

МЕЖДУНАРОДНОЕ ПРАВОСУДИЕ

№ 4 (28) • 2018

Big Brother Watch and Others v. UK:
на пути к всеобщему «паноптику»

Неприкасаемость ООН:
иммунитет и права человека

Влияние дела *Диалло* и дела судна «*Арктик Санрайз*»
на принципы оценки убытков

Международный Суд ООН:
о сугубой предварительности юрисдикционных возражений

Доступность правосудия:
от теоретических идей к практической реализации

Быть или не быть:
реформа инвестарбитража в руках Суда Европейского Союза

МЕЖДУНАРОДНОЕ ПРАВОСУДИЕ

№4 (28) • 2018

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
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
Д. В. КРАСИКОВ, к.ю.н., МЛг, доцент
В. О. НЕШАТАЕВА, к.ю.н.
И. В. РАЧКОВ, LL.M., к.ю.н.
В. Н. РУСИНОВА, LL.M., д.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.

Выпускающий редактор

О. Б. СИДОРОВИЧ, MBA (in P.S.)

Ответственный секретарь

С. Д. ПИМЕНОВА

Редакторы

О. Б. СИДОРОВИЧ
С. Д. ПИМЕНОВА
Г. НОЙМАН (англ.)

Корректор

Т. Ю. ЛОБКОВА

Компьютерная вёрстка

В. Б. СИДОРОВИЧ

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



основано в 1990

Решением ВАК журнал включён 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, а также в базу данных периодических и продолжающихся изданий Ulrich's Periodicals Directory.

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 24 декабря 2018 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»

115093, г. Москва, Партийный пер., д. 1, корп. 58, стр. 3, пом. 11

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, 2018

PRAXIS**RES JUDICATA**

ЛЕГАЛИЗАЦИЯ «МАССОВОЙ СЛЕЖКИ»
ЕВРОПЕЙСКИМ СУДОМ ПО ПРАВАМ ЧЕЛОВЕКА:
ЧТО СТОИТ ЗА ПОСТАНОВЛЕНИЕМ ПО ДЕЛУ
БИГ БРАЗЕР ВОТЧ И ДРУГИЕ ПРОТИВ
СОЕДИНЁННОГО КОРОЛЕВСТВА?

Вера Русинава

3

EX OFFICIO

ЕВРОПЕЙСКИЙ СУД ПО ПРАВАМ ЧЕЛОВЕКА:
ОБЗОР ПОСТАНОВЛЕНИЯ БОЛЬШОЙ ПАЛАТЫ
ОТ 25 СЕНТЯБРЯ 2018 ГОДА ПО ДЕЛУ
ДЕНИСОВ (DENISOV) ПРОТИВ УКРАИНЫ
(ЖАЛОБА № 76639/11)

ЕВРОПЕЙСКИЙ СУД ПО ПРАВАМ ЧЕЛОВЕКА:
ОБЗОР ПОСТАНОВЛЕНИЯ ОТ 2 ОКТЯБРЯ 2018 ГОДА
(СЕКЦИЯ III) ПО ДЕЛУ МУТУ И ПЕХШТАЙН
(MUTU AND PECHSTEIN) ПРОТИВ ШВЕЙЦАРИИ
(ЖАЛОБЫ № 40575/10, 67474/10)

21

29

SCRIPTORIUM**TERRA INCOGNITA**

СРЕБРЕНИЦА, ГАИТИ, ЧТО ДАЛЬШЕ?
БУДУЩЕЕ СИСТЕМЫ РАЗРЕШЕНИЯ ЧАСТНОПРАВОВЫХ
СПОРОВ ПО ИСКАМ ПРОТИВ ООН

Егор Фёдоров

35

«ВОЗЬМЁМ ЗА РУКИ, ДРУЗЬЯ...»
ПРЕДИСЛОВИЕ К ДЕКЛАРАЦИИ САН-ХОСЕ

Анатолий Ковлер

55

ДЕКЛАРАЦИЯ САН-ХОСЕ

58

JUS GENTIUM

РОЛЬ ПРИНЦИПА СПРАВЕДЛИВОСТИ ПРИ ОЦЕНКЕ
УБЫТКОВ ПО МЕЖДУНАРОДНОМУ ОБЫЧАЮ:
КУДА ДЕЛО ДИАЛЛО И ДЕЛО СУДНА «АРКТИК САНРАЙЗ»
ВЕДУТ СОСТОЯНИЕ ПРАВА?

Алексей Вялков

59

СУГУБАЯ ПРЕДВАРИТЕЛЬНАЯ
ЮРИСДИКЦИОННЫХ ВОЗРАЖЕНИЙ: О НЕКОТОРЫХ ВЫВОДАХ
РЕШЕНИЯ МЕЖДУНАРОДНОГО СУДА ООН
ПО ДЕЛУ ОБ ИММУНИТЕТАХ И УГОЛОВНОМ ПРОИЗВОДСТВЕ

Руслан Кантур

83

JUSTITIA

ЭВОЛЮЦИЯ ИДЕЙ ДОСТУПНОСТИ ПРАВОСУДИЯ
В ПРАВОВОЙ НАУКЕ И ПРАКТИКЕ
ЕВРОПЕЙСКОГО СУДА ПО ПРАВАМ ЧЕЛОВЕКА

Евгений Фокин

97

LEX MERCATORIA

РЕФОРМА ИНВЕСТИЦИОННОГО АРБИТРАЖА
ГЛАЗАМИ ЕВРОПЕЙСКОГО СОЮЗА:
ПРОБЛЕМЫ И ПЕРСПЕКТИВЫ

Софья Пименова

113

OPINIO JURIS

ЭКОНОМИЧЕСКИЕ САНКЦИИ ГЛАЗАМИ РОССИЙСКИХ СУДЕЙ:
МЕЖДУ ЗАЩИТОЙ ПУБЛИЧНОГО ПОРЯДКА
И ИНТЕРЕСОВ БИЗНЕСА

Владислав Старженецкий, Валерия Бутырина, Юлия Драгунова

126

INTERNATIONAL JUSTICE

4 (28) • 2018

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
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
D. KRASIKOV, Ph.D. in Law, MJur, Associate Professor
V. NESHATAEVA, Ph.D. in Law
I. RACHKOV, LL.M., Ph.D. in Law
V. RUSINOVA, LL.M., Dr. of Sc. 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

S. PIMENOVA

Editors

O. SIDOROVICH
S. PIMENOVA
G. NEWMAN (Eng.)

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; e-ISSN 2541-8548

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, 2018

PRAXIS

RES JUDICATA

- LEGALIZATION OF "MASS SURVEILLANCE"
BY THE EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS:
WHAT STANDS BEHIND THE JUDGMENT IN THE CASE OF
BIG BROTHER WATCH AND OTHERS V. THE UNITED KINGDOM?
Vera Rusinova **3**

EX OFFICIO

- EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS:
REVIEW OF THE GRAND CHAMBER JUDGMENT
OF 25 SEPTEMBER 2018 IN THE CASE OF *DENISOV V. UKRAINE*
(APPLICATION NO. 76639/11) **21**
- EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS:
REVIEW OF THE JUDGMENT OF 2 OCTOBER 2018 (THIRD SECTION)
IN THE CASE OF *MUTU AND PECHSTEIN V. SWITZERLAND*
(APPLICATIONS NOS. 40575/10, 67474/10) **29**

SCRIPTORIUM

TERRA INCOGNITA

- SREBRENICA, HAITI, WHAT IS NEXT?
THE FUTURE OF THE DISPUTE SETTLEMENT
FOR PRIVATE LAW CLAIMS BROUGHT
AGAINST THE UNITED NATIONS
Egor Fedorov **35**

- "LET'S JOIN HANDS, FRIENDS..."
INTRODUCTORY TO DECLARATION OF SAN JOSE
Anatoly Kovler **55**

- DECLARATION OF SAN JOSE **58**

JUS GENTIUM

- THE ROLE OF EQUITY IN THE ASSESSMENT OF DAMAGES
UNDER CUSTOM: WHERE ARE *DIALLO*
AND *THE ARCTIC SUNRISE* TAKING THE LAW?
Alexey Vyalkov **59**

- JURISDICTIONAL OBJECTIONS
OF AN EXCLUSIVELY PRELIMINARY CHARACTER:
A COMMENTARY UPON CERTAIN CONCLUSIONS
MADE BY THE INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE
IN *IMMUNITIES AND CRIMINAL PROCEEDINGS*
Ruslan Kantur **83**

JUSTICIA

- THE EVOLUTION OF IDEAS OF ACCESS TO JUSTICE
IN THE LEGAL STUDIES AND PRACTICE
OF THE EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS
Evgeniy Fokin **97**

LEX MERCATORIA

- INVESTMENT ARBITRATION REFORM
IN THE EYES OF THE EUROPEAN UNION:
PROBLEMS AND PERSPECTIVES
Sofia Pimenova **113**

OPINIO JURIS

- RUSSIAN JUDGES ON ECONOMIC SANCTIONS:
BALANCING BETWEEN PROTECTING THE NATIONAL
PUBLIC ORDER AND BUSINESS INTERESTS
Vladislav Starzhenetskiy, Valeria Butyrina, Jullia Dragunova **126**

Легализация «массовой слежки» Европейским Судом по правам человека: что стоит за постановлением по делу Биг Бразер Вотч и другие против Соединённого Королевства?

Вера Русинова*

13 сентября 2018 года ЕСПЧ вынес постановление по делу *Биг Бразер Вотч*, в котором он проверял на соответствие Конвенции правовые акты Соединённого Королевства, регулирующие массовый перехват сообщений и их метаданных, а также правовой режим обмена полученной информацией со спецслужбами других государств. Используя подход, заключающийся в том, что при принятии решения о введении режима массового перехвата данных государства пользуются широкой дискрецией, но при этом дискреция при использовании этого режима гораздо уже и должна удовлетворять набору критериев, которые нацелены на то, чтобы минимизировать риск злоупотребления властью, Суд тем самым легализовал использование этой меры государствами – членами Совета Европы. При оценке того, что содержательно стоит за признанием ЕСПЧ «массовой слежки» *per se* не нарушающей Конвенцию, в статье демонстрируется, что Суд, действуя как эксплицитно, так и имплицитно, изъясил ряд ключевых параметров этих мер из-под теста проверки на «законность», «необходимость в демократическом обществе» и «пропорциональность» и существенно снизил планку требований в отношении остальных составляющих режима массового перехвата данных. Это является явным разворотом от начавшего кристаллизоваться несколько лет назад благодаря деятельности самого ЕСПЧ и Суда ЕС достаточно прогрессивного подхода к защите права на уважение частной жизни и защиту персональных данных в условиях всё увеличивающихся appetitов государств к массовому сбору информации. Статья завершается размышлениями о том, какие политические основания могли оказать влияние при применении ЕСПЧ метода «балансирования», предопределив трактовку того, что является «необходимым в демократическом обществе».

DOI: 10.21128/2226-2059-2018-4-3-20

→ *Право на уважение частной жизни; частная жизнь; массовая слежка; метаданные; Европейский Суд по правам человека; Суд Европейского Союза*

1. Введение

Массовая слежка *per se* не нарушает Конвенцию о защите прав человека и основных свобод (*далее* — Конвенция): «решение о

введении режима массового перехвата для того, чтобы идентифицировать тем самым неизвестные угрозы национальной безопасности», подпадает под широкие пределы усмотрения, которые есть у государств при выборе того, как лучше достигнуть легитимную цель по защите безопасности. Это не выдержка из

* *Русинова Вера Николаевна* — доктор юридических наук, LL.M (Göttingen), профессор департамента общих и междо-раслевых юридических дисциплин факультета права Национального исследовательского университета «Высшая школа экономики», Москва, Россия (e-mail: vrusinova@hse.ru). Статья подготовлена в результате проведения исследования (проект № 17-01-0042) в рамках Программы «Научный фонд

Национального исследовательского университета «Высшая школа экономики» (НИУ ВШЭ) в 2017–2018 годах и в рамках государственной поддержки ведущих университетов Российской Федерации «5-100».

решения Европейского Суда по правам человека (далее — ЕСПЧ; Суд) по делу *Weber и Саравия против Германии*¹, принятого в 2006 году на «заре» становления технических возможностей по перехвату, хранению и обработке массовых данных и до разоблачений Эдварда Сноудена, продемонстрировавших, насколько интенсивно государство используют инструментарий по массовому перехвату сообщений, персональной информации, а также «метаданных»² и насколько уязвима система их защиты. Нет, это квинтэссенция совсем недавно вынесенного ЕСПЧ постановления по делу с «говорящим» названием *Биг Бразер Вотч и другие против Соединённого Королевства*³.

В первую очередь именно из-за этого вывода о допустимости массового перехвата данных *per se*, несмотря на то что Суд, казалось бы, встал на сторону заявителей, признав, что законодательство Соединённого Королевства по ряду аспектов нарушает право на уважение частной жизни, а также свободу выражения (статьи 8 и 10 Конвенции), это решение оценивается комментаторами как «частичная»⁴ или даже «пиррова победа»⁵ права на частную жизнь над «массовой слежкой». Данное постановление ещё может быть

пересмотрено Большой Палатой, но тот факт, что в этой части оно повторяет составленное другой палатой ЕСПЧ тремя месяцами ранее постановление по делу *Центрум фёр Рэттвиса против Швеции*⁶ и ни один из судей, выразивших особое или несовпадающее мнение, не поставил этот вывод под сомнение⁷, вполне может свидетельствовать о том, что ЕСПЧ определился с подходом к разрешению дел о проверке на соответствие Конвенции правовых актов, регулирующих массовый перехват содержания сообщений и их метаданных.

Отсюда возникает потребность в том, чтобы разобраться, действительно ли этот подход по, наверное, одному из самых принципиальных вопросов, связанных с «массовой слежкой», вытекает из сложившейся практики самого ЕСПЧ и как он соотносится с позицией также занимающегося вопросами защиты права на защиту частной жизни и персональных данных Суда Европейского Союза (далее — Суд ЕС), так как более половины членов Совета Европы участвуют в этой международной организации. Оценивать значение признания ЕСПЧ «массовой слежки» *per se* не нарушающей Конвенцию можно, только установив, что содержательно за этим стоит в плане защиты права на уважение частной жизни: в какой части Суд отказался от оценки принимаемых государствами мер на соответствие статье 8, а в какой усилил или, наоборот, ослабил уже применявшиеся им критерии. Наконец, логично встаёт вопрос о том, что повлияло или могло повлиять на мнение судей при выборе парадигмы рассмотрения дел, связанных с «массовой слежкой», и существовала ли у Суда возможность вынести иной вердикт. Настоящая статья, являясь одним из первых откликов на постановление по делу *Биг Бразер Вотч*, ограничивается анализом именно этих аспектов, остав-

¹ European Court of Human Rights (далее — ECtHR). *Weber and Saravia v. Germany*. Application no. 54934/00. Decision on Admissibility of 29 June 2006.

² Понятие «метаданные» используется в настоящей статье в значении «данные о других данных», то есть «все данные, которые не являются содержанием сообщения». См.: European Commission for Democracy through Law (Venice Commission). Report on the Democratic Oversight of Signals Intelligence Agencies. 20–21 March 2015. § 2. URL: [https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD\(2015\)011-e](https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD(2015)011-e) (дата обращения: 16.11.2018) (далее — Venice Commission. Report of 2015).

³ ECtHR. *Big Brother Watch and Others v. the United Kingdom*. Applications nos. 58170/13, 62322/14 and 24960/15. Judgment of 13 September 2018. § 314 (далее — *Big Brother Watch v. UK*).

⁴ См.: Milanovic M. ECtHR Judgment in *Big Brother Watch v. UK* // EJIL: Talk! 2018. 17 September. URL: <https://www.ejiltalk.org/ecthr-judgment-in-big-brother-watch-v-uk/> (дата обращения: 16.11.2018); Tzanou M. *Big Brother Watch and Others v. the United Kingdom: A Victory of Human Rights over Modern Digital Surveillance?* // Verfassungsblog. 2018. 18 September. URL: <https://verfassungsblog.de/big-brother-watch-and-others-v-the-united-kingdom-a-victory-of-human-rights-over-modern-digital-surveillance/> (дата обращения: 16.11.2018).

⁵ См.: Christakis Th. A Fragmentation of EU/ECHR Law on Mass Surveillance: Initial Thoughts on the *Big Brother Watch* Judgment // European Law Blog. 2018. 20 September. URL: <http://europeanlawblog.eu/2018/09/20/a-fragmentation-of-eu-ecthr-law-on-mass-surveillance-initial-thoughts-on-the-big-brother-watch-judgment/> (дата обращения: 16.11.2018).

⁶ ECtHR. *Centrum för Rättvisa v. Sweden*. Application no. 35252/08. Judgment of 19 June 2018. § 112. См. также: Lubin A. Legitimizing Foreign Mass Surveillance in the European Court of Human Rights // Just Security. 2018. 2 August. URL: <https://www.justsecurity.org/59923/legitimizing-foreign-mass-surveillance-european-court-human-rights/> (дата обращения: 16.11.2018). По состоянию на 27 ноября 2018 года запрос о пересмотре этого решения Большой Палатой ЕСПЧ всё ещё находится на рассмотрении.

⁷ См.: *Big Brother Watch v. UK*. Partly Concurring, Partly Dissenting Opinion of Judge Koskela, Joined by Judge Turkovic; Joint Partly Dissenting and Partly Concurring Opinion of Judges Pardalos and Eicke.

ляя в качестве поля для будущих научных изысканий обширнейший список проблем и вопросов, возникающих в связи с принятием данного решения.

2. Становление прогрессивного подхода к оценке правомерности «массовой слежки»

2.1. Европейский Суд по правам человека

Постановления по делу *Центрум фёр Рэт-твиса и Биг Бразер Вотч* не являются первыми, вынесенными после *Вебер и Саравия*, решениями, в которых ЕСПЧ обратился к проблеме «массовой слежки» как мере, предпринимаемой в рамках борьбы с терроризмом или защиты государственной безопасности. Для того чтобы отследить эту практику и выяснить, насколько факты двух рассмотренных в 2018 году дел отличаются от предыдущих решений, важно определиться с тем, что понимается под данным понятием. Термин «массовая слежка» не является правовым и используется для характеристики размаха мер по сбору данных. Отсюда «массовая слежка» может применяться в рамках как уголовно-правовой парадигмы — при расследовании преступлений, поиске пропавших лиц, так и парадигмы, связанной с добычей разведывательных данных в рамках защиты государственной (или национальной) безопасности. При этом следует отметить, что граница между этими парадигмами становится достаточно условной, когда речь идёт о борьбе с терроризмом. Массовая слежка может быть как общей, когда перехватываются все сообщения, так и целенаправленной, когда круг лиц, чьи коммуникации перехватываются, не является достаточно определённым или обозначен слишком широко⁸. Меры по массовому перехвату данных могут быть нацелены только на иностранных граждан, или же на коммуникации с участием иностранных граждан, или быть неизбирательными. Наконец, «массовая слежка» может применяться не только государством, но и компаниями, то есть быть как правительственной, так и корпоративной.

Условной точкой отсчёта, когда в ЕСПЧ стал складываться подход к оценке массового

перехвата данных, следует считать принятое в 2006 году решение о приемлемости по делу *Вебер и Саравия против Германии*. В этом решении Суд проверял на соответствие Конвенции законодательство о «стратегическом мониторинге», позволявшее перехватывать телекоммуникации для целей выявления и предотвращения таких опасностей, как совершение вооружённого нападения на ФРГ или террористического акта, то есть оценивал установление слежки не в качестве целенаправленной, а в качестве общей меры⁹. Хотя ЕСПЧ не нашёл оснований считать «массовую слежку» нарушающей статью 8 и признал жалобу явно необоснованной, он суммировал критерии, которые должны применяться для оценки предсказуемости правовой базы, регулирующей тайную слежку¹⁰.

Сделанные в решении по делу *Вебер и Саравия* выводы были подтверждены в 2008 году в деле *Либерти и другие против Соединённого Королевства*, в котором ЕСПЧ рассматривал ситуацию, связанную с осуществлённым Министерством обороны в 1990-е годы массовым перехватом телефонных переговоров, факсимильных сообщений и электронной почты, которые передавались с помощью микроволновых радиосигналов между двумя станциями «Бритиш Телеком»¹¹. В этом решении Суд прямо подчеркнул, что «не существует каких-либо оснований для того, чтобы применять иные принципы, касающиеся доступности и понятности правил, которые касаются перехвата индивидуальных сообщений, с одной стороны, и более общих программ слежки — с другой»¹².

Однако в обоих делах — в *Вебер и Саравия*, а также в *Либерти и других* — ЕСПЧ не упоминал в качестве критерия наличие подозрения, тем самым допуская предельно общий перехват данных. Этот критерий применялся Судом только в отношении использования тайной слежки в рамках уголовно-правовой парадигмы¹³. Ситуация изменилась

⁹ См.: *Weber and Saravia v. Germany*. § 4.

¹⁰ См.: *Ibid.* § 95.

¹¹ См.: ECtHR. *Liberty and Others v. the United Kingdom*. Application no. 58243/00. Judgment of 1 July 2008.

¹² *Ibid.* § 63.

¹³ См.: ECtHR: *Association for European Integration and Human Rights and Ekimdzhiev v. Bulgaria*. Application no. 62540/00. Judgment of 28 June 2007. § 79, 80; *Iordachi and Others v. Moldova*. Application no. 25198/02. Judgment of 10 February 2009. § 51.

⁸ См.: Venice Commission. Report of 2015. § 64.

с вынесением Большой Палатой 4 декабря 2015 года постановления по делу *Роман Захаров против России*, в котором Суд проанализировал российское законодательство, уполномочивающее правоохранительные органы и спецслужбы на прослушивание телефонных переговоров. Являясь председателем регионального отделения «Фонда защиты гласности», заявитель полагал, что его звонки перехватываются, так как операторы мобильной связи установили оборудование, которое позволяет спецслужбам прослушивать все телефонные переговоры¹⁴. В связи с тем, что российское законодательство об оперативно-розыскной деятельности в качестве оснований для применения прослушивания телефонных переговоров указывало, среди прочего, сведения о «событиях или действиях (бездействии), создающих угрозу государственной, военной, экономической, информационной или экологической безопасности Российской Федерации»¹⁵, Суд не ограничивал проверку исключительно уголовно-правовой парадигмой, связанной с расследованием конкретных преступлений. Признавая, что при принятии мер в рамках защиты национальной безопасности соблюдение принципа «предсказуемости» не заходит так далеко, чтобы требовать существования правовых норм, перечисляющих в деталях, какое поведение может послужить основанием для введения тайной слежки, ЕСПЧ тем не менее подчеркнул, что подобная формулировка — а надо отметить, что это понятие нигде не расшифровывалось — оставляет властям «практически неограниченную дискрецию», открывающую широкие возможности для злоупотребления¹⁶.

