прав частных лиц на суд по этому основанию вполне допустимо, так как преследует весьма значимую публичную цель — поддержание стабильных и доверительных отношений между государствами. В свою очередь, национальное регулирование и судебная практика, главным образом США и других западных государств, постепенно сужают сферу действия юрисдикционных иммунитетов, как судебных, так и от исполнения судебных решений. Однако данная практика не является однообразной, имеющиеся подходы ещё не могут свидетельствовать о кристаллизации каких-либо новых международных обычных норм в данной сфере. Международные суды в такой ситуации могли бы взять на себя консолидирующую роль и разрешить имеющиеся разночтения, однако такой подход наталкивается на сложности, связанные с нежеланием некоторых заинтересованных государств передавать на международный уровень выработку единых правовых стандартов в области юрисдикционных иммунитетов государств.