Важно, что при рассмотрении вопроса об уполномочивании на проведение прослушивания Суд вышел на применимость стандарта «обоснованного подозрения» не только в отношении планирования или совершения преступлений, но и других деяний, которые могут явиться основанием для установления прослушивания, прямо указав на «действия,

угрожающие национальной безопасности»¹⁷. ЕСПЧ выявил, что сфера судебного контроля была ограничена: не имея доступа к соответствующим материалам, российские суды были не в состоянии проверить, действительно ли имелся «существенный фактический базис», чтобы подозревать лицо, в отношении которого устанавливалось прослушивание¹⁸. В результате ЕСПЧ раскритиковал практику, когда суды выносили постановления о перехвате телефонных переговоров без упоминания конкретных лиц или номеров телефонов, которые должны прослушиваться, или уполномочивали на применение этой меры в отношении всех телефонных переговоров в районе, где было совершено преступление¹⁹.

Пусть несколько отличающийся, но в основе своей сопоставимый подход к оценке правомерности ограничения государствами права на защиту частной жизни пронизывает и вынесенное буквально через месяц после рассмотрения жалобы Романа Захарова постановление по делу *Сабо и Виссу против Венгрии*²⁰. В этом деле ЕСПЧ по жалобе заявителей, которые, будучи сотрудниками оппозиционной неправительственной организации, подозревали, что могли быть подвергнуты слежке, проверял на соответствие Конвенции венгерское законодательство в той части, в которой оно предоставляет возможность применять эту меру для сбора информации в целях «предотвращения террористических актов или в интересах национальной безопасности»²¹.

Несмотря на то что в проанализированных Судом правовых актах не было прямо установлено, что может применяться режим «массовой слежки», ЕСПЧ в данном решении рассматривал и эту ситуацию, поскольку норму о том, что подвергающиеся режиму перехвата данных лица могут быть идентифицированы и как «круг лиц», он растолковал как означающую, что под слежкой может оказаться любой, и в итоге этой мерой может быть охвачено большое число лиц²². Этот ас-

¹⁴ См.: ECtHR. *Roman Zakharov v. Russia*. Application no. 47143/06 [GC]. Judgment of 4 December 2015. § 10.

¹⁵ Пункт 2 статьи 7 Федерального закона «Об оперативно-розыскной деятельности» от 12 августа 1995 года № 144-ФЗ с посл. изм. и доп. // Собрание законодательства Российской Федерации. 1995. № 33. Ст. 3349.

¹⁶ *Roman Zakharov v. Russia*. § 246–248.

¹⁷ Ibid. § 260.

¹⁸ Ibid. § 261–262.

¹⁹ См.: Ibid. § 265.

²⁰ См. подробнее об этом постановлении: *Pásztor E. Secret Intelligence Gathering — a Low Threshold Still Too High to Reach* // ELTE Law Journal. 2017. No. 1. P. 99–112, 104–112.

²¹ ECtHR. *Szabó and Vissy v. Hungary*. Application no. 37138/14. Judgment of 12 January 2016. § 7, 10–11.

²² См.: Ibid. § 67.

пект законодательства был подвергнут Судом жёсткой критике как не соответствующий принципу «строгой необходимости». То, что властям было достаточно только сослаться на причины, обосновывающие необходимость применения данной меры, ЕСПЧ признал не соответствующим этому принципу. Суд подчеркнул, что определение круга лиц, в отношении которых устанавливается слежка, должно происходить на основании «индивидуального подозрения» при наличии соответствующих материалов или фактов²³. «Тайная слежка может быть совместима с Конвенцией, — уточнил ЕСПЧ, — только если это строго необходимо... для получения жизненно важной информации при проведении отдельной [“individual”. — В.Р.] операции», и потребовал от национальных органов власти проверять, существуют ли достаточные основания для перехвата определённых сообщений в каждом конкретном случае²⁴. К гарантиям, которые должны соблюдаться при проведении таких операций, Суд причислил необходимость уполномочивания именно судебными органами, дополнив, что только «в исключительных обстоятельствах» это допустимо со стороны органов исполнительной власти, но только при условии последующего судебного контроля²⁵. Кроме того, ЕСПЧ отдельно выделил необходимость уведомления лиц, подвергавшихся тайной слежке²⁶. Надо признать, что наложение Судом таких строгих рамок на тайную слежку для целей получения информации, необходимой в контексте защиты государственной безопасности, практически сводило к нулю возможность использования массового перехвата данных.

О формировании в практике ЕСПЧ вектора предельно строгого отношения к покушениям на частную жизнь при проведении массовой слежки свидетельствует тот факт, что данное постановление было раскритиковано как недостаточно жёсткое из-за того, что Суд не использовал применявшийся им при рассмотрении дел, связанных с установлением слежки, стандарт «разумного подозрения» (как это было сделано Большой Палатой в деле *Романа Захарова*), предпочтя снизить

планку до «индивидуального подозрения»²⁷. Итак, несмотря на некоторое снижение уровня требований к характеру подозрения, в начале 2016 года ЕСПЧ всё ещё оставался сторонником допустимости только целенаправленной слежки и только при условии соблюдения целого ряда гарантий против возможных злоупотреблений со стороны властей. Это создавало уверенность в том, что в общем и целом Суд определился с вектором рассмотрения дел, связанных с массовым перехватом данных²⁸. Однако, как показали решения по делам *Центрум фёр Рэттвиса* и *Биг Бразер Вотч*, эта уверенность оказалась иллюзией.

2.2. Суд Европейского Союза

Процесс оформления позиции Суда ЕС в отношении массового перехвата данных начался в 2014 году, когда был рассмотрен спор *Диджитл Райтс Ирландия*²⁹. В этом деле Суд рассматривал вопрос о соответствии Хартии ЕС об основных правах Директивы 2006/24/ЕС, которая налагала на провайдеров сервисов электронных коммуникаций обязанность сохранять передаваемые через них или сгенерированные ими данные. Суд ЕС признал эту директиву недействительной, посчитав предписываемые ею меры непропорциональным вторжением в право на частную жизнь и защиту персональных данных (статьи 7, 8 и пункт 1 статьи 52 Хартии ЕС об основных правах)³⁰. Ключевыми посылками, которыми руководствовался суд при оценке этого правового акта, было то, что, какой бы фундаментальной ни была цель борьбы с организованной преступностью и терроризмом, она сама по себе не оправдывает общих мер по сохранению данных; ограничения права на

²⁷ *Szabó and Vissy v. Hungary*. Concurring Opinion of Judge Pinto de Albuquerque. § 18–20.

²⁸ См., к примеру: *Golubok S. Roman Zakharov v. Russia: Big Brother Under Control?* // *Journal for Constitutionalism and Human Rights*. 2015. No. 3–4 (8). P. 20–26, 25.

²⁹ *Court of Justice (Grand Chamber). Requests for a preliminary ruling from the High Court of Ireland and the Verfassungsgerichtshof – Digital Rights Ireland Ltd v. Minister for Communications, Marine and Natural Resources, Minister for Justice, Equality and Law Reform, The Commissioner of the Garda Síochána, Ireland and the Attorney General, and Kärntner Landesregierung, Michael Seitlinger, Christof Tschohl and Others*. Joined Cases C-293/12 and C-594/12. Judgment of 8 April 2014 (*daae* – *Digital Rights Ireland*).

³⁰ См.: *Ibid.* § 69, 71.

²³ См.: *Szabó and Vissy v. Hungary*. § 71.

²⁴ *Ibid.* § 73.

²⁵ См.: *Ibid.* § 77, 80, 81.

²⁶ См.: *Ibid.* § 86–87.

частную жизнь и права на защиту персональных данных должны быть «строго необходимы» (выделено мной. — В.Р.)³¹. Кроме того, ссылаясь на подход ЕСПЧ, Суд ЕС исходил из необходимости существования понятных и чётких правил, регулирующих сферу применения таких ограничений и устанавливающих для затронутых лиц гарантии эффективной правовой защиты³².

Применяя эти общие установки, Суд ЕС в первую очередь подверг критике предельно общую сферу применения обязанности по перехвату данных: из директивы следовало, что данная мера действует в отношении «всех лиц, всех видов средств электронной коммуникации, всех метаданных без какой бы то ни было дифференциации, ограничения или исключения, поставленных в зависимость от цели борьбы с серьёзными преступлениями»³³, или предотвращения угроз общественной безопасности³⁴. Затем, как отметил суд, в директиве не было обозначено никаких объективных критериев, материальных или процессуальных условий, лимитирующих доступ национальных властей к этим данным, а также не было установлено необходимости проведения процедуры контроля ни судом, ни каким-либо независимым органом исполнительной власти³⁵. Наконец, период предписываемого хранения данных не был поставлен в зависимость от объективного критерия, позволявшего ограничить его только тем, что строго необходимо³⁶.

Сделанные в решении *Диджитл Райтс Ирландия* выводы были ещё раз подтверждены и получили своё дальнейшее развитие в деле *Теле2 Швеция АБ и Вотсон (далее — Теле2)*, решение по которому было вынесено Большой Палатой 21 декабря 2016 года. В этом деле рассматривались запросы двух судов о толковании пункта 1 статьи 15 Директивы 2002/58/ЕС в отношении защиты частной жизни и персональных данных в сфере электронных коммуникаций. Поставленные перед Судом ЕС вопросы касались того, в каком объёме выводы, сделанные Судом ЕС в деле *Диджитл Райтс Ирландия*, применимы к

национальному законодательству, имплементирующему отменённую в этом решении Директиву 2006/24/ЕС. Шведский Административный апелляционный суд обратился с предварительным запросом в рамках дела, в котором оператор услуг связи «Теле2 Швеция АБ» оспаривал выданный шведским регулятором в сфере почтовых и телекоммуникационных услуг ордер о массовом перехвате данных о местоположении и трафике пользователей³⁷. Второй запрос был направлен Апелляционным судом Англии и Уэльса, рассматривающим иск о соответствии праву Европейского Союза британского законодательства, регулирующего массовый перехват данных.

Повторив все выводы, сделанные ранее в деле *Диджитл Райтс Ирландия*, Суд ЕС конкретизировал, что они не означают запрета на использование государствами-участниками перехвата метаданных в качестве превентивной меры, но только при условии, что этот перехват носит не массовый, а целенаправленный характер³⁸ и соответствует ряду требований. Цель перехвата данных должна быть ограничена борьбой с «серьёзными преступлениями»; при выборе субъектного состава, средств коммуникаций, типов данных и времени применения данной меры должен соблюдаться принцип строгой необходимости³⁹. В частности, национальное законодательство должно основываться на наличии объективных доказательств, которые способны убедить общество в наличии как минимум косвенной связи между перехватываемыми данными и борьбой с серьёзными преступлениями⁴⁰.

Принцип строгой необходимости, согласно решению по делу *Теле2*, должен соблюдаться и на стадии регулирования условий получения национальными властями доступа к перехваченным данным: ими должна преследоваться только такая цель, как борьба с

³⁷ См.: Court of Justice (Grand Chamber). *Requests for a preliminary ruling under Article 267 TFEU, made by the Kammarrätten i Stockholm (Administrative Court of Appeal, Stockholm, Sweden) and the Court of Appeal (England & Wales) (Civil Division) (United Kingdom) — Tele2 Sverige AB v. Post- och telestyrelsen, and Secretary of State for the Home Department v. Tom Watson, Peter Brice, Geoffrey Lewis*. Joined Cases C-203/15 and C-698/15. Judgment of 21 December 2016. § 2 (далее — *Теле2*).

³⁸ См.: Ibid. § 108.

³⁹ См.: Ibid.

⁴⁰ См.: Ibid. § 110.

³¹ *Digital Rights Ireland*. § 51, 52.

³² См.: Ibid. § 54.

³³ Ibid. § 57.

³⁴ См.: Ibid. § 59.

³⁵ См.: Ibid. § 60–62.

³⁶ См.: Ibid. § 63–64.

серьёзными преступлениями⁴¹. Среди требований, которым должно соответствовать национальное законодательство, Суд ЕС также указал на то, что должен быть предусмотрен предварительный контроль со стороны судов или независимых органов исполнительной власти; перехваченные данные должны храниться в пределах ЕС и подлежать безвозвратному уничтожению по окончании срока хранения; подвергнутые слежке граждане должны уведомляться о проводившихся операциях и им должно быть доступно средство правовой защиты⁴². Наконец, государствам-участникам надлежит наладить надзор за соответствием национального правового режима уровню защиты, гарантированному правом ЕС⁴³.

Это решение, несомненно, является образчиком беспрецедентно решительного отпора попыткам снизить планку защиты частной жизни и персональных данных перед лицом появления новых технологических возможностей. Заметно также, насколько сильно оно перекликается с постановлением ЕСПЧ по делу *Роман Захаров против России*.

Вместе с тем ответ на вопрос о том, насколько решение по делу *Tele2* отправило предусматривающее массовый перехват данных законодательство государств — членов ЕС в «полный нокаут»⁴⁴, является спорным. Дело в том, что оба преюдициальных запроса, которые рассматривал в *Tele2* Суд ЕС, касались перехвата данных для целей «борьбы с преступлениями»⁴⁵ и не затрагивали таких целей, как, например, поддержание обороны или защита общественной безопасности. При этом «массовая слежка» устанавливается, как правило, вне рамок уголовно-правовой модели. С одной стороны, действительно, в тексте самой Директивы 2002/58/ЕС изпод сферы её применения выводится «деятельность, касающаяся общественной безопасности, обороны, государственной безопасности (включая экономическое благосостояние государства, когда деятельность относится к вопросам государственной безопасно-

сти), и деятельность государства в области уголовного права» и указывается, что «она не должна применяться к деятельности, которая выходит за пределы действия Договора, учреждающего Европейское сообщество» (пункт 3 статьи 1)⁴⁶. С другой стороны, пункт 1 статьи 15 этой директивы позволяет государствам принимать законодательные меры, которые могут ограничивать сферу применения указанных в ней прав человека и возложенных на государства обязанностей для «защиты национальной безопасности (то есть государственной безопасности), обороны, общественной безопасности и для предотвращения, расследования, обнаружения и преследования уголовно наказуемых деяний или неавторизованного использования системы электронной коммуникации». Не только истцы и ответчики, но и сами государства разошлись в мнениях относительно применимости директивы даже к случаям принятия мер, направленных на борьбу с преступлениями⁴⁷. Рассматривая этот вопрос, Суд ЕС посчитал, что если бы эта деятельность не подпадала под действие директивы, то процитированный выше пункт 1 статьи 15 был бы лишён всякого смысла⁴⁸. При этом суд не ограничивал свой вывод только теми мерами, которые направлены на борьбу с преступлениями, указав, что директива уполномочивает государства на принятие упомянутых в статье 15 ограничений только при условии соблюдения требований, сформулированных в этом правовом акте⁴⁹. Таким образом, в деле *Tele2* Суд ЕС подтвердил применимость Директивы 2002/58/ЕС к мерам, связанным с защитой общественной или государственной безопасности.

Несмотря на то что решение *Tele2* посвящено только тем мерам, которые принимаются в целях борьбы с преступлениями, из текста можно вычленив общую позицию Суда ЕС и в отношении «массовой слежки», осуществляемой для иных целей. Подчёркивая, что перехват данных должен быть ограничен

⁴¹ См.: *Tele2*. § 114, 116–119.

⁴² См.: *Ibid.* § 120–123.

⁴³ См.: *Ibid.* § 123.

⁴⁴ *Verbruggen F., Royer S., Severijns H.* Reconsidering the Blanket-Data-Retention-Taboo, for Human Rights' Sake? // *European Law Blog*. 2018. 1 October. URL: <http://europeanlawblog.eu/author/frankverbruggen/> (дата обращения: 16.11.2018).

⁴⁵ *Tele2*. § 62 et seq.

⁴⁶ Directive 2002/58/EC of the European Parliament and of the Council of 12 July 2002 Concerning the Processing of Personal Data and the Protection of Privacy in the Electronic Communications Sector. Article 1(3) // OJ L 201, 31.7.2002. P.37–47. URL: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=celex%3A32002L0058> (дата обращения: 16.11.2018).

⁴⁷ См.: *Tele2*. § 63, 65.

⁴⁸ См.: *Ibid.* § 73.

⁴⁹ См.: *Ibid.*

лицами, которые подозреваются в планировании или совершении серьёзного преступления или иным образом замешаны в нём, суд сформулировал: «В определённых ситуациях, когда, например, террористическая деятельность угрожает жизненно важным интересам национальной безопасности, обороны или общественной безопасности, может быть обеспечен доступ к данным *иных лиц*, если существуют объективные доказательства, из которых может быть выведено, что эти данные могут в конкретном случае внести эффективный вклад в борьбу с такой деятельностью»⁵⁰ (выделено мной. — В.Р.).

Конечно, следует принимать во внимание, что этот вывод относится к *obiter dictum*, однако, учитывая то, что данное решение было вынесено Большой Палатой и остаётся первым и пока единственным высказыванием Суда ЕС о массовом перехвате данных с целью защиты государственной или общественной безопасности, нельзя исключать, что он намечает вектор рассмотрения будущих дел. Среди озвученных судом ключевых положений можно перечислить: экстраординарность подобной меры, необходимость наличия объективных доказательств, а также привязку к конкретному делу.

Ряд принципиальных вопросов при этом, однако, так и остаются открытыми. Во-первых, неясно, насколько широко может быть «растянуто» использованное Судом ЕС понятие «иные лица»: может ли оно означать «все» или же привязка к объективным доказательствам, упоминание конкретного случая и подчёркивание «эффективности» вклада, который введённая мера должна иметь в деле противодействия терроризму, указывают на неприемлемость подобного сценария? Во-вторых, анализируемое высказывание Суда ЕС касается только вопроса доступа к данным, но не самого перехвата. Посвящённая же ему часть судебного решения ограничена исключительно целью борьбы с преступлениями. Высказываясь о параметрах доступа к данным и допуская расширение круга лиц до «иных», суд не мог не исходить из того, что такие данные каким-либо образом уже были перехвачены, но каким параметрам должен соответствовать такой перехват, остаётся за рамками решения по делу *Tele2*. Суд ЕС при-

знал только, что Директива 2002/58/ЕС применима как к стадии перехвата, так и к стадии получения доступа к данным, и растолковал её положения в свете решения по делу *Диджитл Райтс Ирландия*. Однако это решение, в свою очередь, также было ограничено целью борьбы с преступлениями. Соответственно, пока можно лишь гадать, насколько жёстко Суд ЕС подойдёт к вопросу непосредственно самого перехвата данных для целей защиты государственной или общественной безопасности. В связи с тем, что на текущий момент на рассмотрении Суда ЕС находятся три преюдициальных запроса о толковании решения по делу *Tele2*⁵¹ и они затрагивают озвученные вопросы, вскоре станет известно, в каком направлении развивается позиция этого европейского суда.

Таким образом, несколько лет назад благодаря деятельности двух судов: самого ЕСПЧ и Суда ЕС, которые в своей практике начали поступательно требовать от государств тщательного соблюдения права на частную жизнь и защиту персональных данных, начал визуализироваться достаточно прогрессивный подход к защите таких ценностей, как права человека, верховенство права и демократия в условиях возрастающей потребности государств в применении достижений технологического прогресса для защиты своей безопасности. Анализ этой практики позволяет судить о том, насколько получивший отражение в решениях по делам *Центрум фёр Рэт-твиса* и *Биг Бразер Вотч* подход ЕСПЧ к соблюдению прав человека при проведении операций по массовой слежке не просто выбивается, а является разворотом от уже начавшего кристаллизоваться прогрессивного подхода.

3. Постановление ЕСПЧ по делу *Биг Бразер Вотч*: время расставаться с иллюзиями

Вынесенному ЕСПЧ 13 сентября 2018 года постановлению по делу *Биг Бразер Вотч* ещё до его оглашения была зарезервирована главная роль в практике Суда по так называемым «информационным делам». Этот про-

⁵⁰ *Tele2*. § 119.

⁵¹ Запросы направлены судами Бельгии, Испании и Соединённого Королевства (см.: *Verbruggen F., Royer S., Severijns H.* Op. cit.).

цесс был «стратегическим» для ряда правозащитных организаций, которые стремились добиться от ЕСПЧ ужесточения подхода к оценке «массовой слежки»⁵². В этом деле, объединившем жалобы нескольких неправительственных организаций, компаний и граждан, Суд рассматривал вопрос о соответствии Конвенции трёх основных аспектов законодательства Соединённого Королевства, регулирующих применение массовой электронной слежки: перехвата сообщений, режима обмена разведывательными данными, а также сбора метаданных провайдерами телекоммуникационных услуг⁵³. Цель заявителей состояла в том, чтобы убедить ЕСПЧ принять во внимание произошедший качественный скачок в технических возможностях государств по перехвату, хранению и обработке больших данных, а также учесть «фактор Сноудена».

Ожидания от дела *Биг Бразер Вотч и другие против Соединённого Королевства* оказались оправданны, по крайней мере в том смысле, что ЕСПЧ действительно вынес чрезвычайно детализированное постановление, которое, судя по всему, задаёт вектор для рассмотрения подобных жалоб в будущем и призвано снабдить правительства государств — членов Совета Европы «дорожной картой» по правовому регулированию массового перехвата данных. Именно это обстоятельство объясняет то, что данное решение практически оставило в тени другое, вынесенное тремя месяцами ранее, но несопоставимое по детализации проверки, постановление ЕСПЧ по делу *Центрум фёр Рэттвиса против Швеции*⁵⁴, которое хронологически было первым решением, в котором Суд решил отступить от уже начавшего формироваться прогрессивного подхода к оценке «массовой слежки».

Итак, в деле *Биг Бразер Вотч*, отвечая на вопрос: правомерна ли информационная массовая слежка *per se* в свете Конвенции или нет, ЕСПЧ решает отказаться от линии, намеченной в решениях по делам *Роман Захаров*, а также *Сабо и Висси*, и, основываясь на выводах, сформулированных в решении *Вебер и Саравия*, выносит поражающее сво-

ей детализированностью решение. Суть подхода, использованного Судом в деле *Центрум фёр Рэттвиса*, а затем повторённого в *Биг Бразер Вотч*, заключается в том, что при принятии решения о введении режима массового перехвата данных государства пользуются широкой дискрецией, но, соответственно, дискреция при использовании этого режима гораздо уже и должна удовлетворять набору критериев, которые нацелены на то, чтобы минимизировать риск злоупотребления властью⁵⁵. Скрупулёзная разработка содержания и применимости этих критериев к различным типам и этапам мероприятий по массовому перехвату данных, включая сотрудничество со спецслужбами других государств, и составляет основу постановления по делу *Биг Бразер Вотч*.

Содержательно подход ЕСПЧ к проверке соответствия режима массовой слежки Конвенции, в частности статье 8, строится на сочетании признания ЕСПЧ массового перехвата данных допустимым *per se*, что воплощается в изъятии ряда ключевых параметров этих мер из-под теста проверки на «законность», «необходимость в демократическом обществе» и «пропорциональность», с особенностями применения данного теста в отношении остальных составляющих режима. Суд выделяет четыре этапа технологии «массовой слежки»: перехват данных, фильтрацию, отбор по критериям поиска и проверку аналитиками — и по крайней мере обещает, что широкая дискреция государств по принятию решения об использовании этого режима, то есть о перехвате, будет сочетаться со строгим контролем на последующих этапах⁵⁶. Соответственно, необходимо выяснить, что именно выводится ЕСПЧ из-под проверки и насколько строго оцениваются остающиеся параметры на самом деле.

3.1. Параметры режима «массовой слежки», выведенные из-под проверки

Сразу несколько параметров режима «массовой слежки» оказались выведены ЕСПЧ из-под проверки на соответствие уже разработанным в практике Суда критериям, при-

⁵² См. список организаций: *Big Brother Watch v. UK*. Appendix. P. 186.

⁵³ См.: *Big Brother Watch v. UK*. § 269.

⁵⁴ См.: *Centrum för Rättvisa v. Sweden*. § 112.

⁵⁵ См.: *Big Brother Watch v. UK*. § 315, 329; *Centrum för Rättvisa v. Sweden*. § 113.

⁵⁶ См.: *Big Brother Watch v. UK*. § 315, 329.

меняемым в рамках статьи 8 Конвенции, в качестве следствия признания допустимости массового перехвата данных *per se*. Причём в постановлении *Биг Бразер Вотч* Суд эксплицитно отметил не все, а только два таких изъятия, указав, что к данному типу слежки по определению не могут применяться ни критерий «обоснованного подозрения» в отношении лиц, чьи данные перехватываются, ни последующее уведомление о проводившейся операции⁵⁷.

Отказ от критерия «обоснованного подозрения» на самом деле является отказом от применения любого вида подозрения, и это явное отступление от собственной позиции, сформулированной в делах *Роман Захаров*, а также *Сабо и Висси*. А исключая требование об *ex post facto* уведомлении, ЕСПЧ пересмотрел свой подход, зафиксированный в первом касавшемся «массовой слежки» деле — *Вебер и Саравия*⁵⁸. До принятия решения по делу *Биг Бразер Вотч* Суд признавал, что «последующее уведомление неразрывно связано с эффективностью мер судебной защиты и, соответственно, с существованием эффективных гарантий против злоупотребления властью по проведению мониторинга, поскольку, в принципе, у соответствующего индивида останется мало возможностей по обращению в суды, если только он не будет уведомлен о мерах, принятых без его согласия»; и что уведомление должно быть направлено так скоро после завершения слежки, как только это не «будет подрывать цели» применения данной меры⁵⁹. Пусть Суд не исходил из абсолютного характера этого требования в *Вебер и Саравия*, но он явно был далёк от того, чтобы полностью от него отречься.

Другим исключением стало то, что ЕСПЧ отказался рассматривать в качестве необходимого предварительное получение судебного разрешения на проведение подобных операций. Сам Суд не преминул особо подчеркнуть, что это решение не вытекает из несовместимости данного требования с выводом о правомерности массовой слежки *per se*⁶⁰. В отношении массового перехвата данных предварительная судебная санкция, по мнению

ЕСПЧ, это не более чем «лучшая практика»⁶¹. Однако в этом признании сложно не заметить изрядную долю лукавства. Суд обосновывает такой шаг тем, что само по себе вынесение судебного решения, уполномочивающего на проведение подобной операции, не является гарантией от произвола. Аргументация ЕСПЧ при этом страдает нелогичностью, подсвечивая явную «натянутость» этого вывода. Суд приводит в качестве примера дело *Роман Захаров против России*⁶², когда было установлено, что судьи при вынесении решений, разрешающих установление режима перехвата данных, из-за ограниченности судебного усмотрения не могли оценивать пропорциональность и необходимость введения этого режима, что низводило всю процедуру до уровня простой процессуальной формальности⁶³. Схожие проблемы при проведении предварительного судебного контроля были установлены ЕСПЧ и по другим делам⁶⁴. На этом основании Суд, казалось бы, верно подытоживает, что судебный контроль «сам по себе не является ни необходимым, ни достаточным для того, чтобы обеспечить соблюдение статьи 8 Конвенции»⁶⁵. Однако это умозаключение нужно оценивать, принимая во внимание, какие ЕСПЧ выводит из него следствия. Вместо того чтобы прийти к выводу о толковании требования о предварительном судебном контроле как включающем в себя оценку его «качества», Суд решает отказаться от применения этого требования вообще⁶⁶. В этой части ЕСПЧ соглашается с мнением Венецианской комиссии о том, что «независимый надзор может быть способен компенсировать отсутствие разрешения, выданного судом»⁶⁷. Представляется, что за этой невыдерживающей критики линией рассуждений — как бы ни пытался открититься от этого Суд — имплицитно стоит общий вывод о

⁶¹ Ibid. § 318–320.

⁶² См.: Ibid. § 319.

⁶³ См.: *Roman Zakharov v. Russia*. § 194; *Big Brother Watch v. UK*. § 319.

⁶⁴ См.: EctHR. *Association for European Integration and Human Rights and Ekimdzhiev v. Bulgaria*. Application no. 62540/00. Judgment of 28 June 2007. § 85; *Mustafa Sezgin Tanrikulu v. Turkey*. Application no. 27473/06. Judgment of 18 July 2017. § 64.

⁶⁵ *Big Brother Watch v. UK*. § 320.

⁶⁶ См.: *Big Brother Watch v. UK*. Partly Concurring, Partly Dissenting Opinion of Judge Koskelo, Joined by Judge Turkovic. § 25.

⁶⁷ Ibid. § 318.

⁵⁷ См.: *Big Brother Watch v. UK*. § 317.

⁵⁸ См.: *Weber and Saravia v. Germany*. § 135.

⁵⁹ См.: Ibid.; *Szabó and Vissy v. Hungary*. § 86.

⁶⁰ См.: *Big Brother Watch v. UK*. § 317.

признании соответствия «массовой слежки» *per se* соответствующей Конвенции. ЕСПЧ, как это можно предположить, исходит из того, что предъявление требования о судебном санкционировании проведения подобных мероприятий не как формальности неразрывно сопряжено с необходимостью использования судами некоего стандарта оценки, который будет невозможен без оценки доказательств. В то же время отсутствие или недостаток конкретных доказательств (то есть предельно общий характер подозрений, которые могут лечь в основу установления «массовой слежки»), невозможность допуска судей к этим, даже если и имеющимся, то, скорее всего, засекреченным, данным, равно как и объём и количество дел, как раз и являются ключевыми характеристиками режима массового перехвата данных.

В рамках оценки предсказуемости национального законодательства ЕСПЧ также совершил несколько отступлений от наработанной схемы проверки, применяемой к целенаправленной слежке. В отношении природы правонарушений, которые служат поводом для инициирования мероприятий по массовому перехвату данных, Суд указал на то, что акцент должен смещаться на этап отбора полученной информации для проведения проверки⁶⁸. Насколько ЕСПЧ ослабил это требование по отношению к проведению «массовой слежки», становится понятно, когда он признаёт, что общего упоминания в применимых правовых актах об угрозах «национальной безопасности» уже вполне достаточно для того, чтобы соответствовать этому требованию. То обстоятельство, что за этим термином может скрываться практически всё что угодно, ЕСПЧ оценил как его достоинство, а не недостаток⁶⁹. В качестве аргумента Суд при этом апеллировал к тому, что понятие «национальная безопасность» «постоянно используется как в национальном, так и международном праве и представляет одну из легитимных целей, на которые ссылается пункт 2 статьи 8 [Конвенции]»⁷⁰. ЕСПЧ не стал предъявлять сколь бы то ни было строгих требований и к формулированию круга правонарушений в актах о проведении кон-

кретных операций. В самом постановлении по делу *Big Brother Watch* в качестве примеров подобных формулировок приводятся такие фразы, как «материал, представляющий информацию о терроризме... включающий, но не ограниченный террористическими организациями, террористами, активными симпатизирующими лицами, планированием нападений, сбором средств»⁷¹. Суд ограничился указанием только на то, что использование более чётких выражений «было бы очень желательно»⁷². Представляется, что поразительная готовность ЕСПЧ довольствоваться таким уровнем абстракции может быть продиктована только изначально принятым решением о предельно широкой дискреции государств по использованию массового перехвата данных.

Оценка предсказуемости законодательной базы включает в себя и такой элемент, как возможность чётко установить круг лиц, в отношении которых будет применяться соответствующая мера. В отношении «массовой слежки» Суд сухо констатирует: «понятно, что эта категория является широкой»⁷³. Разграничение сообщений на «внешние» (когда известно, что одна из сторон находится не на территории государства) и «внутренние» и исключение последних из-под режима перехвата⁷⁴ фигурируют в аргументации ЕСПЧ по данному вопросу только в связи с тем, что подобное ограничение было использовано в оцениваемом на соответствие Конвенции законодательстве Соединённого Королевства. Ещё одно ограничение Суд считает очевидным, отмечая, что, хотя «потенциально сообщения любого человека могут быть перехвачены», «ясно, что секретные службы не только не перехватывают все сообщения, но и не пользуются беспрепятственной дискрецией по перехвату любых сообщений по своему выбору»⁷⁵ (выделено мной. — В.Р.). В части пределов этой дискреции ЕСПЧ указывает на необходимость соблюдения национального законодательства, а также пропорциональность массового перехвата данных преследуемой цели⁷⁶. Учитывая позицию Су-

⁷¹ Ibid. § 342, 156.

⁷² Ibid. § 342.

⁷³ Ibid. § 336.

⁷⁴ См.: Ibid. § 336, 337.

⁷⁵ Ibid. § 337.

⁷⁶ См.: Ibid.

⁶⁸ См.: *Big Brother Watch v. UK*. § 329.

⁶⁹ См.: Ibid. § 333, 332.

⁷⁰ Ibid. § 333.

да в отношении формулирования цели, становится понятно, что требование об определённости круга лиц, чьи данные могут быть перехвачены государством, фактически не предьявляется.

Всеохватывающий, не ограниченный конкретными целями характер режима «массовой слежки» получает отражение в том, что в постановлении *Биг Бразер Вотч и другие против Соединённого Королевства* ЕСПЧ отказывается применять ранее выведенное в решении по делу *Вебер и Саравия*⁷⁷ правило о том, что критерии поиска, применяемые к перехваченным данным, должны быть указаны в приказе о проведении операции. «Это с необходимостью подорвало и ограничило бы применение приказа, — указывает Суд в решении 2018 года, — и было бы в любом случае нереалистичным»⁷⁸. Гарантией защиты от произвола, по мнению ЕСПЧ, должно быть то, что эти поисковые слова и так называемые «селекторы» должны быть предметом независимого надзора⁷⁹. Отсутствие такого надзора как раз и является тем основанием, по которому ЕСПЧ устанавливает нарушение статьи 8 Конвенции⁸⁰.

Таким образом, получается, что, используя логический ход по признанию массовой слежки допустимой *per se*, ЕСПЧ ещё в большей степени, чем это было в 2006 году в деле *Вебер и Саравия*, ограничивает действие предусмотренного в Конвенции права на уважение частной жизни.

3.2. Проверяемые на соответствие Конвенции параметры «массовой слежки»: где строгость, там и милость

Далее необходимо установить, действительно ли и в какой именно части ЕСПЧ применил строгий подход к оценке соответствия Конвенции правовой базы, регулирующей массовый перехват данных, за пределами того, что было изъято из-под этой проверки.

Начать следует с того, что Суд не вывел в постановлении *Биг Бразер Вотч* каких-либо новых критериев, которые должны применяться к режиму массовой слежки. Во-пер-

вых, он предсказуемо опирался на перечень из шести критериев, сформулированных в деле *Вебер и Саравия*, исключив из него первые два, к которым относятся природа правонарушений, которые могут служить основанием для выдачи приказа о перехвате сообщений, и определение категорий лиц, чьи сообщения могут перехватываться⁸¹ (как уже указывалось, это было сделано в связи с признанием массовой слежки *per se* не нарушающей Конвенцию). Оставшиеся четыре критерия включали в себя: ограничение продолжительности перехвата данных; процедуру, которая должна использоваться для проверки, использования и хранения полученных данных; меры предосторожности, которые должны быть приняты при передаче данных другим сторонам; а также обстоятельства, при которых перехваченные данные должны быть стёрты или уничтожены⁸². Во-вторых, этот перечень был дополнен критериями, выведенными в деле *Роман Захаров против России*, среди которых: обеспечение надзора за применением мер по тайной слежке, введение процедуры уведомления, а также наличие средств правовой защиты⁸³.

Новеллой в подходе Суда, которую многие поспешили назвать победой в деле отставания права на частную жизнь⁸⁴, стало расширение в постановлении *Биг Бразер Вотч* круга информации, перехватывание которой может составлять посягательство на статью 8 Конвенции, с содержания сообщений до их метаданных⁸⁵. Ключевые положения решения в этой части состоят в том, что Суд отказывается признавать «получение метаданных в меньшей степени покушающимися на права человека по сравнению с получением доступа к содержанию сообщений»⁸⁶ и подчёркивает, что «закономерности, которые будут выявлены, могут быть способны нарисовать интимную картину личности путём картографирования социальных сетей, отслеживания местоположения, а также истории использования интернет-браузеров, выявления паттер-

⁸¹ См.: *Big Brother Watch v. UK*. § 424.

⁸² См.: *Ibid.*

⁸³ См.: *Roman Zakharov v. Russia*. § 238.

⁸⁴ См., например: *Milanovic M.* ECtHR Judgment in *Big Brother Watch v. UK*.

⁸⁵ В тексте решения ЕСПЧ использует термин “related communications data”.

⁸⁶ *Big Brother Watch v. UK*. § 356.

⁷⁷ См.: *Weber and Saravia v. Germany*. § 32.

⁷⁸ *Big Brother Watch v. UK*. § 340.

⁷⁹ См.: *Ibid.* § 340.

⁸⁰ См.: *Ibid.* § 347, 387.

нов коммуникаций, равно как и инсайда о тех, с кем происходило общение»⁸⁷. ЕСПЧ, действительно, впервые распространил защиту Конвенции на этот тип данных, однако в данном, несомненно прогрессивном, шаге есть одно «но», которое серьёзно нивелирует это свершение. Дело в том, что, повторив заветные фразы, за появление которых в судебных решениях так давно боролись правозащитные организации, ЕСПЧ не уравнил режимы проверки перехвата содержания сообщений и их метаданных. Суд не вышел на применимость шести минимальных критериев, выведенных в деле *Вебер и Саравия*, к метаданным, указав только на то, что изъятие этих данных из круга информации, к которым применяются гарантии, предусмотренные национальным законодательством, не является оправданным⁸⁸. Отсюда, в деле борьбы за признание перехвата метаданных таким же, если не большим, вторжением в частную жизнь, как и получение доступа к содержанию сообщений, ещё рано ставить точку.

Появление другой новеллы в постановлении по делу *Биг Бразер Вотч* было связано не с изменением уже применявшегося ранее подхода, а обусловлено тем, что перед Судом впервые был поставлен вопрос о соответствии Конвенции режима получения перехваченной информации от иностранных спецслужб⁸⁹. Исключив из области проверки стадию перехвата данных по причине отсутствия у ответчика юрисдикции и невозможности вменить ему эти действия⁹⁰, ЕСПЧ оценивал получение Соединённым Королевством данных, их последующее хранение, проверку и использование⁹¹. Обоснованность такого исключения вызывает вопросы. Суд отмечает, что непосредственно перехват данных может осуществляться в том числе по запросу ответчика⁹². Не должно ли это влечь возникновение международной ответственности у государства, которое направляет такой запрос? ЕСПЧ, ссылаясь на Статьи об ответственности государств⁹³ (*далее* — Статьи), однознач-

но утверждает, что нет, так как эта ситуация не подпадает ни под один из описанных в них случаев. Представляется, из всех предусмотренных в этих Статьях вариантов можно было бы рассматривать осуществление руководства и контроля над другим государством в совершении последним международно-противоправного деяния, если бы не очень высокая планка, которая предъявляется при установлении наличия такого «руководства и контроля»: «реальное руководство оперативного плана»⁹⁴. Таким образом, Суд оказывается прав: действия по перехвату, совершённые другим государством, нельзя вменить государству-ответчику. Решением могло бы быть рассмотрение действий обоих государств через призму «совместной ответственности», если бы эта концепция имела нормативный характер⁹⁵. В любом случае проблемой являлось бы и установление осуществления «юрисдикции» по статье 1 Конвенции⁹⁶. Соответственно, как право международной ответственности, так и сфера применения Конвенции не позволяют выйти на оценку перехвата данных, оставляя серьёзный пробел в защите прав человека, которым вполне могут пользоваться или уже воспользовались государства — участники Конвенции.

Однако исключение этапа получения данных не является единственной особенностью проверки схемы сотрудничества спецслужб на соблюдение статьи 8 Конвенции. При проверке использования данных, полученных от иностранных спецслужб, ЕСПЧ, казалось бы, применяет выведенные в делах *Вебер и Саравия* и *Роман Захаров* критерии. Эксплицитно Суд указывает на некоторое ослабление требований к описанию обстоятельств, при которых может быть направлен запрос о

за международно-противоправные деяния». Статья 8. URL: http://www.un.org/ru/documents/decl_conv/conventions/pdf/responsibility.pdf (дата обращения: 03.12.2018).

⁸⁴ Crawford J. The International Law Commission's Articles on State Responsibility: Introduction, Text and Commentaries. Cambridge ; New York : Cambridge University Press, 2002. P.154; Draft articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, with Commentaries 2001 // Yearbook of the International Law Commission. 2001. Vol. II. Part 2. P.26—116, 68—69.

⁸⁵ См.: Nollkaemper A., Jacobs D. Shared Responsibility in International Law: A Conceptual Framework // Michigan Journal of International Law. Vol. 34. 2013. No. 2. P.359—438, 363.

⁸⁶ См.: Milanovic M. Human Rights Treaties and Foreign Surveillance: Privacy in the Digital Age // Harvard International Law Journal. Vol. 56. 2015. No. 1. P.81—146, 124—129.

⁸⁷ *Big Brother Watch v. UK*. § 356.

⁸⁸ См.: Ibid. § 352—357.

⁸⁹ См.: Ibid. 416.

⁹⁰ См.: Ibid. 420.

⁹¹ См.: Ibid. 421.

⁹² См.: Ibid. § 417, 420.

⁹³ См.: Статьи об ответственности государств за международно-противоправные деяния, приняты резолюцией Генеральной Ассамблеи ООН A/RES/56/83 «Ответственность государств

предоставлении перехваченного материала⁹⁷. Однако при этом ЕСПЧ вообще не применяет критерий, связанный с длительностью и, соответственно, необходимостью прекращения перехвата данных. Помимо этого, обращает на себя внимание и то, что при анализе процедуры проверки перехваченных данных и, по сути, по второму кругу оценивая те же нормы британского законодательства, которые уже были предметом рассмотрения в этом постановлении, Суд решил не повторять, что имело место нарушение, связанное с отсутствием надзора за выбором сообщений на стадии фильтрации и их отбора для проверки аналитиком⁹⁸. Здесь можно лишь гадать, является ли такое упущение сознательным или же оно было допущено по ошибке.

В нескольких аспектах постановления по делу *Биг Бразер Вотч* можно разглядеть не ужесточение, а ослабление ЕСПЧ уже занятой ранее позиции. Во-первых, ЕСПЧ решил снизить ранее выведенную планку требований к надзору за проведением операций по массовому перехвату данных. В 2015 году в деле *Роман Захаров против России* Суд сформулировал, что, если компетенцией уполномочивать на установление слежки наделён не судебный орган, это всё ещё может быть совместимо с Конвенцией, если этот орган «достаточно независим от исполнительной власти»⁹⁹. В постановлении по делу *Биг Бразер Вотч* ЕСПЧ явно идёт на попятную, указывая, что требовал этого «в общем», в частности же нужно принимать во внимание «непосредственное использование системы перехвата в целом, включая сдержки и противовесы осуществления власти, существование (или отсутствие) каких-либо доказательств реальных злоупотреблений... таких как уполномочивание на проведение таких операций на беспорядочной и нерегулярной основе или без надлежащего рассмотрения»¹⁰⁰.

Во-вторых, несмотря на признание допустимым предельно общего формулирования целей, ради которых устанавливается режим массового перехвата данных, в предыдущих делах Суд требовал, чтобы принимаемые государством меры были необходимы для их

достижения. В постановлении *Биг Бразер Вотч*, анализируя британское законодательство, ЕСПЧ выявил, что в качестве обстоятельства, при котором перехваченные данные могут быть переданы или скопированы, указан случай, когда эти действия, «вероятно, могут стать необходимыми» (англ.: “likely to become necessary”) для достижения «одобренной цели»¹⁰¹. Это, однако, не вылилось в признание нарушения из-за того, что ЕСПЧ принял во внимание, что круг лиц, которые могут воспользоваться этой возможностью, ограничен имеющими необходимый уровень допуска, и ограничился на сей счёт лишь рекомендацией¹⁰².

4. Новый подход Европейского Суда по правам человека к массовой слежке как отражение консенсуса «Больших братьев»?

Сам Суд в постановлении по делу *Биг Бразер Вотч* уделил очень мало внимания обоснованию своего стратегического выбора в пользу легитимности массовой слежки как таковой, представив следующие аргументы. Во-первых, не отрицая произошедший качественный скачок в информационных технологиях, ЕСПЧ тем не менее сделал упор на то, что им воспользовались «террористы и преступники», которым это помогает «избежать обнаружения в Интернете»¹⁰³. Во-вторых, введение режима массового перехвата данных Суд обосновал непредсказуемостью путей, по которым передаются электронные сообщения¹⁰⁴. В-третьих, рассуждая об эффективности этой меры и выполнении ею упреждающей функции, ЕСПЧ указал на отсутствие альтернатив, которые могли бы заменить режим массового перехвата данных¹⁰⁵.

Эти аргументы представляются явно односторонними: учитывая возросшие возможности по использованию технологий, ЕСПЧ замечает только «террористов и преступников», предпочитая умолчать об увеличивающихся по экспоненте аппетитах государств по сбору и анализу информации о гражданах. Всего десять лет назад эти желания техноло-

⁹⁷ См.: *Big Brother Watch v. UK*. § 424, 428–430.

⁹⁸ См.: *Ibid.* § 387.

⁹⁹ *Roman Zakharov v. Russia*. § 258.

¹⁰⁰ *Big Brother Watch v. UK*. § 377.

¹⁰¹ *Ibid.* § 368.

¹⁰² См.: *Ibid.*

¹⁰³ *Ibid.* § 314.

¹⁰⁴ См.: *Ibid.*

¹⁰⁵ См.: *Ibid.* § 384.

гически сдерживались отсутствием или неэффективностью систем по хранению и обработке больших данных. Наконец, апеллируя к отсутствию альтернатив, Суд не рассматривает меры по установлению целенаправленной слежки. Частое использование ЕСПЧ при обосновании своего выбора слов «понятно» и «ясно», заставляет задуматься о том, что в действительности имеется в виду: здравый смысл, эффективность применения мер, технические возможности или всё в совокупности? В большинстве же случаев это всего лишь слегка замаскированная обратная отсылка к постулату о том, что массовый перехват данных *per se* не является нарушением Конвенции.

Что же в действительности могло стоять за решением Суда? Если исходить из принципиальной способности международного права прав человека и, в частности, Конвенции о защите прав человека и основных свобод, несмотря на различные ограничения сферы её применения, выступить в качестве инструмента, который может быть использован для запрета «массовой слежки» со стороны государств-участников, то необходимо разобраться с тем, почему ЕСПЧ не решился взять на себя смелость использовать заложенную в конструкцию статьи 8 возможность объявить не основанную на наличии обоснованного подозрения слежку нарушающей Конвенцию. Какие *политические основания* оказали большее влияние при применении Судом метода «балансирования», предопределив трактовку того, что является «необходимым в демократическом обществе»¹⁰⁶?

Начиная с 2001 года как общественное мнение, так и отношение Совета Европы и Европейского Союза к допустимости «массовой слежки» неоднократно менялось¹⁰⁷. Ма-

ятник снова пришёл в движение, следуя за сделанными в 2013 году разоблачениями Э. Сноудена: открыв глаза на масштабность программ электронной слежки, они катализировали как политические, так и юридические попытки привлечь власть к ответственности и оформили массовый запрос на то, чтобы если не запретить, то существенно сократить и ограничить возможности по перехвату данных. Однако в связи с тем, что с 2015 года по Европе прокатилась волна террористических актов (Париж, Брюссель, Ницца, Берлин, Манчестер, Лондон, Барселона), маятник общественного мнения качнулся в другую сторону, чем не преминули воспользоваться многие государства, чтобы, приняв соответствующее законодательство, урегулировать и тем самым, с одной стороны, ограничить, а с другой — легализовать массовый перехват данных на национальном уровне.

К примеру, во Франции практически сразу после терактов в Париже 30 ноября 2015 года был принят Закон о мерах по слежке за международными электронными коммуникациями¹⁰⁸, который позволяет перехватывать все сообщения, направленные за границу или полученные за границей¹⁰⁹, и хранить контент сообщений один год, а метаданные — шесть лет¹¹⁰. В ФРГ 23 декабря 2016 года был принят Закон о перехвате зарубежных сообщений Федеральной разведывательной службой¹¹¹, в котором регулируется слежка за гражданами иностранных государств¹¹². В 2016 году изменения в швейцарское законодательство, значительно расширяющие возможности по установлению массовой слежки, были вынесены на референдум и получили одобрение со стороны 65,5 % его участников¹¹³. В этом же году были внесены изменения в польский Закон о полиции и некоторые

¹⁰⁶ См.: Koskeniemi M. The Politics of International Law. Oxford; Portland, OR: Hart Publishing, 2011. P. 146.

¹⁰⁷ См.: European Parliament. Resolution on the First Report on the Implementation of the Data Protection Directive (95/46/EC) (COM(2003) 265 – C5-0375/2003 – 2003/2153(INI)). URL: <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+REPORT+A5-2004-0104+0+DOC+XML+V0//EN&language=en> (дата обращения: 16.11.2018); European Council. Declaration on Combating Terrorism of 25 March 2004, § 11. URL: https://www.consilium.europa.eu/uedocs/cms_data/docs/pressdata/en/ec/79637.pdf (дата обращения: 16.11.2018). См. также: Maras M.-H. The Social Consequences of a Mass Surveillance Measure: What Happens When We Become the “Others”? // International Journal of Law, Crime and Justice. Vol. 40. 2012. No. 2. P. 65–81, 65–66.

¹⁰⁸ См.: Loi n°2015-1556 du 30 novembre 2015 relative aux mesures de surveillance des communications électroniques internationales. URL: <https://www.legifrance.gouv.fr/eli/loi/2015/11/30/DEFX1521757L/jo/texte> (дата обращения: 16.11.2018).

¹⁰⁹ См.: Ibid. Article 1.

¹¹⁰ См.: Ibid.

¹¹¹ См.: Gesetz zur Ausland-Ausland-Fermeldeaufklärung des Bundesnachrichtendienstes vom 23. Dezember 2016 // Bundesgesetzblatt. 2016. Teil I. Nr. 67. S. 3346–3353.

¹¹² См. подр.: Wetzling Th., Simon S. Eine kritische Würdigung der BND-Reform. URL: <https://verfassungsblog.de/eine-kritische-wuerdigung-der-bnd-reform/> (дата обращения: 16.11.2018).

¹¹³ См.: URL: <https://www.theguardian.com/world/2016/sep/25/switzerland-votes-in-favour-of-greater-surveillance> (дата обращения: 16.11.2018). См.: Bundesgesetz betreffend die Über-

другие акты, регулирующие использование тайной слежки¹¹⁴.

Таким образом, принимая постановления по делам *Центрум фёр Рэттвиса* и *Биг Бразер Вотч*, ЕСПЧ, изменив свой собственный подход, пошёл в фарватере развития законодательства и подходов европейских государств. Подтверждением тому может служить то, что решение по делу *Биг Бразер Вотч* изобилует ссылками на доклад Венецианской комиссии «О демократическом надзоре за службами, занимающимися радиоэлектронной разведкой»¹¹⁵. В частности, вывод ЕСПЧ о допустимости массовой слежки *per se* базируется на позиции Венецианской комиссии, признающей существенным вторжением в право на защиту частной жизни не сбор, а доступ и последующую работу с перехваченными данными¹¹⁶. Важно подчеркнуть, что комиссия предварила этот вывод ссылкой на существующую «европейскую перспективу»¹¹⁷. Хотя в докладе это понятие нигде не раскрывается, можно судить о том, что члены Венецианской комиссии исходили из некоего общего подхода, складывающегося из суммирования позиций европейских государств, а не практики ЕСПЧ и Суда ЕС. Такое заключение можно сделать на том основании, что в докладе вывод о необходимости переноса акцента на доступ и последующую работу с данными не сопряжён с дифференциацией целей установления слежки, в то время как на момент принятия доклада ЕСПЧ и Суд ЕС требовали от государств, чтобы тайная слежка в рамках борьбы с преступлениями, включая сбор данных, проходила только на основании обоснованного подозрения¹¹⁸.

wachung des Post- und Fernmeldeverkehrs vom 18. März 2016 (stand am 1. März 2018). URL: <https://www.admin.ch/opc/de/classified-compilation/20122728/index.html> (дата обращения: 16.11.2018).

¹¹⁴ См.: European Commission for Democracy through Law (Venice Commission). Opinion on the Act of 15 January 2016 Amending the Police Act and Certain Other Acts of 10–11 June 2016. URL: [https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD\(2016\)012-e](https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD(2016)012-e) (дата обращения: 16.11.2018).

¹¹⁵ См.: Venice Commission. Report of 2015.

¹¹⁶ См.: Ibid. § 60.

¹¹⁷ Ibid.

¹¹⁸ См.: ECtHR: *Association for European Integration and Human Rights and Ekimdzhev v. Bulgaria*. Application no. 62540/00. Judgment of 28 June 2007. § 79, 80; *Lordachi and Others v. Moldova*. Application no. 25198/02. Judgment of 10 February 2009. § 51; *Digital Rights Ireland*. § 57.

Конечно, ЕСПЧ не мог не учитывать и крайне скептического отношения европейских государств к исполнению решений, связанных с ограничением возможностей по использованию массового перехвата данных. К примеру, большинство государств, входящих в ЕС, либо не исполнили, либо не в полной мере исполнили решение Суда ЕС по делу *Диджитл Райтс Ирландия*¹¹⁹. Кроме того, общей тенденцией является то, что в государствах, законодательство которых претерпело изменения, перемены были запущены не органами власти, а стали результатом судебных процессов, инициированных неправительственными организациями¹²⁰. В Российской Федерации и в Венгрии так и не были приняты меры общего характера по исполнению постановлений по делам *Роман Захаров* и *Сабо и Виссу*¹²¹. Можно предположить, что для ЕСПЧ, пусть не «авторитет», а «власть» которого серьёзно подтачиваются так называемым «стратегическим неисполнением» его решений рядом государств-членов¹²², способность и готовность прямо пойти против подхода, сложившегося на национальном уровне, существенно ограничены в силу действия институционального инстинкта самосохранения.

5. На пути к всеобщему «паноптикуму»...

Многие авторы, исследовавшие применимость международного права прав человека

¹¹⁹ См.: Privacy International. National Data Retention Laws since the CJEU's Tele-2/Watson Judgment. September 2017. P. 12. URL: https://privacyinternational.org/sites/default/files/2017-12/Data%20Retention_2017.pdf (дата обращения: 16.11.2018).

¹²⁰ См.: Ibid. P. 13.

¹²¹ См.: UN Human Rights Committee, Concluding Observations on the Sixth Periodic Report of Hungary of 29 March 2018. CCPR/C/HUN/CO/6. § 43. URL: https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CCPR/C/HUN/CO/6&Lang=En (дата обращения: 16.11.2018); Комитет Министров Совета Европы. Дело «Роман Захаров против Российской Федерации» (Жалоба № 47143/06). Решение от 5–7 декабря 2017 года. 1302-е заседание, CM/Del/Dec(2017)1302/H46-26. URL: <https://rm.coe.int/romanzakharov-decision-1302-ru/16807bfa5f> (дата обращения: 16.11.2018).

¹²² См.: *Madsen M.R.* The Challenging Authority of the European Court of Human Rights: from Cold War Legal Diplomacy to the Brighton Declaration and Backlash // *Law And Contemporary Problems*. Vol. 79. 2016. No. 1. P. 141–178, 175. См. также: *De Londras F., Dzehstiarou K.* Mission Impossible? Addressing Non-Execution Through Infringement Proceedings in the European Court of Human Rights // *International and Comparative Law Quarterly*. Vol. 66. 2017. No. 2. P. 467–490.

в «цифровую эру» как до, так и после вынесения ЕСПЧ постановления по делу *Биг Бразер Вотч*, исходят из того, что электронная «массовая слежка» *per se* не является нарушением международно-правовых обязательств государств в сфере защиты права на частную жизнь и свободы выражения¹²³. Однако, маргинализируя идею о возможности признания нелегальности использования «массовой слежки» в свете прав человека как, пользуясь известной дихотомией М. Коскенниemi, исключительно «утопическую», мы можем не заметить постепенной трансформации государств в дистопии.

ЕСПЧ, конечно, не является единственным органом, который обладает компетенцией по проверке соблюдения прав человека, однако нельзя исключать, что его постановления по делам *Центрум фёр Раттвиса* и *Биг Бразер Вотч* в той или иной степени окажут влияние на позицию Суда ЕС, и он тоже сочтёт, что избранный ранее путь, возможно, был «слишком прогрессивным». Позиция Комитета ООН по правам человека, а равно специальных докладчиков ООН, при всём своём критическом отношении к «массовой слежке», нивелируется отсутствием обязательной силы принимаемых решений или озвучиваемых подходов. Кроме того, давно ожидаемое новое Замечание общего порядка к статье 17 Международного пакта о гражданских и политических правах до сих пор так и не принято¹²⁴. Наконец, защита, предоставляемая гражданам демократических государств их конституциями, может оказаться недостаточной. Ярким примером тому может служить вынесенное в 2016 году Федеральным конституционным судом Германии решение, в котором он пришёл к выводу, что отказ

в раскрытии специальной парламентской комиссии «селекторов» и поисковых слов, применяемых при массовом сборе данных в рамках сотрудничества германских и американских спецслужб (BND и NSA), когда, возможно, перехватывались и сообщения граждан ФРГ, не является нарушением Основного закона¹²⁵. В основу решения суд положил постулат о том, что интерес в поддержании способности правительства осуществлять внешнюю политику и политику в области безопасности «перевешивает» право парламентской комиссии на ознакомление со списками «селекторов»¹²⁶. Кроме того, даже если программы по «массовой слежке» действительно исключают граждан своего государства, конституционная защита может оказаться иллюзорной, потому как нельзя забывать, что «все мы — иностранцы»¹²⁷: запрет на массовую слежку за собственными гражданами может быть с лёгкостью обойдён путём сотрудничества со спецслужбами других государств.

Анализируя постановление ЕСПЧ по делу *Биг Бразер Вотч*, сложно не заметить, как с «широко закрытыми глазами» общество движется ко всеобщему «паноптикуму», точно-точно реализуя описанный Мишелем Фуко сценарий. В частности, в своём труде «Надзирать и наказывать. Рождение тюрьмы», изданном в 1975 году, он очень чётко охарактеризовал роль государства в слежке за своими гражданами: «Надо раз и навсегда перестать описывать проявления власти в отрицательных терминах: она, мол, “исключает”, “подавляет”, “цензурует”, “извлекает”, “маскирует”, “скрывает”. На самом деле, власть производит. Она производит реальность; она производит области объектов и ритуалы истины. Индивид и знание, которое можно получить об индивиде, принадлежат к её продукции»¹²⁸. Решение ЕСПЧ, когда, предпочтя принципиальности эффективность, он снизил планку предъявляемых к государствам

¹²³ См., например: *Lubin A.* “We Only Spy on Foreigners”: The Myth of a Universal Right to Privacy and the Practice of Foreign Mass Surveillance // *Chicago Journal of International Law*. Vol. 18. 2018. No. 2. P.502–552, 545–546; *Milanovic M.* Human Rights Treaties and Foreign Surveillance: Privacy in the Digital Age. P.82, 132; *Margulies P.* The NSA in Global Perspective: Surveillance, Human Rights, and International Counterterrorism // *Fordham Law Review*. Vol.82. 2014. No.5. P.2137–2167, 2166; *Georgieva I.* The Right to Privacy under Fire – Foreign Surveillance under the NSA and the GCHQ and Its Compatibility with Art.17 ICCPR and Art.8 ECHR // *Utrecht Journal of International and European Law*. Vol.31. 2015. No.80. P.104–130, 128; *Verbruggen F., Royer S., Seve-rijns H.* Op. cit.

¹²⁴ См.: *Joyce D.* Privacy in the Digital Era: Human Rights Online? // *Melbourne Journal of International Law*. Vol. 16. 2015. No. 1. P.270–285, 276.

¹²⁵ См.: *Bundesverfassungsgericht.* Beschluss des Zweiten Senats vom 13. Oktober 2016. 2 BvE 2/15. URL: http://www.bverfg.de/e/es20161013_2bve000215.html (дата обращения: 16.11.2018).

¹²⁶ См.: *Ibid.* § 5 (Leitsätze).

¹²⁷ *Cole D.* We Are All Foreigners: NSA Spying and the Rights of Others // *Just Security Blog*. 2013. 29 October. URL: <https://www.justsecurity.org/2668/foreigners-nsa-spying-rights/> (дата обращения: 16.11.2018).

¹²⁸ *Фуко М.* Надзирать и наказывать. Рождение тюрьмы / пер. с фр. В. Наумова; под ред. И. Борисовой. М.: Ad Marginem, 1999. С. 284.

требований по защите права на частную жизнь, вполне может оказаться фатальным.

Библиографическое описание:

Русинова В. Легализация «массовой слежки» Европейским Судом по правам человека: что стоит за постановлением по делу *Биг Бразер Вотч и другие против Соединённого Королевства?* // Международное правосудие. 2018. № 4 (28). С. 3–20.

Legalization of “mass surveillance” by the European Court of Human Rights: what stands behind the judgment in the case of *Big Brother Watch and Others v. the United Kingdom?*

Vera Rusinova

Doctor of Sciences in Law, Professor, Faculty of Law, Higher School of Economics, Moscow, Russia (e-mail: vrusinova@hse.ru).

Abstract

On September 13, 2018, the European Court of Human Rights rendered a judgment in the case of *Big Brother Watch and Others v. the United Kingdom*, in which it examined whether the legal acts of the UK on the mass interception of communications and its meta-data, as well as the intelligence sharing regime with foreign intelligence agencies, corresponds to the Convention on the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms. Having used an approach under which “while States enjoy a wide margin of appreciation in deciding what type of interception regime is necessary to protect national security, the discretion afforded to them in operating an interception regime must necessarily be narrower,” the Court thereby legalized the use of bulk interception of communications and meta-data. Assessing what content stands behind the acceptance of mass surveillance as not violating the Convention *per se*, this article demonstrates that the court, by acting both explicitly and implicitly, has exempted a number of key issues of these measures from the test on “legality”, “necessity in democratic society”, and “proportionality”, and has also significantly lowered the threshold of requirements in respect to other components of the bulk surveillance regime. This is an obvious reversal from a sufficiently progressive approach to the protection of the right for respect of private life and personal data against the background of ever-growing appetite of states for mass collection of data, which started to crystallize few years ago in jurisprudence of the ECHR and the Court of Justice of the EU. The article concludes with reflections on the political grounds that could have influenced the ECtHR’s application of the balancing method and predetermined its position on what is “necessary in a democratic society”.

Keywords

right to respect for private life; privacy; mass surveillance; meta-data; European Court of Human Rights; Court of Justice of the European Union.

Citation

Rusinova V. (2018) Legalizatsiya “massovoy slezhki” Evropeyskim Sudom po pravam cheloveka: chto stoit za postanovleniem po delu *Big Brother Watch and Others v. the United Kingdom?* [Legalization of “mass surveillance” by the European Court of Human Rights: what stands behind the judgment in the case of *Big Brother Watch and Others v. the United Kingdom?*]. *Mezhdunarodnoe pravosudie*, vol. 8, no. 4, pp. 3–20. (In Russian).

References

- Crawford J. (2002) *The International Law Commission’s Articles on State Responsibility: Introduction, Text and Commentaries*, Cambridge; New York: Cambridge University Press.
- De Londras F., Dzehtsiarou K. (2017) Mission Impossible? Addressing Non-Execution Through Infringement Proceedings in the European Court of Human Rights. *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 66, no. 2. pp. 467–490.
- Fuko M. (1999) *Nadzirat’i nakazyvat’*. Rozhdenie tyur’mы [Oversee and punish. The birth of the prison], V. Naumov (transl.), I. Borisova (ed.), Moscow: Ad Marginem.
- Georgieva I. (2015) The Right to Privacy under Fire – Foreign Surveillance under the NSA and the GCHQ and Its Compatibility with Art. 17 ICCPR and Art. 8 ECHR. *Utrecht Journal of International and European Law*, vol. 31, no. 80, pp. 104–130.
- Golubok S. (2015) Roman Zakharov v. Russia: Big Brother Under Control? *Journal for Constitutionalism and Human Rights*, no. 3–4 (8). pp. 20–26.
- Joyce D. (2015) Privacy in the Digital Era: Human Rights Online? *Melbourne Journal of International Law*, vol. 16, no. 1, pp. 270–285.
- Koskeniemi M. (2011) *The Politics of International Law*, Oxford; Portland, OR: Hart Publishing.
- Lubin A. (2018) “We Only Spy on Foreigners”: The Myth of a Universal Right to Privacy and the Practice of Foreign Mass Surveillance. *Chicago Journal of International Law*, vol. 18, no. 2. pp. 502–552.
- Madsen M. R. (2016) The Challenging Authority of the European Court of Human Rights: from Cold War Legal Diplomacy to the Brighton Declaration and Backlash. *Law And Contemporary Problems*, vol. 79, no. 1, pp. 141–178.
- Maras M.-H. (2012) The Social Consequences of a Mass Surveillance Measure: What Happens When We Become the ‘Others’? *International Journal of Law, Crime and Justice*, vol. 40, no. 2, pp. 65–81.
- Margulies P. (2014) The NSA in Global Perspective: Surveillance, Human Rights, and International Counterterrorism. *Fordham Law Review*, vol. 82, no. 5, pp. 2137–2167.
- Milanovic M. (2015) Human Rights Treaties and Foreign Surveillance: Privacy in the Digital Age. *Harvard International Law Journal*, vol. 56, no. 1, pp. 81–146.
- Nollkaemper A., Jacobs D. (2013) Shared Responsibility in International Law: A Conceptual Framework. *Michigan Journal of International Law*, vol. 34, no. 2, pp. 359–438.
- Pásztor E. (2017) Secret Intelligence Gathering – a Low Threshold Still Too High to Reach. *ELTE Law Journal*, no. 1, pp. 99–112.

Европейский Суд по правам человека: обзор постановления Большой Палаты от 25 сентября 2018 года по делу *Денисов (Denisov) против Украины* (жалоба № 76639/11)*

В решении по делу *Denisov v. Ukraine* Европейский Суд по правам человека рассмотрел жалобу Анатолия Денисова, который просил признать освобождение его от должности председателя Киевского апелляционного административного суда нарушающим статью 6 (право на справедливое судебное разбирательство) и статью 8 (право на уважение частной жизни) Конвенции. Суд в очередной раз подтвердил свою устоявшуюся точку зрения, впервые сформулированную в деле *Vilho Eskelinen and Others v. Finland* о том, что трудовые споры государственных служащих, включая судей, подпадают под гражданско-правовую составляющую (civil limb) статьи 6 Конвенции. В рассматриваемом деле Суд проанализировал особенности процедуры освобождения от должности судей на Украине, опираясь на ранее сделанные выводы в деле *Oleksandr Volkov v. Ukraine*. Суд пришёл к выводу, что как процедура освобождения заявителя от должности в Высшем совете юстиции, так и процедура рассмотрения его апелляции на решение Совета в Высшем административном суде Украины не соответствуют базовым принципам, изложенным в статье 6 Конвенции, в первую очередь в части требования о независимом и беспристрастном суде. В отношении жалобы Анатолия Денисова на нарушение статьи 8 Суд указал, что хотя освобождение от должности судьи может повлечь негативные последствия для частной жизни заявителя, составной частью которой является его деловая репутация среди коллег, тем не менее в этом конкретном случае эти последствия, по мнению Суда, были не столь значительными, чтобы повлечь применение статьи 8.

→ *Право на справедливое судебное разбирательство; независимый и беспристрастный суд; административное производство; трудовые споры; государственные служащие; незаконное увольнение; право на уважение частной жизни; репутационный ущерб*

DOI: 10.21128/2226-2059-2018-4-21-28

Фактические обстоятельства дела. 10 ноября 2006 года заявитель, имевший многолетний опыт службы в качестве судьи и председателя различных судов, был назначен на должность председателя Киевского апелляционного административного суда на 5-летний срок.

В феврале 2009 года после проверки деятельности Киевского апелляционного адми-

нистративного суда Совет судей административных судов направил представление в Высший совет юстиции, орган судейского управления, с предложением освободить заявителя от должности председателя по причине неспособности надлежащим образом осуществлять административные обязанности.

14 июня 2011 года Высший совет юстиции рассмотрел дело заявителя в его отсутствие и принял решение освободить его от должности председателя. В число членов Высшего совета юстиции входил судья К., который до этого осуществлял проверку деятельности заявителя и внёс предложение об освобожде-

* European Court of Human Rights. *Denisov v. Ukraine* [GC]. Application no. 76639/11. Judgment of 25 September 2018. Обзор подготовлен *Пименовой Софьей Дмитриевной* (e-mail: sofiya.pimenova@inbox.ru).

нии заявителя от должности, а также генеральный прокурор. Из 18 членов Совета меньшинство были судьями (8 человек), а за освобождение заявителя от должности проголосовало 14 членов Совета.

23 июня 2011 года заявитель был освобождён от должности председателя, оставшись при этом в должности судьи.

25 августа 2011 года Высший административный суд отклонил жалобу заявителя о компенсации материального вреда. 11 октября 2011 года Высший административный суд также отклонил жалобу заявителя о необоснованном освобождении его от должности председателя суда.

По мнению заявителя, его освобождение от должности председателя Киевского апелляционного административного суда было осуществлено с нарушениями пункта 1 статьи 6 Конвенции и представляло собой неправомерное и непропорциональное вмешательство в его частную жизнь, что нарушало статью 8 Конвенции.

Итоговый вывод решения: нарушение принципов независимости и беспристрастности суда при вынесении решения об освобождении заявителя от должности председателя суда и отсутствие надлежащего судебного контроля для устранения этого нарушения нарушает пункт 1 статьи 6 Конвенции (единогласно);

освобождение судьи от должности председателя суда в связи с неудовлетворительным исполнением административных обязанностей не составляет достаточно серьёзного вмешательства в контексте приемлемости жалобы в рамках статьи 8 Конвенции (большинство — «за»).

Мотивы решения. По поводу предполагаемого нарушения пункта 1 статьи 6 Конвенции Европейский Суд указал следующее.

А. Приемлемость

<...>

(a) *Общие требования применимости гражданско-правового аспекта пункта 1 статьи 6*

(i) *Применимые принципы*

44. Для применения «гражданско-правового» аспекта пункта 1 статьи 6 должен существовать «спор» в отношении «права», о

котором можно сказать, что оно, по крайней мере на спорных основаниях, но всё же признаётся национальным правом, независимо от того, охраняется ли такое право Конвенцией. Спор должен быть реальным и серьёзным; он может относиться не только к фактическому существованию права, но также к его объёму и способу его реализации; и, наконец, результат судебного разбирательства должен быть непосредственно решающим для рассматриваемого права, наличие только слабой связи или отдалённых последствий не являются достаточными основаниями для применения пункта 1 статьи 6...

<...>

(ii) *Применение указанных принципов в настоящем деле*

47. ...Имел место «спор», затрагивающий осуществление права заявителя занимать пост председателя суда. В отношении вопроса о том, признаётся ли данное «право»... национальным законодательством... заявитель был назначен на пост председателя Киевского апелляционного административного суда на 5-летний срок... и его назначение не оспаривалось на национальном уровне. Заявитель получал конкретное вознаграждение за его службу в качестве председателя суда, и его освобождение от этой должности было предметом определённых материальных и процессуальных условий. В свете вышеуказанного... нет оснований предполагать, что право заявителя на занятие этой административной должности не признавалось национальным правом. <...>

48. Кроме того, Суд отмечает, что спор был «реальным», поскольку стороны разошлись во мнениях о том, может ли заявитель по-прежнему занимать свою административную должность. Более того, спор был «серьёзным», если принять во внимание роль президента суда... и прямые материальные последствия для заявителя, вызванные его освобождением от этой административной должности. <...>

49. Наконец, спор был «непосредственно решающим» в отношении рассматриваемого права, поскольку он привёл к досрочному прекращению осуществления заявителем этого права.

(b) *«Гражданско-правовая» природа права в споре*

<...>

(i) Применимые принципы

51. ...Объём «гражданско-правового» аспекта статьи 6 не ограничивается непосредственным предметом спора. ...Гражданско-правовой аспект охватывает случаи, которые первоначально могли не затрагивать гражданских прав, но которые могут иметь прямые и значительные последствия для частного материального или нематериального права, принадлежащего отдельному лицу. <...>

52. ...Объём «гражданско-правового» аспекта существенно расширился по отношению к спорам между государственным служащим и государством. ...Суд... установил презумпцию того, что статья 6 применяется к «обычным трудовым спорам» между государственным служащим и государством, и на государство-ответчика возлагается обязанность доказать, что у государственного служащего не было права на доступ к правосудию согласно национальному законодательству, и исключение данного права, гарантированного статьёй 6 Конвенции, было оправданно... <...>

(ii) Применение указанных принципов в настоящем деле

53. <...> ...Публично-правовой спор может задействовать гражданско-правовой аспект, если частноправовые аспекты перевешивают публично-правовые с точки зрения очевидных последствий для гражданских материальных и нематериальных прав. Более того, Суд... применяет общую презумпцию того, что такие прямые последствия для гражданских прав работников существуют в «обычных трудовых спорах» с участием государственных служащих, включая судей...

54. ...Настоящее дело касается «обычных трудовых споров», так как оно существенно затрагивает (i) объём работы, которую заявитель должен был выполнять в качестве работника, и (ii) его вознаграждение в рамках его трудовых отношений... Принимая во внимание эти два аспекта, нет оснований полагать, что в споре заявителя не было «гражданско-правовой» составляющей или что такая составляющая не была достаточно значительной для применения «гражданско-правового» аспекта статьи 6.

55. ...Не оспаривается, что национальное право предусматривает доступ к правосудию в случае требований, связанных с увольнением с административных должностей в судебных

органах. Соответственно, статья 6 применима в контексте её гражданско-правового аспекта. <...>

V. Существо дела

<...>

*2. Оценка Суда**(a) Общие принципы в отношении требований о «независимом и беспристрастном суде» на этапах рассмотрения дела и его последующего контроля*

60. При определении того, может ли орган считаться «независимым»... Суд в предыдущих делах рассматривал такие факторы, как порядок назначения членов этого органа, продолжительность срока их полномочий, наличие гарантий против внешнего давления и вопрос о том, представляется ли орган независимым...

61. Как правило, беспристрастность означает отсутствие предубеждений или предвзятости. ...Наличие беспристрастности для целей пункта 1 статьи 6 должно определяться в соответствии с (i) субъективным тестом, согласно которому должны учитываться личные убеждения и поведение конкретного судьи, то есть имеет ли судья в конкретном случае какие-либо личные предубеждения или предвзятость; и (ii) объективным тестом, то есть путём определения того... что сам суд и, среди прочего, его состав обеспечивают достаточные гарантии исключения любых законных сомнений в его беспристрастности...

<...>

*(b) Применение указанных принципов в настоящем деле**(i) Подход к рассмотрению жалобы*

<...>

67. <...> ...В настоящем деле Суд должен установить, во-первых, были ли соблюдены требования о «независимом и беспристрастном суде» Высшим советом юстиции. Во-вторых, если эти требования соблюдены не были... то необходимо определить, было ли рассмотрение дела Высшим административным судом «достаточным» для устранения выявленных недостатков. В-третьих, необходимо установить, были ли соблюдены требования о независимости и беспристрастности самим Высшим административным судом.

тивный суд обладал полномочиями для объявления оспариваемых решений незаконными... но не мог отменить эти решения и предпринять дальнейшие шаги в случае необходимости. Несмотря на то что никаких правовых последствий признания этого решения незаконным не последовало, неспособность Высшего административного суда отменить оспариваемое решение в совокупности с отсутствием правил для дальнейшего проведения дисциплинарного производства... вызвали серьёзные сомнения в отношении настоящих правовых последствий таких судебных декларативных актов. Более того, судебная практика показала, что отсутствовали механизмы автоматического восстановления судьи в случае позитивных декларативных актов, вынесенных Высшим административным судом, поскольку судьи были вынуждены инициировать новое производство для их восстановления в должности... Суд также исследовал способ и реальный объём контроля, проводимого Высшим административным судом, и пришёл к выводу о том, что они также не были приемлемыми для обеспечения «достаточного контроля»...

75. Приведённые выше соображения в равной степени применимы в настоящем деле. При проверке решения Высшего совета юстиции, которое немедленно вступило в силу, Высший административный суд действовал в пределах одних и тех же правовых рамок, с теми же ограниченными полномочиями и с той же неопределённостью в отношении возможных правовых последствий.

76. Более того, из содержания рассматриваемого в настоящем деле спора следует, что имели место серьёзные несоответствия между заявленными и фактическими основаниями для проверки. Во-первых, в своём решении Высший административный суд посчитал, что заявитель не оспаривал факты, явившиеся основанием для его освобождения от должности, и поэтому эти факты были приняты как установленные. Этот вывод не согласуется с основаниями жалобы заявителя в Высший административный суд, в которой он очевидным образом оспаривал эти факты. <...>

77. Во-вторых, Высший административный суд не предпринял добросовестной попытки изучить ещё один важный аргумент заявителя, который утверждает об отсутствии независимости и беспристрастности в разбирательствах в Высшем совете юстиции... <...>

78. Таким образом, рассмотрение дела заявителем Высшим административным судом было недостаточным. Соответственно, суд не смог устранить недостатки в отношении процедурной справедливости, явившейся результатом разбирательства в Высшем совете юстиции.

(iv) Соблюдение стандартов независимости и беспристрастности Высшим административным судом

79. Что касается гарантий независимости и беспристрастности в соответствии с пунктом 1 статьи 6, которые должны были быть обеспечены проверяющим судебным органом, такой контроль производился в настоящем деле судьями Высшего административного суда, находящимися под юрисдикцией Высшего совета юстиции. Это означает, что эти судьи также могут подвергнуться дисциплинарному разбирательству в Высшем совете юстиции. Тот факт, что судьи Высшего административного суда были подчинены дисциплинарным нормам и были связаны правилами судебной дисциплины и этики, сам по себе не является основанием для сомнения в их независимости и беспристрастности по отношению к органу, уполномоченному контролировать выполнение дисциплинарных правил. Однако вопрос соблюдения основных гарантий независимости и беспристрастности может возникнуть в случае, если структура и деятельность дисциплинарного органа поднимают серьёзные проблемы в этом отношении. В настоящем деле действительно раскрываются серьёзные проблемы такого рода со стороны Высшего совета юстиции, в частности структурные недостатки и признаки предвзятости... Высший совет юстиции был не просто дисциплинарным органом; на самом деле он был органом, обладающим широкой властью в отношении карьеры судей (назначение, применение дисциплинарного взыскания и увольнение). На основании вышеуказанных факторов и принимая во внимание особый контекст украинской системы на тот момент, Суд... приходит к выводу, что судьи Высшего административного суда, участвовавшие в рассмотрении дела заявителя в Высшем совете юстиции, не смогли продемонстрировать «независимость и беспристрастность», требуемые статьёй 6 Конвенции.

<...>

(v) Вывод

81. Соответственно, Высший совет юстиции не смог обеспечить независимое и беспристрастное рассмотрение дела заявителя, и последующий пересмотр его дела Высшим административным судом не способствовал устранению выявленных недостатков.

<...>

По поводу предполагаемого нарушения статьи 8 Конвенции Европейский Суд указал следующее.

*Допустимость**(a) Предварительные замечания*

92. <...> При оценке наличия вопроса о частной жизни в соответствии со статьёй 8 Конвенции в подобных делах нужно отметить, что существует сильная связь между вопросами применимости и существом дела. Как только будет установлено, что оспариваемая мера серьёзно повлияла на частную жизнь заявителя, это будет означать, что жалоба подпадает под сферу действия Конвенции *ratione materiae*, и в то же время, что мера представляет собой «вмешательство» в «право на уважение частной жизни» по смыслу трёхшагового теста согласно статье 8 (оценка законности меры, правомерности цели и необходимости такого «вмешательства»). Таким образом, вопросы применимости и наличия «вмешательства» неразрывно связаны между собой в этих категориях жалоб.

<...>

*(b) Общие принципы**(i) «Частная жизнь» как широкий термин*

95. Понятие «частной жизни» — это широкий термин, не поддающийся исчерпывающему определению. Он охватывает физическую и психологическую целостность человека. Поэтому он может охватывать множество аспектов физической и социальной идентичности человека. <...>

96. Следовательно, было бы слишком ограничительно сужать понятие «частной жизни» до «внутреннего круга», в котором индивид живёт своей личной жизнью так, как пожелает, и полностью исключить внешний мир, не входящий в этот круг...

<...>

(v) Сфера применения статьи 8 в трудовых спорах

115. ...Трудовые споры сами по себе не исключены из сферы «частной жизни» по смыслу статьи 8 Конвенции. Существуют некоторые типичные аспекты частной жизни, которые могут быть затронуты в таких спорах вследствие увольнения, понижения в должности, запрета на занятие определённым видом деятельности или других аналогичных неблагоприятных мер. Такие аспекты включают (i) «внутренний круг» заявителя, (ii) возможность заявителя устанавливать и развивать отношения с другими людьми и (iii) общественную и профессиональную репутацию заявителя. В таком споре вопрос о частной жизни может возникнуть в двух случаях: или из-за причин, лежащих в основе оспариваемой меры (в этом случае Суд применяет подход, основанный на оценке причин) или, в некоторых ситуациях, ввиду последствий для частной жизни (в этом случае Суд применяет подход, основанный на оценке последствий).

116. Если применяется подход, основанный на оценке последствий, порог тяжести в отношении всех вышеперечисленных аспектов имеет решающее значение. Заявитель должен убедительно продемонстрировать, что в его или её случае этот порог был достигнут. Заявитель должен представить доказательства, подтверждающие последствия оспариваемой меры. ...Статья 8 применима в случае, если эти последствия являются крайне серьёзными и в значительной степени влияют на его или её личную жизнь.

117. Суд установил критерии для оценки тяжести или серьёзности предполагаемых нарушений в различных нормативных контекстах. Страдания заявителя должны оцениваться путём сравнения его или её жизни до и после рассматриваемой меры. ...При определении серьёзности последствий в делах, связанных с трудовыми спорами, целесообразно оценивать субъективные восприятия, указанные заявителем на фоне объективных обстоятельств, существующих в конкретном случае. Этот анализ должен охватывать как материальное, так и нематериальное воздействие предполагаемой меры. Однако заявителю необходимо определить и обосновать характер и масштабы его или её страданий, которые должны иметь причинную связь с оспариваемой мерой. Нужно принять во внимание правило исчерпания внутренних средств правовой защиты, так как

существенные элементы таких утверждений должны быть в достаточной степени заявлены перед национальными органами, рассматривавшими этот спор.

(с) Применение общих принципов в настоящем деле

<...>

120. Явные причины увольнения заявителя с должности... строго ограничивались выполнением его административных функций, а именно его предполагаемыми недостатками в руководстве [судом]. Эти причины касались только административных задач заявителя на рабочем месте и не имели никакой связи с его личной жизнью. <...>

<...>

122. Что касается последствий освобождения заявителя от должности для его «внутреннего круга»... несмотря на то что материальный элемент спора считается значимым с точки зрения применимости статьи 6 в её гражданско-правовом аспекте, этот вывод автоматически не означает, что вопрос находится в рамках статьи 8 Конвенции. В настоящем деле заявитель не представил никаких доказательств, для того чтобы предположить, что последующее сокращение его ежемесячного вознаграждения... серьёзно повлияло на «внутренний круг» его личной жизни. <...> Нет никаких других указаний на то, что «внутренний круг» частной жизни заявителя оказался затронутым оспариваемой мерой.

123. Что касается установления и поддержания отношений с другими людьми, освобождение заявителя от должности... не привело к его исключению из профессии. Он продолжал работать в качестве обычного судьи и остался в том же суде вместе с его коллегами. ...Даже если его возможности устанавливать и поддерживать отношения, включая профессиональные, вероятно, и были затронуты, нет никаких фактических оснований для вывода о том, что такие последствия были существенными. В конце концов, представляется нецелесообразным измерять степень и качество отношений в частной жизни с точки зрения административных должностей и ролей.

<...>

125. В том, что касается профессиональной репутации заявителя, Суд отмечает, что его основной профессиональной функцией являлась работа судьёй. <...> В то же время успешное

выполнение функций председателя суда или административных функций, строго говоря, не относится к судейской профессии. Таким образом... судебная функция составляла основополагающую профессиональную роль заявителя. Его позиция в качестве председателя суда... не касалась основной сферы его профессиональной деятельности.

126. В ходе всего разбирательства национальные органы власти ни в коей мере не рассматривали исполнение заявителем судейских функций и не выражали мнения о его компетентности в качестве судьи и его профессионализме. Решения по делу заявителя касались лишь его управленческих навыков, в то время как его профессиональная роль в качестве судьи не затрагивалась. Такая ограниченная область проверки и критики не может рассматриваться как относящаяся к существу профессиональной репутации заявителя. <...>

127. Далее Суд принимает к сведению довод заявителя о том, что после того, как он занимал должность председателя суда в течение двадцати пяти лет, должность председателя Киевского апелляционного административного суда представляла собой вершину его юридической карьеры, и его освобождение от должности подорвало мнение его коллег о его компетентности. Однако заявитель не уточнил, как эта предполагаемая потеря уважения... вызвала серьёзное предубеждение в отношении него в его профессиональной среде. В любом случае Суд не располагает достаточными основаниями для заключения о том, что предполагаемая потеря уважения достигла высокой степени серьёзности, требуемой статьёй 8 Конвенции...

128. ...Заявитель не обосновал, как его увольнение с должности повлияло на его дальнейшую карьеру в качестве судьи. <...>

129. Что касается социальной репутации в целом, то критика со стороны властей не повлияла на более широкий этический аспект личности и характера заявителя. Несмотря на то что увольнение заявителя основывалось на выводах о нарушениях служебных обязанностей при организации отправления правосудия, оно не содержало никаких обвинений в преднамеренном неправомерном или преступном поведении. Моральные ценности заявителя не были подвергнуты сомнению, и никакие упреки подобного характера не могут быть выявлены в оспариваемых решениях...

<...>

131. Наконец, в жалобе заявителя не содержится никакой информации о том, что ущерб его репутации был серьёзным с учётом вреда, причинённого интересам его детей, и что этот вред отрицательно сказался на его личной жизни. <...>

<...>

133. ...Следует заключить, что увольнение имело ограниченное негативное воздействие на личную жизнь заявителя и не переходило порог серьёзности настолько, чтобы подпадать под статью 8 Конвенции.

<...>

Акты международного права, использованные в Постановлении: Рекомендация Комитета Министров Совета Европы государствам-членам о судьях: независимость, эффективность и ответственность, принятая 17 ноября 2010 года (СМ/Рес (2010)12) (статья 6 Конвенции).

Библиографическое описание:

Европейский Суд по правам человека: обзор постановления Большой Палаты от 25 сентября 2018 года по делу *Денисов (Denisov) против Украины* (жалоба № 76639/11) // Международное правосудие. 2018. № 4 (28). С. 21–28.

**European Court of Human Rights:
review of the Grand Chamber judgment
of 25 September 2018
in the case of *Denisov v. Ukraine*
(application no. 76639/11)**

Abstract

The decision of the European Court of Human Rights in the case of *Denisov v. Ukraine* considered the complaint of Anatoly Denisov who asked that his removal from the office of president of the Kyiv Administrative Court of Appeal be deemed a violation of Article 6 (the right to a fair trial) and Article 8 (the

right to privacy) of the Convention. The Court once again confirmed its prevailing point of view, which was first formulated in the case of *Vilho Eskelinen and Others v. Finland* on whether the labor disputes of civil servants, including judges, fall under the civil limb of Article 6 of the Convention. In this case, the Court analyzed the specifics of the process of removing a judge in Ukraine, relying on previously made conclusions in the case of *Oleksandr Volkov v. Ukraine*. The Court came to the conclusion that neither the process of removing the appellant from his office in the High Council of Justice nor the process of considering his appeal of the decision of the Council in the Higher Administrative Court of Ukraine are in harmony with the basic principles contained in Article 6 of the Convention, first and foremost as pertaining to the requirement of an independent and impartial trial. With regard to Anatoly Denisov's complaint regarding the violation of Article 8, the Court indicated that, although the removal of office might have brought about negative consequences for Denisov's private life, the most significant of which being his business reputation among his colleagues, nevertheless in this specific instance these consequences were insufficiently significant in order to justify the application of Article 8 of the Convention.

Keywords

the right to a fair trial; independent and impartial court; administrative proceedings; labor disputes; civil servants; illegal dismissal; the right to respect for private life; damage to reputation.

Citation

(2018) *Evropeyskiy Sud po pravam cheloveka: obzor postanovleniya Bol'shoy Palaty ot 25 sentyabrya 2018 goda po delu Denisov (Denisov) protiv Ukrainy* (zhaloba No. 76639/11) [European Court of Human Rights: review of the Grand Chamber judgment of 25 September 2018 in the case of *Denisov v. Ukraine* (application no. 76639/11)]. *Mezhdunarodnoe pravosudie*, vol. 8, no. 4, pp. 21–28. (In Russian).

Европейский Суд по правам человека: обзор постановления от 2 октября 2018 года (Секция III) по делу *Муту и Пехштайн (Mutu and Pechstein) против Швейцарии* (жалобы № 40575/10, 67474/10)*

В постановлении по делу *Муту и Пехштайн против Швейцарии* Суд рассмотрел вопрос о правомерности проведённых в Спортивном арбитражном суде разбирательств. Заявители оспаривали несправедливое, по их мнению, разбирательство в Спортивном арбитражном суде. Заявительница указала, что была лишена публичного судебного разбирательства в Международном союзе конькобежцев, Спортивном арбитражном суде и Федеральном суде Швейцарии, несмотря на её ходатайства об этом. Она также посчитала, что порядок назначения арбитров Спортивного арбитражного суда привёл к нарушению принципа беспристрастности и независимости. Заявитель оспаривал частный случай отсутствия независимости арбитров в своём конкретном деле, а не заявлял о структурной проблеме назначения арбитров. Суд не усмотрел нарушений ни в механизме назначения арбитров, ни в конкретном деле заявителя. Суд в своём постановлении разграничил понятия «обязательного» и «добровольного» арбитража и истолковал понятие «суд» по смыслу статьи 6, определив также пределы действия гарантий, предусмотренных пунктом 1 статьи 6 Конвенции. Суд рассмотрел вопрос о том, произвели ли заявители добровольный, недвусмысленный отказ от прав, гарантированных пунктом 1 статьи 6 Конвенции, избрав путь арбитражного разбирательства, а не процесса в государственном суде, и пришёл к выводу, что в третейском разбирательстве заявитель и заявительница не должны были быть лишены гарантий, предусмотренных пунктом 1 статьи 6 Конвенции. Суд заключил, что отказ в проведении публичного судебного разбирательства нарушил пункт 1 статьи 6 Конвенции, поскольку в данном случае не было оснований для проведения закрытого разбирательства по делу заявительницы. Соблюдение принципа публичного судебного разбирательства гарантируется пунктом 1 статьи 6 Конвенции и может быть ограничено в исключительных случаях. Что касается заявляемого отсутствия беспристрастности и независимости арбитров – Суд не усмотрел нарушения пункта 1 статьи 6 в делах заявителей.

→ *Допинг; профессиональный спорт; право на справедливое судебное разбирательство; спортивный арбитраж; нарушение трудового договора в спорте; независимость и беспристрастность арбитров*

DOI: 10.21128/2226-2059-2018-4-29-34

Фактические обстоятельства дела. Дело было инициировано по жалобам профессиональных спортсменов Адриана Муту и Клаудии Пехштайн. В августе 2003 года заявитель заключил трудовой договор с клубом «Челси». За трансфер футболиста «Челси» заплатил прежнему клубу 22 500 000 евро. Во время проведения антидопинговых проверок был выявлен факт употребления кокаина заявителем. «Челси» заявил о прекращении трудо-

вого договора в связи с его безосновательным нарушением со стороны Муту. Палата по разрешению споров Международной федерации футбола (*далее* — ФИФА) обязала Муту выплатить «Челси» 17 173 990 евро. Заявитель обратился в Спортивный арбитражный суд с апелляционной жалобой на решение Палаты, ссылаясь на отсутствие независимости и беспристрастности со стороны арбитров. Жалоба была отклонена. Попытка обжаловать данное действие в Федеральном суде Швейцарии также не увенчалась успехом.

В 2009 году госпожа Пехштайн, профессиональная конькобежка, подверглась анти-

* European Court of Human Rights. *Mutu and Pechstein v. Switzerland*. Applications nos. 40575/10, 67474/10. Обзор подготовлен *Салтыковой Дарьей Сергеевной* (e-mail: dariasaltykova12@gmail.com).

допинговому тестированию, которое дало положительные результаты. В связи с этим она была дисквалифицирована Международным союзом конькобежцев (*далее* — ISU) на 2 года. В июле 2009 года она обжаловала это решение в Спортивном арбитражном суде (*далее* — CAS), но её требования удовлетворены не были. Слушания прошли в закрытом режиме, несмотря на ходатайства заявительницы об открытом заседании. Заявительница также подала в жалобу в Федеральный суд Швейцарии, ссылаясь на отсутствие независимости и беспристрастности арбитров ввиду порядка их назначения и на нарушение права на справедливое судебное разбирательство в связи с проведением слушаний в закрытом режиме. Оба заявителя также посчитали, что соглашение о юрисдикции CAS не было добровольным с их стороны.

Итоговый вывод решения: порядок назначения арбитров CAS не нарушает пункт 1 статьи 6 Конвенции; отказ в проведении публичного судебного разбирательства при обязательном арбитраже нарушает пункт 1 статьи 6 Конвенции.

Мотивы решения. По поводу предполагаемого нарушения пункта 1 статьи 6 Конвенции Европейский Суд указал следующее.

I. Применимость пункта 1 статьи 6 Конвенции касательно отсутствия независимости и беспристрастности CAS

<...>

i. Общие принципы

92. ...Пункт 1 статьи 6 Конвенции гарантирует каждому право на обращение в суд в случае нарушения его гражданских прав. Эта статья закрепляет «право на суд», лишь одним элементом которого является право на доступ к суду и на обращение в суд по гражданскому делу...

93. Однако право на доступ к суду, признаваемое пунктом 1 статьи 6 Конвенции, не является абсолютным: оно поддается неявным ограничениям со стороны государства... Однако Суд должен в конечном счёте оценить, соблюдаются ли требования Конвенции. Суд должен быть убеждён в том, что налагаемые ограничения действуют таким образом и до такой степени, что не лишают индивида гарантированного права на доступ к суду. Более того, такое ограничение согласуется с пунктом 1 статьи 6

Конвенции только в том случае, если оно служит законной цели и существует разумная связь между применяемыми средствами и преследуемой законной целью...

94. ...Право на доступ к суду необязательно подразумевает право на доступ к суду в обычном понимании этого слова, интегрированному в судебные структуры государства; таким образом, орган, которому поручено разрешение некоторых видов споров, может считаться судом при условии предоставления им определённых гарантий... Таким образом, статья 6 не препятствует созданию третейских судов для разрешения некоторых видов споров между отдельными лицами... Предоставляя определённые преимущества как лицам, так и судебным органам, возможность включения арбитражной оговорки в принципе не противоречит Конвенции...

95. Кроме того, необходимо различать добровольный арбитраж и обязательный. Что касается обязательного арбитража, то есть налагаемого законом, стороны не имеют возможности исключить компетенцию арбитража по их спору. Третейский суд должен предоставить гарантии, определённые статьёй 6 Конвенции.

96. Однако в том, что касается добровольного арбитража, соглашение о котором заключено свободно, он едва ли порождает проблемы, связанные со статьёй 6. Действительно, стороны свободны вывести из-под юрисдикции обычных судов споры, возникающие в связи с исполнением договора. Включая арбитражную оговорку, стороны добровольно отказываются от прав, гарантированных Конвенцией. Такой отказ не противоречит Конвенции, поскольку является добровольным, законным и недвусмысленным... Более того, для рассмотрения проблемы в контексте действия Конвенции отказ от определённых прав, гарантированных ею, должен сопровождаться наличием минимальных гарантий в зависимости от серьёзности отказа.

ii. Применение в данном деле

a) Суждения, общие для обеих жалоб

<...>

100. В этом случае вопрос, который встаёт перед Судом, следующий: принимая юрисдикцию CAS, выразили ли заявители свой отказ от гарантий, предусмотренных пунктом 1 статьи 6 Конвенции, на которые они ссылаются в своих

жалобах? В случае заявителя речь идёт о независимости и беспристрастности арбитров, входящих в состав арбитражной комиссии, которая вынесла решение от 31 июля 2009 года. В случае заявительницы вопрос встаёт о структурной независимости и беспристрастности арбитров в связи с порядком их назначения.

101. Этот вопрос предполагает, что принятие юрисдикции CAS подразумевало отмену гарантий, предусмотренных пунктом 1 статьи 6 Конвенции... обычно действующих в судопроизводстве в государственных судах. <...>

<...>

103. ...В обоих случаях принятие арбитражной оговорки свидетельствовало о полном или частичном отказе от гарантий, предусмотренных пунктом 1 статьи 6 Конвенции. ...Необходимо определить, было ли принятие оговорки «свободным, законным и недвусмысленным» с правовой точки зрения. <...>

<...>

β) Жалоба № 67474/10

109. ...Применимые правила ISU предусматривали обязательную юрисдикцию CAS для споров, возникающих по дисциплинарным вопросам, как в случае заявительницы...

<...>

111. ...«Спортсмен, желающий участвовать в соревнованиях, организуемых под контролем федерации спорта, нормативные акты которой предусматривают разрешение возникающих споров в третейском суде, не имеет иного выбора, кроме как принять арбитражную оговорку... Профессиональный спортсмен сталкивается с дилеммой: принять арбитражную оговорку или не заниматься спортом на профессиональном уровне»...

112. ...Европейская Комиссия отчасти считает ISU монопольной организацией в сфере проведения соревнований по конькобежному спорту...

114. Учитывая то, какие негативные последствия для заявительницы мог за собой повлечь отказ от принятия арбитражной оговорки, нельзя утверждать, что заявительница согласилась на оговорку добровольно и недвусмысленно.

115. ...Хотя обязанность принять юрисдикцию CAS была наложена не законом, а нормативными актами ISU, она должна рассматриваться как «обязательная» с правовой точки зрения... Следовательно, третейский суд дол-

жен был предоставить гарантии, предусмотренные пунктом 1 статьи 6 Конвенции...

γ) Жалоба № 40575/10

116. <...> Таким образом, положение заявителя отличается от положения заявительницы, поскольку применимые нормативные акты федерации спорта не навязывают арбитраж, а оставляют за игроком и клубом возможность выбора путей разрешения споров посредством реализации свободы договора.

<...>

119. ...Крупный футбольный клуб, располагающий большими финансовыми средствами, имеет больший вес в переговорах с игроком, даже если последний широко известен... Заявитель не доказывает, что другие игроки были обязаны принять арбитражную оговорку, что менее крупные клубы не приняли бы заявителя в свой состав на основе договора, предусматривающего разрешение споров в судебной юрисдикции. ...Заявитель не доказывает невозможность обращения к статье 42 регламента 2001 года, позволяющей передать спор на рассмотрение государственного суда.

120. <...> ...В данном случае нельзя говорить об «обязательном» арбитраже...

<...>

122. <...> ...Нельзя считать, что, включая арбитражную оговорку в договор, выбирая передачу спора CAS, а не государственному суду, что предусмотрено статьёй 42 регламента 2001 года, заявитель «недвусмысленно» отказался от оспаривания независимости и беспристрастности CAS...

123. Следовательно, и в случае заявителя в процессе третейского разбирательства должны были соблюдаться гарантии, предусмотренные пунктом 1 статьи 6 Конвенции...

2. О независимости и беспристрастности CAS

<...>

138. ...По смыслу пункта 1 статьи 6 Конвенции, «суд» всегда должен быть «создан в соответствии с законом». Это выражение отражает принцип правового государства, закреплённый в Конвенции и протоколах к ней, так как орган, созданный не посредством выражения воли законодателя, будет лишён легитимности, необходимой в демократическом обществе... Выражение «создан в соответствии с законом» подразумевает не только законное основание су-

существования самого суда, но и состава коллегии судей в каждом отдельном случае...

139. <...> «Судебная» процедура должна гарантировать компетентное разрешение спора, предусмотренное пунктом 1 статьи 6 Конвенции...

140. Чтобы установить, является ли суд «независимым» по смыслу пункта 1 статьи 6 Конвенции, необходимо учитывать порядок назначения его членов и срок их полномочий, существование защиты от давления на них извне...

141. Беспристрастность обычно определяется как отсутствие предвзятости...

142. Граница между субъективной и объективной беспристрастностью не является недоступной для понимания, так как, с точки зрения стороннего наблюдателя, не только поведение самого судьи может породить сомнения в его беспристрастности...

<...>

144. ...Концепции независимости и беспристрастности тесно связаны друг с другом и, в зависимости от конкретных обстоятельств, могут рассматриваться в совокупности...

ii. Применимость в данном деле

145. ...Пункт 1 статьи 6 Конвенции не препятствует созданию третейских судов, целью которых является разрешение определённого вида споров между лицами... арбитражные оговорки, включённые сторонами договора, представляют неоспоримые преимущества для органов правосудия... Стороны спора могут отказаться от некоторых прав, гарантированных пунктом 1 статьи 6 Конвенции, но такой отказ должен быть добровольным, явным и недвусмысленным. В противном случае третейский суд должен предложить спорящим гарантии, предусмотренные пунктом 1 статьи 6 Конвенции...

<...>

147. ...В настоящем деле... отказ от прав, закреплённых в пункте 1 статьи 6 Конвенции, со стороны заявительницы не был добровольным и недвусмысленным... в случае с заявителем, его отказ от прав не был недвусмысленным и, следовательно, в третейском разбирательстве спорящим должны были быть предоставлены гарантии, закреплённые в пункте 1 статьи 6 Конвенции.

148. Таким образом, Суд должен выяснить, можно ли охарактеризовать CAS как «не-

зависимый, беспристрастный и созданный на основе закона» по смыслу данного положения...

<...>

α) Жалоба № 67474/10

150. <...>

...В Федеральном суде Швейцарии заявительница приводила другие аргументы, чтобы доказать отсутствие беспристрастности и независимости председательствующего арбитра. Она заявила, что последний продемонстрировал «жёсткое отношение» к борьбе с допингом...

...Суд не находит ни единого повода считать, что арбитр, о котором поставлен вопрос, не был независимым и беспристрастным. Доводы заявительницы являются слишком размытыми и неубедительными и поэтому должны быть отклонены.

151. Что касается финансирования CAS спортивными организациями, правительством... государственные суды всегда финансируются государством, и из этого не следует отсутствие независимости и беспристрастности этих судов в случае, если стороной спора является государство. Аналогично нельзя было бы считать, что CAS не является независимым и беспристрастным исключительно из-за источников его финансирования.

<...>

157. ...На тот момент в списке арбитров, предложенных Международным советом по спортивному арбитражу, было около 300 кандидатур... Кроме того, заявительница не представила доводов, принимая во внимание которые можно было бы сомневаться в независимости и беспристрастности этих арбитров. ... Заявительница не выразила возражения *in concreto* против ни одного арбитра...

<...>

159. С учётом всего вышесказанного Суд приходит к выводу, что нарушения пункта 1 статьи 6 Конвенции касательно предполагаемого отсутствия независимости и беспристрастности не было.

β) Жалоба № 40575/10

160. <...> С одной стороны, заявитель добровольно предпочёл компетенцию CAS, а не государственного суда, что было возможно, в отличие от ситуации с заявительницей... С другой стороны, он не заявляет возражений об от-

сутствии независимости и беспристрастности в связи с механизмом назначения арбитров. Он оспаривает лишь частный случай отсутствия независимости и беспристрастности арбитров в его деле...

О независимости и беспристрастности арбитра D.-R. M.

161. Встаёт вопрос о том, повлиял ли тот факт, что господин D.-R. M. заседал в коллегии, вынесшей решение 15 декабря 2005 года, на его непредвзятость при вынесении решения 31 июля 2009 года.

162. Чтобы высказываться о наличии законной причины сомневаться в беспристрастности этого арбитра, необходимо знать, являются ли вопросы, которые были затронуты в решении от 31 июля 2009 года, аналогичными вопросом, затронутым в решении от 15 декабря 2005 года...

163. ...Вопрос, решённый в первом деле, заключался в трактовке выражения «unilateral breach» статьи 21 регламента 2001 года...

164. ...В первом деле вопрос решался о договорной ответственности заявителя, а во втором о *quantum* неустойки...

165. Суд считает, что нарушения пункта 1 статьи 6 Конвенции касательно отсутствия независимости и беспристрастности арбитра D.-R. M. не было.

О независимости и беспристрастности арбитра L.F.

<...>

167. ...Федеральный суд Швейцарии заключил, что заявитель не представил доказательств в пользу своих суждений. Заявитель с этим согласен и не настаивает на другом.

168. ...Нарушения пункта 1 статьи 6 Конвенции касательно отсутствия независимости и беспристрастности арбитра L.F. не было.

II. Применимость пункта 1 статьи 6 Конвенции касательно отсутствия публичности судебного разбирательства

<...>

b) Выводы Суда

i. Общие принципы

175. ...Публичность судебного разбирательства является фундаментальным принципом, закреплённым в пункте 1 статьи 6 Конвенции.

Публичность защищает участников судебного процесса от скрытого от общественности разбирательства и образует один из способов укрепления доверия к судам. Прозрачность, которая появляется в работе органов правосудия благодаря публичности, помогает достичь цели, закреплённой в пункте 1 статьи 6 Конвенции: справедливое судебное разбирательство, гарантия которого является фундаментальной основой демократического общества...

176. ...«...Доступ в зал судебного заседания может быть запрещён для прессы и для общественности во время всего или части судебного разбирательства в интересах охраны морали, публичного порядка или национальной безопасности в демократическом обществе, если этого требуют интересы несовершеннолетних, или защиты частной жизни участников процесса в той степени, которую суд сочтёт необходимым, также если в определённых случаях публичность разбирательства может угрожать частным интересам участников процесса»...

177. Статья 6 не требует обязательной открытости для публики во всех делах. <...> Суд не может заключить... что статья 6 всегда гарантирует право на публичное разбирательство дела, независимо от характера вопросов, подлежащих рассмотрению. <...> Суд посчитал, что исключительно юридические вопросы или вопросы технического характера могут отвечать условиям, заданным статьёй 6, даже в отсутствие публичного разбирательства...

ii. Применимость в данном деле

<...>

181. <...> ...С одной стороны... в данном случае речь идёт об обязательном арбитраже. С другой стороны, не оспаривается, что заявительница прямо выразила желание публичного разбирательства, и ей было в этом отказано без каких-либо оснований, предусмотренных в пункте 1 статьи 6 Конвенции.

182. ...Вопросы, обсуждавшиеся в рамках данного разбирательства, касались того, понёс ли заявитель наказание за употребление допинга... и требовали их рассмотрения под контролем общественности. ...Санкция, наложенная на заявительницу, имела позорящий репутацию характер, что может нанести ущерб профессиональному облику... Более того, несмотря на своё заключение довольно формалистического характера, сам Федеральный суд в решении от 10 февраля 2010 года прямо

признал, что публичное слушание в CAS было бы желательным.

183. С учётом всего вышесказанного Суд приходит к выводу, что имело место нарушение пункта 1 статьи 6 Конвенции касательно отсутствия публичного судебного разбирательства.

<...>

Акты международного права, использованные в Постановлении: Арбитражный регламент ICC 2012; Арбитражный регламент CAS 1994 года; Устав Международной федерации футбола 2001 года; Дисциплинарный кодекс Международной федерации футбола 2006 года; Устав Международного союза конькобежцев 1895 года.

Особые мнения: совместное частично совпадающее, частично несовпадающее мнение представили судьи Хелен Келлер (Швейцария), Георгиос Сергидес (Кипр).

Библиографическое описание:

Европейский Суд по правам человека: обзор Постановления от 2 октября 2018 года (Секция III) по делу *Mutu и Пехштайн (Mutu et Pechstein) против Швейцарии* (жалобы № 40575/10, 67474/10) // Международное правосудие. 2018. № 4 (28). С. 29–34.

European Court of Human Rights: review of the judgment of 2 October 2018 (Third section) in the case of *Mutu and Pechstein v. Switzerland* (applications nos. 40575/10, 67474/10)

Abstract

In the judgment in the case of *Mutu and Pechstein v. Switzerland*, the Chamber of European Court of Human Rights considered an issue concerning the lawfulness of proceedings brought by professional athletes before the CAS.

Relying on Article 6 § 1 of the Convention, the applicants submitted that the CAS could not be regarded as an independent and impartial tribunal. The second applicant complained that she had not had a public hearing before the ISU disciplinary board, the CAS or the Swiss Federal Supreme Court, despite her requests. She also alleged that the mechanism of appointing the arbitrators to the arbitration panel had led to the structural absence of impartiality and independence of CAS. The question before the Court arose whether, in accepting the jurisdiction of the CAS, the applicants had waived freely, lawfully and in an unequivocal manner their rights to the guarantees provided for by Article 6 § 1. The Chamber distinguished “obligatory” and “voluntary” arbitration and inquired the character of agreement given by the applicants to accept the jurisdiction of the CAS. The Chamber also defined what is “the court established by law”. The Court found that the CAS arbitration proceedings which the applicants had been parties to were required to follow all the principles of a fair hearing guaranteed by the Article 6 § 1 Convention. The second applicant’s allegations concerning a structural absence of independence and impartiality in the CAS were rejected, as well as the allegations of the first applicant about the absence of independence and impartiality of certain arbitrators in his particular case. At the same time, the Court held that the questions concerning the dismissal of the second applicant for use of doping discussed before the CAS, required a public hearing. The Court concluded that there had been a violation of Article 6 § 1 on account of the non-public nature of the proceedings before the CAS. The Court also held that there had been no violation of the applicants’ Article 6 § 1 rights on account of a lack of independence and impartiality on the part of the CAS.

Keywords

doping; professional athletes; right to a fair trial; arbitration for sport; breach of labour contract in sport; independence and impartiality of arbitrators.

Citation

(2018) Evropeyskiy Sud po pravam cheloveka: obzor postanovleniya ot 2 oktyabrya 2018 goda (Sektziya III) po dely *Mutu i Pekhshtain protiv Shveysarii* (zhaloby No. 40575/10, 67474/10) [European Court of Human Rights: review of the judgment of 2 October 2018 (Third section) in the case of *Mutu and Pechstein v. Switzerland* (applications nos. 40575/10, 67474/10)]. *Mezhdunarodnoe pravosudie*, vol. 8, no. 4, pp. 29–34. (In Russian).

SCRIPTORIUM TERRA INCOGNITA

Сребреница, Гаити, что дальше? Будущее системы разрешения частноправовых споров по искам против ООН*

Егор Фёдоров**

Право на справедливое судебное разбирательство является одним из основных прав человека. Контроль за его соблюдением осуществляется как на национальном, так и на международном уровне. Особая роль в этом отводится международным организациям. Однако вместе с развитием и расширением деятельности таких организаций они всё чаще сами выступают как нарушитель прав различных субъектов. Как следствие, потерпевшей стороне должен быть обеспечен доступ к средствам разрешения возникающих споров. Тем не менее анализ системы урегулирования споров свидетельствует о том, что в отношении конфликтов частноправового характера актуальным остаётся вопрос об эффективности и справедливости механизмов их разрешения. В особенности, это касается тех споров, которые возникают в связи с деятельностью ООН. Определение эффективности и справедливости системы разрешения споров с участием организации и является целью представленного исследования, в ходе которого автор пришёл к следующему выводу. Несмотря на то что ООН признаёт необходимость создания надлежащих способов урегулирования частноправовых споров, фактически организация не обеспечивает хорошо продуманной и эффективно функционирующей системы. В ходе анализа показывается, что на всех уровнях (национальном, международном и институциональном) существуют определённые препятствия, с которыми частным субъектам приходится сталкиваться при попытке получить правовую защиту от действий ООН. В этой связи, в настоящей статье обосновывается необходимость реформ. В частности, предлагается создание альтернативного способа урегулирования частноправовых споров с участием организации – двухступенчатой процедуры, состоящей из переговоров между ООН и потерпевшей стороной на первом этапе и, в случае отсутствия согласия, арбитража *ad hoc* на втором этапе. Указанный механизм призван обеспечить справедливую и прозрачную систему разрешения споров и нивелировать сложившуюся ситуацию несправедливости.

→ ООН; ответственность международных организаций; иммунитет международных организаций; механизмы разрешения споров; право на справедливое судебное разбирательство

DOI: 10.21128/2226-2059-2018-4-35-54

1. Введение

После Второй мировой войны началось развитие более тесного сотрудничества между

государствами во всех сферах жизни общества. Одной из форм взаимодействия на государственном уровне стало создание международных организаций. Такие организации играют важную роль в обеспечении площадки для рассмотрения и решения ряда вопросов, значимых как на национальном, так и на глобальном уровне. Международные организации могут заключать договоры, пользуются иммунитетом и привилегиями, а также участвуют в иных видах отношений. Так, например, они ведут набор сотрудников, заключают коммерческие контракты, выполняют функ-

* Статья представляет собой конкурсную работу, особо отмеченную по результатам конкурса на соискание премии «Международное право в XXI веке». Публикуется в авторском переводе с английского языка с незначительными изменениями редакционного характера.

** Фёдоров Егор Сергеевич — магистр права (LL.M., the George Washington University Law School), эксперт по международному публичному праву Центра международных и сравнительно-правовых исследований, Москва, Россия (e-mail: esfedorov@list.ru).

ции по поддержанию мира и по принуждению к миру, проводят военные операции, в некоторых случаях обеспечивают управление территориями (например, Миссия ООН по делам временной администрации в Косово). Между тем по мере расширения их деятельности всё чаще возникают спорные ситуации, в которых международные организации становятся одной из сторон. В связи с этим должны существовать прозрачные и эффективные механизмы урегулирования споров с их участием.

Однако международная правовая система зачастую не предоставляет «совершенных механизмов урегулирования споров»¹. Анализ существующей практики выявляет отсутствие единого подхода к механизмам разрешения споров, в которые вовлечены международные организации. Ещё в 2002 году Комиссия международного права ООН (*далее* — КМП) признала необходимость совершенствования методов урегулирования споров, касающихся ответственности международных организаций². В 2016 году КМП в своём Докладе о работе 68-й сессии обозначила несколько возможных тем для долгосрочного плана работы, и среди них — вопрос об урегулировании международных споров, участниками которых являются международные организации³. При этом в Докладе предлагается ограничить исследование вопроса спорами между международными организациями и государствами (как государствами-членами, так и другими государствами) и спорами между международными организациями. Поэтому вполне вероятно, что будущая работа КМП не будет охватывать споры частного характера, например возникающие из контракта или из деликтного акта международной организации или против неё.

Тем не менее анализ методов урегулирования споров в международном праве свиде-

тельствует о необходимости эффективных и прозрачных механизмов разрешения споров именно частного характера, в особенности тех споров, которые возникают в связи с деятельностью ООН (крупнейшей, наиболее сложной по структуре и самой влиятельной международной организации). Не так давно в отношении ООН были высказаны обвинения в совершении деликтов, однако потерпевшим от действий организации не было предоставлено какое-либо возмещение вреда. Такие случаи формируют восприятие ООН как находящейся вне закона или над ним⁴.

В настоящей статье утверждается, что существующая система урегулирования споров частного характера с участием ООН, особенно споров, вытекающих из деликтных актов организации, неэффективна. Она должна быть пересмотрена международным юридическим сообществом в целях обеспечения справедливых, прозрачных и независимых средств урегулирования споров. В связи с этим высказывается предположение о том, что именно создание внешнего механизма урегулирования споров, а не расширение юрисдикции государственных судов и развитие внутренних механизмов разрешения споров в ООН, обеспечит эффективную систему, гарантирующую частным лицам надлежащую правовую процедуру и, как следствие, более широкий доступ к правосудию.

Статья состоит из пяти разделов, включая введение и заключение. В разделе 2 на примере недавних споров с участием ООН показывается, что действительно существует необходимость реформирования сложившейся системы урегулирования споров по делам частных лиц против ООН. В разделе 3 анализируются существующие механизмы урегулирования споров, доступные для частных лиц при подаче исков против ООН. Наконец, в разделе 4 предлагается альтернативный механизм урегулирования частных споров с участием ООН, который должен обеспечить справедливую и прозрачную систему разрешения споров и нивелировать сложившуюся ситуацию несправедливости.

¹ Schmalenbach K. Dispute Settlement // Research Handbook on the Law of International Organizations / ed. by J. Klabbers, Å. Wallendahl, Cheltenham ; Northampton, MA : Edward Elgar, 2011. P. 251–284, 251.

² См.: Report of the International Law Commission on the work of its fifty-fourth session, 2002. UN Doc. A/57/10. P. 235. § 486. URL: http://legal.un.org/ilc/documentation/english/reports/a_57_10.pdf (дата обращения: 12.03.2018).

³ См.: Report of the International Law Commission on the work of its sixty-eighth session, 2016. UN Doc. A/71/10. P. 387–388. URL: <http://legal.un.org/docs/?path=../ilc/reports/2016/english/annex.pdf&lang=EFSRAC> (дата обращения: 12.03.2018).

⁴ См.: Lewis P.J. Who Pays for the United Nation's Torts?: Immunity, Attribution, and “Appropriate Modes of Settlement” // North Carolina Journal of International Law and Commercial Regulation. Vol. 39. 2014. P. 259–332, 273.

2. Необходимость в эффективном механизме урегулирования частноправовых споров по искам против ООН

В настоящее время международные организации служат не только форумом для обсуждения и решения вопросов национального и международного значения на уровне государств, но и относительно успешно гарантируют соблюдение ими международного права. Через создание различных международных правовых инструментов организации зачастую выдвигают требования к государствам-участникам и третьим государствам по соблюдению принципов международного права⁵. Однако в последнее время всё более актуальным становится вопрос о соблюдении таких принципов самими международными организациями, в особенности в той части, в которой их деятельность может привести к нарушению прав человека⁶. Данное замечание относится и к деятельности ООН⁷. В частности, к примерам правонарушений можно отнести дела против ООН по искам родственников жертв событий в Сребренице и Фонда «Матери Сребреницы», по искам родственников жертв эпидемии холеры в Гаити, а также обвинения в насильственных действиях сексуального характера в отношении несовершеннолетних, совершённых сотрудниками ООН в Судане, Кот-д'Ивуаре и Гаити⁸. Зачастую в таких случаях потерпевшей стороне не

предоставляется каких-либо средств правовой защиты. Поэтому было бы справедливо, как предлагает профессор Н. Шрайвер, задать вопрос: «А соблюдают ли международные организации [и ООН в частности] то, что они проповедают?»⁹.

Одним из фундаментальных принципов международного права является принцип ответственности международных организаций за свои собственные действия, которые наносят ущерб иным субъектам¹⁰. ООН, являясь прототипом для всех в последующем созданных международных организаций, ничем не отличается от них в этом отношении и поэтому несёт ответственность за все действия и бездействия своих органов и должностных лиц¹¹. Однако частные субъекты не смогут получить должного удовлетворения по своим требованиям, если им не будет предоставлено право на доступ к суду¹², которое называют

рity to Responsibility to Protect. 2nd ed. Cambridge : Cambridge University Press, 2017. P.48–50.

⁹ Schrijver N. Op. cit. P.330. См. также: *Le Floch G.* Responsibility for Human Rights Violations by International Organizations // *Evolutions in the Law of International Organizations* / ed. by R. Virzo, I. Ingravallo. Leiden; Boston, MA : Brill Nijhoff, 2015. P.381–405, 381–384.

¹⁰ См.: *Bekker P.H.F.* The Legal Position of Intergovernmental Organizations: A Functional Necessity Analysis of Their Legal Status and Immunities. Dordrecht : Martinus Nijhoff, 1994. P.184. См. также: *Blokker N.* Member State Responsibility for Wrongdoings of International Organizations: Beacon of Hope or Delusion? // *International Organizations and Member State Responsibility: Critical Perspectives* / ed. by A. S. Baros, C. Ryngaert, J. Wouters. Leiden ; Boston, MA : Brill Nijhoff, 2016. P.34–47, 38; *Hirsch M.* The Responsibility of International Organizations Toward Third Parties: Some Basic Principles. Dordrecht ; Boston, MA : Martinus Nijhoff, 1995. P.7–10.

¹¹ См.: *Schmalenbach K.* Dispute Settlement (Article VIII Sections 29–30 General Convention) // *The Conventions on the Privileges and Immunities of the United Nations and its Specialized Agencies: A Commentary* / ed. by A. Reinisch. Oxford : Oxford University Press, 2016. P.529–588, 529. См. также: *Zwanenburg M.* UN Peace Operations Between Independence and Accountability // *International Organizations Law Review*. Vol. 5. 2008. No. 1. P.23–47, 25.

¹² См., например: *Freedman R.* UN Immunity or Impunity? A Human Rights Based Challenge // *European Journal of International Law*. Vol. 25. 2014. No. 1. P.239–254, 250 (профессор Р. Фридман утверждает, что любой частный субъект должен иметь право на доступ к правосудию в спорах с участием международных организаций); *Kwakwa E.* An International Organisation's Point of View // *Accountability for Human Rights Violations by International Organisations* / ed. by J. Wouters, E. Brems, S. Smis, P. Schmitt. Antwerp : Intersentia, 2010. P.591–600; *Mahoney P.* The International Judiciary – Independence and Accountability // *The Law and Practice of International Courts and Tribunals*. Vol. 7. 2008. No. 3. P.313–349, 317. См. также: *Reinisch A., Weber U.A.* In the Shadow of Waite and Kennedy – The Individual's Right of Access to the Courts and Administrative Tribunals as Alternative Means of Dispute Settlement // *International Organizations Law Review*. Vol. 1. 2004.

⁵ См.: *Schrijver N.* Beyond Srebrenica and Haiti: Exploring Alternative Remedies against the United Nations // *Immunity of International Organizations* / ed. by N. Blokker, N. Schrijver. Leiden ; Boston, MA : Brill Nijhoff, 2015. P.329–341, 330.

⁶ См.: *Blokker N.* International Organizations: The Untouchables? // *Immunity of International Organizations: Some Observations* / ed. by N. Blokker, Nico Schrijver. P. 1–17, 15 (профессор Н. Блоккер отмечает, что в настоящее время международные организации часто подвергаются критике, рассматриваются как правонарушители и иногда изображаются как «неприкасаемые»). См. также: *Daugirdas K.* Reputation and the Responsibility of International Organizations // *European Journal of International Law*. Vol. 25. 2014. No. 4. P.991–1018, 991–992; *Nanda V.P.* Accountability of International Organizations: Some Observations // *Denver Journal of International Law and Policy*. Vol. 33. 2005. No. 3. P.379–390, 379–380; *Wellens K.* Remedies against International Organisations. Cambridge : Cambridge University Press, 2002. P.16.

⁷ См., например: *Niedrist G.* The Necessity of a Human Rights Accountability for the United Nations // *Connecticut Journal of International Law*. Vol. 31. 2015. No. 1. P.1–24.

⁸ См.: *Chesterman S., Johnstone I., Malone D.M.* Law and Practice of the United Nations: Documents and Commentary. 2nd ed. New York : Oxford University Press, 2016. P.591–626; *Thakur T.* The United Nations, Peace and Security: From Collective Secu-

«самой яркой звездой во вселенной прав человека»¹³. Как отмечает профессор К. Шмаленбах, «позитивный имидж международных организаций в части их открытости в отношении международных средств правовой защиты несколько омрачается, когда речь заходит о требованиях частных субъектов права, находящийся вне институциональных рамок организаций»¹⁴. Данный тезис касается и ООН. Ниже при анализе двух ситуаций будет показана необходимость пересмотра существующей системы разрешения частноправовых споров по искам против ООН.

2.1. Дело Фонда «Матери Сребреницы» против ООН

В начале 1990-х годов начался распад Югославии, который сопровождался серией конфликтов между этническими группами, проживающими в регионе. Сложившаяся ситуация привлекла внимание международного сообщества. В результате в 1993 году ООН создала шесть так называемых «безопасных районов», в которых миротворческая миссия ООН должна была защищать всех проживающих в них лиц от опасности вооружённых нападений. Один из таких районов находился в Сребренице¹⁵. 13 марта 1993 года Командующий Силами ООН по охране (*далее* — СООНО) сделал публичное заявление перед собравшимися на многочисленном митинге в

Сребренице, провозгласив, что мирное население «находится под защитой ООН и что оно не оставит»¹⁶. Очевидно, что Командующий говорил от имени ООН, и его слова в последующем не были отозваны и не вызвали какого-либо возражения иных должностных лиц ООН¹⁷. Такое заявление вместе с последующими резолюциями Совета Безопасности ООН породило у жителей Сребреницы надежду на защиту со стороны организации.

Тем не менее в июле 1995 года боснийские сербы атаковали и быстро оккупировали город. Вместо того чтобы обеспечить защиту Сребреницы, голландский батальон СООНО не занял свои позиции и не предпринял каких-либо попыток защитить город¹⁸. Присутствие миротворцев ООН должно было восприниматься как «прикрытие от потенциальных захватчиков»¹⁹, но легковооружённые миротворцы эвакуировали свои силы, оставив позади гражданское боснийское население, прибывшее в Сребреницу для защиты. То, что произошло после, хорошо описано в обвинительном заключении Международного уголовного трибунала по бывшей Югославии в отношении Радована Караджича и Ратко Младича: «После того как в июле 1995 года осаждающие сербские силы захватили Сребреницу, произошла, как представляется, действительно ужасающая массовая расправа над мусульманским населением. Доказательства, представленные Обвинителем, указывают на эпизоды невообразимой жестокости: тысячи мужчин были казнены и закопаны в братских могилах, сотни мужчин были закопаны живыми, мужчин и женщин истязали и уничтожали, детей убивали на глазах матерей, деда заставили съесть печень его собственного внука. Это — воистину сцены из жизни ада, написанные на самых мрачных страницах в истории человечества»²⁰.

Хотя Генеральный секретарь ООН признал тот факт, что организация разделяет ответственность за произошедшие массовые убийства²¹, ООН так и не отреагировала на

№ 1. P. 59–110, 67 («обоснование доступа к суду с точки зрения прав человека в равной степени убедительно и в контексте иммунитета международных организаций: соответствующие инструменты по правам человека чётко формулируют лежащее в основе право на справедливое и независимое судебное разбирательство как принадлежащее каждому и предоставляющее право на рассмотрение требований к любому лицу, независимо от того, является ли противоположной стороной другое частное лицо, иностранное государство или международная организация»).

¹³ *Cançado Trindade A.A.* The Access of Individuals to International Justice. Oxford: Oxford University Press, 2011. P. 13. См. также: *Kryvoi Y.* Procedural Fairness as a Precondition for Immunity of International Organizations // *International Organizations Law Review*. Vol. 13. 2016. No. 2. P. 255–272, 258–259 (право на доступ к суду рассматривается в качестве одного из прав человека, которое предоставляет каждому право на то, чтобы его требования «были заслушаны и рассмотрены в соответствии с основополагающими стандартами справедливого правосудия»).

¹⁴ *Schmalenbach K.* Dispute Settlement. P. 262.

¹⁵ См.: Report of the Secretary-General pursuant to General Assembly resolution 53/35: The Fall of Srebrenica, 1999. UN Doc. A/54/549. § 41–102. URL: https://www.securitycouncilreport.org/atf/cf/%7b65BF6F9B-6D27-4E9C-8CD3-CF6E4FF96FF9%7d/a_549_1999.pdf (дата обращения: 12.03.2018).

¹⁶ *Ibid.* § 38.

¹⁷ См.: *Baehr P.R.* Accountability of the United Nations: The Case of Srebrenica // *Accountability for Human Rights Violations by International Organisations* / ed. by J. Wouters, E. Brems, S. Smis, P. Schmitt. P. 269–286, 270–271.

¹⁸ См.: *Ibid.* P. 273.

¹⁹ *Ibid.* P. 272.

²⁰ UNSG Report on Srebrenica. § 2.

²¹ См.: *Ibid.* § 5.

претензию, поданную родственниками жертв непосредственно Генеральному секретарю²².

Пытаясь восстановить справедливость, выжившие в Сребренице, семьи жертв, а также Фонд «Матери Сребреницы» подали иск против ООН и Нидерландов в государственный суд Нидерландов. Однако районный²³ и апелляционный суды²⁴ Гааги, а также Верховный суд Нидерландов²⁵ постановили, что ввиду иммунитета ООН они не обладают юрисдикцией для целей рассмотрения дела в отношении ООН.

Впоследствии Фонд «Матери Сребреницы» вместе с иными потерпевшими подали иск против Нидерландов в Европейский Суд по правам человека (*далее* — ЕСПЧ, Европейский Суд), заявив, что Нидерланды нарушили статью 6 Европейской Конвенции о защите прав человека и основных свобод, которая закрепляет право каждого на справедливое судебное разбирательство²⁶. В июне 2013 года ЕСПЧ признал жалобу Фонда «Матери Сребреницы» неприемлемой, тем самым поддержав абсолютный иммунитет ООН²⁷. Суд заключил, что иммунитет ООН преобладает над правом заявителей на доступ к правосудию. При этом в решении подчеркнуто, что, несмотря на то что в соответствии с нидерландским национальным законодательством или правом ООН отсутствуют какие-либо средства разрешения споров, из этого не следует, что «в отсутствие альтернативного средства правовой защиты признание иммунитета как таковое составляет нарушение права на доступ к суду»²⁸.

И голландские суды, и Европейский Суд посчитали, что иммунитет ООН позволяет организации эффективно и независимо осуществлять свои функции и что недопустимо позволять национальным судам вмешиваться в её деятельность по обеспечению международного мира и безопасности²⁹. Такая позиция судов в отношении иммунитета ООН вполне ясна. Однако, поскольку ООН до настоящего момента не создала соответствующий механизм урегулирования споров, как это предусмотрено разделом 29 Конвенции о привилегиях и иммунитетах ООН³⁰, пострадавшая сторона в ситуации с массовым убийством в Сребренице была вовсе оставлена без каких-либо правовых средств защиты.

2.2. Дело пострадавших от эпидемии холеры в Гаити против ООН

В 2010 году, вскоре после прибытия нового контингента миротворцев для участия в Миссии ООН по стабилизации в Гаити (*далее* — МООНСГ), в дополнение к существующим внутренним проблемам в стране началась эпидемия холеры³¹. Контингент миротворцев составляли лица, ранее проходившие службу в Непале, уже пострадавшем от данного заболевания. По состоянию на 2016 год, в Гаити от холеры умерли около 30 000 человек и около двух миллионов оказались инфицированы³². Сначала ООН отрицала какую-либо причинно-следственную связь между прибытием миротворцев и вспышкой холеры в стране. Однако Доклад Специального докладчика по вопросу о крайней нищете и правах человека устанавливает, что имеются научные данные, убедительно свидетельствующие о наличии прямой связи между прибытием непальских миротворцев и вспышкой холеры³³.

²² См.: *Boon K.E.* The United Nations as Good Samaritan: Immunity and Responsibility // *Chicago Journal of International Law*. Vol. 16. 2016. No. 2. P.341–385, 378.

²³ См.: District Court of The Hague. *Mothers of Srebrenica et al v. State of the Netherlands and the United Nations*. Case No. 295247/HA ZA 07-2973. Judgment in the Incidental Proceedings of 10 July 2008.

²⁴ См.: Court of Appeal of The Hague. *Mothers of Srebrenica et al v. State of the Netherlands and the United Nations*. Case No. 200.022.151/01. Judgment in the First Civil Law Section of 30 March 2010.

²⁵ См.: Supreme Court of The Netherlands. *Mothers of Srebrenica et al v. State of The Netherlands and the United Nations*. Case No. 10/04437. Judgment of 13 April 2012.

²⁶ См.: *Henquet T.* The Jurisdictional Immunity of International Organizations in the Netherlands and the View from Strasbourg // *Immunity of International Organizations* / ed. by N. Blokker, N. Schrijver. P.279–312, 293.

²⁷ См.: European Court of Human Rights (*далее* — ECtHR). *Stichting Mothers of Srebrenica and Others v. the Netherlands*. Application no. 10/65542/12. Judgment of 11 June 2013.

²⁸ *Ibid.* § 163–164.

²⁹ См.: *Faith K.* Stichting Mothers of Srebrenica v. Netherlands: Does U.N. Immunity Trump the Right of Access to a Court? // *Tulane Journal of International and Comparative Law*. Vol. 22. 2014. P.359–376, 359–362.

³⁰ См.: Convention on the Privileges and Immunities of the United Nations // *United Nations. Treaty Series*. 1946. 13 February. P.30. Section 29.

³¹ См.: Report on Extreme Poverty and Human Rights, 2016. UN Doc. A/71/367. URL: <https://undocs.org/A/71/367> (дата обращения: 12.03.2018).

³² См.: *Pilkington E.* UN Makes First Public Admission of Blame for Haiti Cholera Outbreak // *The Guardian*. 2016. 18 August. URL: <https://www.theguardian.com/world/2016/aug/18/un-public-admission-haiti-cholera-outbreak> (дата обращения: 12.03.2018).

³³ См.: Report on Extreme Poverty and Human Rights. § 2.

Статус МООНСГ регулируется Соглашением между ООН и Правительством Республики Гаити о Статусе Миссии ООН в Гаити (*далее* – Соглашение ООН – Гаити). Данное соглашение в 55-м пункте устанавливает, что: «Любой спор или претензия, относящиеся по своему характеру к частному праву и не являющиеся результатом действий МООНСГ в условиях крайней необходимости, стороной которых является МООНСГ или любой её член и на которые в соответствии с любым из положений настоящего Соглашения не распространяется юрисдикция судов Гаити, урегулируются постоянной комиссией по рассмотрению претензий, которая устанавливается для этой цели»³⁴.

В 2011 году, зная об упомянутом положении Соглашения ООН – Гаити, адвокаты правозащитной организации «Институт справедливости и демократии на Гаити» и Международного бюро адвокатов, а также юристы американской юридической фирмы по правам человека от имени примерно 5 000 лиц, пострадавших от эпидемии холеры в Гаити, подали в ООН ходатайство о возмещении вреда³⁵. Основанием для подачи претензии послужили предполагаемые бездействие, грубая неосторожность, безрассудство и преднамеренное безразличие ООН в вопросах здоровья и жизни населения Гаити, а также неспособность ООН создать комиссию по рассмотрению претензий для целей предоставления правовой защиты потерпевшей стороне³⁶. Несмотря на это, после шестнадцати месяцев молчания, вместо того чтобы взять на себя ответственность, ООН использовала право как «щит от ответственности»³⁷ и отказала в удовлетворении претензии. Организация указала: «Что касается поданных претензий, их

рассмотрение неминуемо привело бы к оценке политических и стратегических вопросов. Соответственно, такие требования не подлежат рассмотрению в соответствии с разделом 29 Конвенции о привилегиях и иммунитетах ООН»³⁸.

Таким образом, ответ предполагает, что данный спор носит публичный, а не частноправовой характер, что и приводит к неприемлемости таких требований согласно разделу 29 Конвенции о привилегиях и иммунитетах ООН, а также в соответствии с Соглашением ООН – Гаити³⁹.

Занятая ООН позиция значительно критикуется, поскольку она позволяет охарактеризовать практически любой спор как не частноправовой и, следовательно, не подлежащий рассмотрению с применением механизмов разрешения частных споров⁴⁰. При этом ООН ранее разъясняла, что претензии частноправового характера в первую очередь охватывают «требования о компенсации, предъявленные третьими сторонами в связи с телесными повреждениями или смертью, и/или утратой имущества, или ущербом, понесёнными в результате действий, совершённых членами миротворческой операции ООН в районе миссии»⁴¹. Многие полагают, что претензии пострадавших от эпидемии холеры в Гаити содержат элементы частноправового характера, поскольку «иск по своей сути проистекал из деликта, заявители были частными лицами, а требование предполагало денежную компенсацию»⁴². Критика подкрепляется также позицией Консультативной группы по правам человека, учреждённой для

³⁴ Agreement between the United Nations and the Government of Haiti Concerning the Status of the United Nations Operation in Haiti // United Nations. Treaty Series. 2004. 9 June. P.235. Art. VIII, § 55 (*далее* – UN-Haiti SOFA).

³⁵ См.: *Garcin M.* The Haitian Cholera Victims' Complaints against the United Nations // *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht (ZaöRV)*. Bd. 75. 2015. S. 671–705, 676. URL: http://www.zaoerv.de/75_2015/75_2015_3_b_671_706.pdf (дата обращения: 12.03.2018).

³⁶ См.: Institute for Justice and Democracy in Haiti – Bureau des Avocats Internationaux (Petition for Relief), 2011. URL: <http://ijdh.org/wordpress/wp-content/uploads/2011/11/english-petitionREDACTED.pdf> (дата обращения: 12.03.2018).

³⁷ *Pillinger M., Hurd I., Barnett M.N.* How to Get Away with Cholera: The UN, Haiti, and International Law // *Perspectives on Politics*. Vol. 14. 2016. No. 1. P.70–86, 71.

³⁸ Letter from the U.N. Under Secretary-General for Legal Affairs to Brian Concannon, 2013. URL: <http://www.ijdh.org/wp-content/uploads/2011/11/UN-Dismisal-2013-02-21.pdf> (дата обращения: 12.03.2018).

³⁹ См.: *Lewis P.J.* Op. cit. P.268.

⁴⁰ См.: *Bode T.G.* Cholera in Haiti: United Nations Immunity and Accountability // *Georgetown Journal of International Law*. Vol. 47. 2016. No. 2. P.759–791, 776.

⁴¹ U.N. Secretary-General, Procedures in Place for the Implementation of Article VIII, Section 29, of the Convention on the Privileges and Immunities of the United Nations, 1995. UN Doc. A/C.5/49/65. URL: <http://undocs.org/A/C.5/49/65> (дата обращения: 12.03.2018).

⁴² *Lewis P.J.* Op. cit. P.270. По данному вопросу см. также: *Rashkow B.C.* Immunity of the United Nations: Practice and Challenges // *Immunity of International Organizations* / ed. by N. Blokker, N. Schrijver. P.74–90, 87; *Pavoni R.* Choleric Notes on the Haiti Cholera Case // *Questions of International Law*. 2015. P.19–41, 23–28. URL: http://www.qil-qdi.org/wp-content/uploads/2015/07/03_Haiti-Cholera-Case_PAVONI_FIN.pdf (дата обращения: 12.03.2018).

рассмотрения нарушений прав человека, совершённых миссией ООН в Косово. Консультативная группа заявила, что «жалобы на нарушения прав человека, связанные с телесными повреждениями, болезнью или смертью, представляют собой спор частноправового характера»⁴³. Данный вывод применим и к ситуации в Гаити; его разделяют в том числе и лица, которые были специально назначены для исследования и анализа отдельных вопросов, связанных с ситуацией в Гаити. Так, доклад Специального докладчика по вопросу о крайней нищете и правах человека указывает на то, что правовые аргументы, представленные ООН в отношении неприемлемости претензий пострадавших от холеры, являются неубедительными⁴⁴.

В 2013 году, пытаясь всё же получить возмещение вреда, пострадавшие от холеры лица подали иск против ООН в федеральный окружной суд США. Однако в 2015 году окружной суд постановил, что в отсутствие явно выраженного отказа ООН от своего иммунитета иски в отношении организации не могут быть рассмотрены согласно статье 2 Конвенции о привилегиях и иммунитетах ООН⁴⁵. Истцы подали апелляцию, однако Апелляционный суд второго округа США оставил в силе решение суда первой инстанции⁴⁶.

Существуют альтернативные способы урегулирования, которые могли бы использоваться заявителями в ситуации с холерой в Гаити. Например, пострадавшие могли бы попытаться договориться с правительством Гаити об использовании так называемого механизма дипломатической защиты. Однако в следующем разделе будет показано, что такие альтернативные средства урегулирования споров являются «весьма проблематичными и недостаточными»⁴⁷, и наиболее вероятно, что пострадавшие от холеры в Гаити не получат доступа к каким-либо средствам правовой защиты.

2.3. Вывод

Резюмируя анализ рассмотренных выше ситуаций, можно заключить, что дела Фонда «Матери Сребреницы» и пострадавших от эпидемии холеры в Гаити ясно показывают, что потерпевшая сторона зачастую может оказаться без эффективного средства правовой защиты и, следовательно, без доступа к правосудию. Это представляется несправедливым и указывает на необходимость создания новой системы урегулирования споров, возникших в результате деятельности ООН.

Некоторые из субъектов международного сообщества уже признали необходимость разработки механизмов урегулирования споров по частноправовым искам против международных организаций. Например, Комитет консультантов Совета Европы по международному публичному праву включил в свою повестку дня вопрос по теме «Урегулирование споров частноправового характера, стороной которых является международная организация»⁴⁸. Также в заявлении Дании от имени Северной Европы (Дания, Исландия, Норвегия, Финляндия и Швеция), сделанном на 18-м заседании Шестого комитета, советник Дании г-н Кристиан Карстенсен, обращаясь к вопросу об ответственности международных организаций, отметил, что «в последние годы вопрос об урегулировании споров частного характера, стороной в которых является международная организация, приобретает всё большее значение»⁴⁹. Он отметил, что нынешняя система урегулирования споров, особенно в отношении миротворческих операций ООН, представляется «не совсем адекватной». Подобного мнения придерживаются и многие учёные⁵⁰.

⁴³ Lewis P.J. Op. cit. P.270.

⁴⁴ См.: Report on Extreme Poverty and Human Rights. § 34–37.

⁴⁵ См.: *Georges v. UN*, 84 F. Supp. 3d 246 (S.D.N.Y. 2015).

⁴⁶ См.: *Georges v. UN*, 834 F. 3d 88 (2d Cir. 2016).

⁴⁷ Dannenbaum T. Translating the Standard of Effective Control into a System of Effective Accountability: How Liability Should be Apportioned for Violations of Human Rights by Member State Troops Contingents Serving as United Nations Peacekeepers // Harvard International Law Journal. Vol. 51. 2010. No. 1. P.113–192, 126.

⁴⁸ Commission of Legal Advisers on Public International Law, Report of the 50th Meeting, 2015. P. 7–8. URL: <https://rm.coe.int/CoERMPublicCommonSearchServices/DisplayDCTMContent?documentId=09000016805a6c86> (дата обращения: 12.03.2018).

⁴⁹ Statement Made by Denmark on Behalf of Denmark, Finland, Iceland, Norway and Sweden, 2014. UN Doc. A/C.6/69/SR.18. URL: <https://papersmart.unmeetings.org/media2/4654068/denmark-en-85.pdf> (дата обращения: 12.03.2018).

⁵⁰ См.: The Advisory Committee on Issues of Public International Law, Advisory Report No. 27 on Responsibility of International Organisations, 2015. URL: [http://cms.webbeat.net/Content-Suite/upload/cav/doc/Report_no_27_-_Responsibility_of_international_organisations\(2\).pdf](http://cms.webbeat.net/Content-Suite/upload/cav/doc/Report_no_27_-_Responsibility_of_international_organisations(2).pdf) (дата обращения: 12.03.2018). См. также: Report on Extreme Poverty and Human Rights.

Так почему же существующая система не является ни адекватной, ни эффективной? Каковы препятствия на пути её эффективного функционирования? Чтобы ответить на поставленные вопросы, необходимо проанализировать существующие механизмы разрешения споров, доступные для частных лиц при предъявлении претензий к ООН.

3. Существующие механизмы разрешения споров частноправового характера с участием ООН

Существует три типа систем, используемых для целей урегулирования споров: национальные судебные органы, международные судебные или квазисудебные органы и внутренние органы по урегулированию споров, созданные в рамках международных организаций. Однако на всех этих трёх уровнях существуют серьёзные препятствия, с которыми сталкиваются заявители при предъявлении претензий и исков к международным организациям. К ним относятся: 1) иммунитет международных организаций в национальных судах, который предоставляется им для обеспечения независимости в выполнении своих функций; 2) недоступность международных механизмов разрешения споров, которая объясняется тем, что международные организации, как правило, не являются участниками многосторонних договоров, а также тем, что большинство существующих международных судов доступны только для государств (например, Международный Суд ООН рассматривает только межгосударственные споры); и 3) ограниченная эффективность внутренних механизмов урегулирования споров, предоставляемых международными организациями⁵¹. Указанные препятствия возникают и при разрешении споров между част-

ными лицами и ООН. Ниже более подробно рассматриваются существующие механизмы урегулирования споров в рамках каждой из трёх систем (национальной, международной и институциональной).

3.1. Национальные суды vs. иммунитет ООН

Иммунитет, предоставляемый международным организациям для выполнения своих функций без вмешательства со стороны национальных судов и государственных служащих, считается одним из столпов международного права⁵². Предоставление различных иммунитетов и привилегий, как правило, обеспечивается с помощью ряда правовых актов — учредительных документов международных организаций, отдельных соглашений о привилегиях и иммунитетах и соглашений о штаб-квартире⁵³. В этом отношении ООН не является исключением. С самого момента её создания необходимость иммунитета от юрисдикции государств-членов признавалась как предпосылка достижения установленных Уставом ООН «важных и далекоидущих» целей⁵⁴. Так, статья 105 Устава ООН требует от государств-членов предоставлять организации такие привилегии и иммунитеты, «которые необходимы для выполнения её целей и функций»⁵⁵. Это положение конкретизируется в Конвенции о привилегиях и иммунитетах ООН⁵⁶, Конвенции о привилегиях и иммунитетах специализированных учреждений⁵⁷, а также в отдельных Соглашениях о статусе сил между ООН и странами, в которых проводятся операции (*далее* — Соглашение о статусе сил ООН)⁵⁸. Главным следствием наличия

⁵¹ См.: PACE Committee on Legal Affairs and Human Rights, Report on Accountability of International Organisations for Human Rights Violations, 2013. § 26–67. URL: <http://website-pace.net/documents/10643/110596/20131106-OrganisationAccountability-EN.pdf/28c93fd3-53fa-4a9d-9712-bd25f5e68be0> (дата обращения: 12.03.2018). См. также: *Bekker P.H.F.* Op. cit. P. 181–182; *Boon K.E.* Op. cit. P. 378; *De Schutter O.* Human Rights and The Rise of International Organisations: The Logic of Sliding Scales in the Law of International Responsibility // *Accountability for Human Rights Violations by International Organisations* / ed. by J. Wouters, E. Brems, S. Smis, P. Schmitt. P. 51–128, 119; *Wouters J.* Introductory Remarks // *Ibid.* P. 1–20, 11.

⁵² Подробнее об этом см.: *Damrosch L.F., Murphy S.D.* International Law: Cases and Materials. St. Paul, MN: West Academic Publishing, 2014. P. 903. См. также: *Blokker N.* International Organizations: The Untouchables? P. 2.

⁵³ См.: *Reinisch A.* Privileges and Immunities // *Research Handbook on the Law of International Organizations* / ed. by J. Klabbers, Å. Wallendahl. P. 132–155, 135.

⁵⁴ См.: *Rashkow B.* Above the Law? Innovating Legal Responses to Build a More Accountable U.N.: Where is the U.N. Now? // *The ILSA Journal of International and Comparative Law*. Vol. 23. 2017. No. 2. P. 345–371, 346.

⁵⁵ U.N. Charter. Art. 105, § 1.

⁵⁶ Convention on the Privileges and Immunities of the United Nations.

⁵⁷ Convention on the Privileges and Immunities of the Specialized Agencies // United Nations. Treaty Series. 1947. 21 November. Vol. 33. P. 261.

⁵⁸ См.: Model Status-of-Forces Agreement for Peace-Keeping Operations, 1990. UN Doc. A/45/594 (*далее* — Model SOFA).

таких иммунитетов является то, что национальные суды не могут выносить решения по искам против ООН.

При этом общепризнано, что иммунитет международных организаций не должен превалять над правом заявителей на правовую защиту⁵⁹. Поэтому международные организации создают механизмы, направленные на разрешение внутренних и внешних споров и подчиняются им⁶⁰. Однако на практике доступ потерпевшей стороны к правовой защите почти полностью зависит от доброй воли международной организации по подчинению тому или иному механизму ответственности⁶¹. На настоящий момент не каждая из существующих международных организаций создала и обеспечила доступ к эффективным механизмам разрешения споров. Данное обстоятельство приводит к нарушению одного из основных прав человека — права на доступ к правосудию. Тем не менее в последнее время в международной и национальной судебной практике произошли определённые изменения. В частности, суды в зависимости от наличия эффективного альтернативного механизма принимают решение о снятии иммунитета конкретной международной организации⁶².

Европейский Суд в делах *Уэйт и Кеннеди против Германии* и *Бир и Реган против Германии* постановил, что юрисдикционный иммунитет международных организаций в целом может быть сохранён, если у заявителей имеются в распоряжении «разумные альтернативные меры для эффективной защиты своих прав, гарантированных [Европейской]

Конвенцией»⁶³. Схожая позиция была принята и рядом национальных судов⁶⁴.

Тем не менее позиция судов по отношению к искам против ООН выглядит иначе. Например, в вышеупомянутом деле *Фонд «Матери Сребреницы» и другие против Нидерландов* Европейский Суд вновь обратился к тесту, предложенному в делах *Уэйт и Кеннеди против Германии* и постановил, что решение по указанным делам не подразумевает, что «в отсутствие альтернативного средства правовой защиты признание иммунитета *ipso facto* составляет нарушение права на доступ к суду»⁶⁵. Более того, ЕСПЧ отметил, что дело Фонда «Матери Сребреницы» «принципиально отличается от ранее рассмотренных дел, в которых Суд рассматривал иммунитет международных организаций в национальной юрисдикции»⁶⁶, поскольку данное дело касается возможного правонарушения, совершённого миротворческими силами ООН, созданными в соответствии с главой VII Устава ООН. В связи с этим Европейский Суд установил: «Поскольку операции, санкционированные резолюциями Совета Безопасности ООН в соответствии с главой VII Устава ООН, имеют фундаментальное значение для миссии ООН по обеспечению международного мира и безопасности, [Европейская] Конвенция не может быть истолкована способом, который относит действия (бездействие) Совета Безопасности к национальной юрисдикции без огласия ООН»⁶⁷.

URL: <https://undocs.org/A/45/594> (дата обращения: 12.03.2018).

⁵⁹ См., например: *Blokker N.* International Organizations: The Untouchables? P.2; *Muller S.A.* International Organizations and Their Host States: Aspects of Their Legal Relationship. The Hague : Kluwer Law International, 1995. P.282; *Arsanjani M.H.* Claims against International Organizations: Quis Custodiet Isos Custodes // *Yale Journal of International Law*. Vol.7. 1981. No.2. P.131–176, 175 (отмечает, что «было бы весьма иронично отрицать права отдельных лиц, полагая, что они могут быть несовместимы с функциями [международных организаций]»).

⁶⁰ См.: *Bekker P.H.F.* Op. cit. P.191; См. также: *Schmalenbach K.* Dispute Settlement. P.262.

⁶¹ См.: *Wouters J.* Op. cit. P.11.

⁶² См.: *Ibid.* См. также: *Orzan M.F.* International Organizations and Immunity from Legal Process // *Evolutions in the Law of International Organizations* / ed. by R. Virzo, I. Ingravallo. P.364–380, 374; *Reinisch A., Weber U.A.* Op. cit. P.72.

⁶³ ECtHR. *Waite and Kennedy v. Germany*. Application no.26083/94. Judgment of 18 February 1999. § 68; *Beer and Regan v. Germany*. Application no.28934/95. Judgment of 18 February 1999. § 58.

⁶⁴ См.: *Reinisch A.* Op. cit. P.143–146 (приводит в пример решения национальных судов Германии, Франции, Бельгии, Италии и Швейцарии). Примеры решений национальных судов см. также: *Bonafé B.I.* Italian Courts and the Immunity of International Organizations // *Immunity of International Organizations* / ed. by N. Blokker, N. Schrijver. P.246–278, 269–277; *De Brabandere E.* Belgian Courts and the Immunity of International Organizations // *Ibid.* P.206–245, 218–244; *Burdeau G.B.* France // *The Privileges and Immunities of International Organizations in Domestic Courts* / ed. by A. Reinisch. Oxford : Oxford University Press, 2013. P.103–122, 118–119; *Neumann T., Peters A.* Switzerland // *Ibid.* P.241–274, 251–267; *Reinisch A.* Transnational Judicial Conversations on the Personality, Privileges, and Immunities of International Organizations – An Introduction // *Ibid.* P.1–16, 7–11;

⁶⁵ ECtHR. *Stichting Mothers of Srebrenica and Others v. the Netherlands*. § 164.

⁶⁶ *Ibid.* § 165.

⁶⁷ *Ibid.* § 154.

На практике такой подход ЕСПЧ применяется во всех случаях, когда речь идёт о спорах с участием ООН, соответственно, схожий исход возможен не только в отношении деятельности, осуществляемой в рамках компетенции организации по главе VII⁶⁸. Такую же позицию занимают и национальные суды, которые отказывают в рассмотрении дел против ООН, признавая её абсолютный иммунитет⁶⁹.

В заключение следует отметить, что, хотя позиция судов в части ограничения юрисдикционного иммунитета международных организаций постепенно меняется, маловероятным представляется, что какое-либо дело с участием ООН, переданное в национальный суд, будет разрешено в пользу пострадавшего лица. Это возможно в связи с тем, что, несмотря на противоправность действий ООН, фактическое отсутствие альтернативных правовых процедур и существование общепризнанного права на доступ к правосудию, абсолютный иммунитет организации до сих пор не ставится под сомнение⁷⁰.

3.2. Международные механизмы разрешения споров vs. иски против ООН

Изучая возможные международные судебные и квазисудебные механизмы урегулирования споров, важно отметить, что в настоящее время не существует международного судебного механизма, который мог бы рассматривать претензии к международным организациям⁷¹. Отчасти это объясняется тем, что международные организации, как правило, не являются участниками многосторонних договоров по правам человека и, следовательно, не подпадают под действие соответствующих механизмов урегулирования споров; это делает невозможным прямое предъявление отдельными лицами претензий к международной организации на международном уровне⁷².

ООН не является исключением, так как организация не участвует в каких-либо международных договорах в области прав человека⁷³. Кроме того, даже положения Статута Международного Суда не допускают предъявления претензий к ООН в связи с нарушениями международных стандартов по правам человека⁷⁴.

Некоторые международные организации нашли выход из описанной ситуации, подчинив себя юрисдикции международных квазисудебных органов, например по умолчанию передают рассмотрение частноправовых споров под юрисдикцию арбитража. ООН также регулярно прибегает к арбитражу в тех случаях, когда соглашение не может быть достигнуто путём прямых переговоров. Однако данный механизм доступен в случаях с исками по коммерческим контрактам, но не в спорах, возникающих из деликтных актов организации⁷⁵.

Существует и иной альтернативный механизм, который потерпевшая сторона могла бы использовать для получения возмещения от ООН, но который, однако, недоступен непосредственно истцам. В частности, нет никаких сомнений в том, что государство может обратиться к институту дипломатической защиты, представляя интересы своих граждан перед международной организацией⁷⁶. Даже ООН признала такой механизм в своём докладе, подготовленном ей в качестве *amicus curiae* по делу *Бродбент и другие против Организации американских государств*⁷⁷.

⁶⁸ См.: ECtHR. *Perez v. Germany*. Application no. 15521/08. Judgment of 6 January 2015.

⁶⁹ См.: *Brzak v. UN*, 597 F.3d 107 (2d Cir. 2010); *Georges v. UN*, 84 F. Supp. 3d 246; Supreme Court of The Netherlands. *Mothers of Srebrenica et al. v. State of The Netherlands and the United Nations*.

⁷⁰ См.: *Schrijver N.* Op. cit. P.331.

⁷¹ См.: *Singer M.* Jurisdictional Immunity of International Organizations: Human Rights and Functional Necessity Concerns // *Virginia Journal of International Law*. Vol. 36. 1995. No. 1. P.53–165, 64. См. также: *Wouters J.* Op. cit. P.11.

⁷² См.: PACE Report on Accountability. §33. См. также: *De Schutter O.* Op. cit. P.118.

⁷³ Подробно о применимости международных стандартов в области прав человека по отношению к ООН см., например: *Mégret F., Hoffmann F.* The UN as a Human Rights Violator? Some Reflections on the United Nations Changing Human Rights Responsibilities // *Human Rights Quarterly*. Vol. 25. 2003. No. 2. P.314–342, 314.

⁷⁴ Подробнее об этом см.: *Istrefi R.* Should the United Nations Create an Independent Human Rights Body in a Transitional Administration? The Case of the United Nations Interim Administration Mission in Kosovo (UNMIK) // *Accountability for Human Rights Violations by International Organisations* / ed. by J. Wouters, E. Brems, S. Smis, P. Schmitt. P.355–372, 365.

⁷⁵ См.: *Bekker P.H.F.* Op. cit. P.197.

⁷⁶ См.: *Zwanenburg M.* Op. cit. P. 41–44 («Традиционно дипломатическая защита является правом, которое государство может осуществлять против другого государства. [Однако] развитие международных организаций привело к признанию того, что дипломатическая защита может также осуществляться государством в отношениях с международной организацией»).
⁷⁷ United States Court of Appeals for the District of Columbia Circuit. *Marvin R. Broadbent et al. v. Organization of American States*. Decision of 8 January 1980. (Brief for the United Nations as *Amicus Curiae*). URL: <http://legal.un.org/docs/?path=../>

Институт дипломатической защиты представляет собой процесс, в котором ООН разрешает все споры путём переговоров с принимающей страной или страной гражданства потерпевшего, которые впоследствии распределяют единовременные выплаты каждому из заявителей⁷⁸.

При этом следует отметить, что у данного механизма урегулирования споров есть как несколько преимуществ, например эффективность и оперативность разрешения споров⁷⁹, так и определённые препятствия и сложности, с которыми может столкнуться потерпевшая сторона. В частности, такие переговоры зависят в первую очередь от воли государства. Достаточно вероятно, что оно не будет вести какие-либо переговоры, не имея к тому интереса, по причине многочисленных факторов, таких, например, как потребность в сохранении финансовой поддержки, поступающей от ООН⁸⁰. Кроме того, даже в тех случаях, когда выплата производится, распределение денежных средств будет зависеть главным образом от готовности государственных органов, во-первых, передать компенсацию соответствующему лицу, и, во-вторых, справедливо распределить полученные средства среди пострадавших лиц⁸¹. На сегодняшний день существует лишь один пример урегулирования претензий на основе соглашения о единовременной выплате компенсации между ООН и государством гражданства потерпевшего⁸². По совокупности факторов следует вывод, что данный альтернативный механизм может оказаться малоэффективным и неадекватным.

Наконец, потерпевшие лица могут также призвать государственные органы своего го-

сударства сделать запрос о консультативном заключении Международного Суда по разделу 30 Конвенции о привилегиях и иммунитетах ООН в отношении обязательства организации о рассмотрении претензий, налагаемого разделом 29 Конвенции⁸³. Однако за всю историю существования ООН ни одно государство не сделало этого, поскольку процесс подачи такого запроса может быть очень «сложным как с юридической, так и с политической точки зрения»⁸⁴.

В конечном итоге можно сделать вывод о том, что даже при наличии косвенных способов урегулирования претензий к ООН система существующих на международном уровне механизмов разрешения частнопроводимых споров с участием организации неэффективна.

3.3. Институциональные механизмы разрешения споров, созданные ООН

Как отмечалось выше⁸⁵, иммунитет международных организаций «не призван защищать их на международной арене от обязанности по ответу на обоснованные требования третьих сторон, которые являются результатом их деятельности»⁸⁶. Для достижения этой цели ООН создала внутреннюю систему урегулирования споров, которая включает в себя механизмы, направленные на рассмотрение исков из трудовых правоотношений, исков по коммерческим контрактам и деликтных исков третьих сторон против ООН. В данном разделе рассматриваются только те из них, которые доступны в случаях с деликтными исками.

Пункт «а» раздела 29 Конвенции о привилегиях и иммунитетах ООН закрепляет обязанность организации установить положения для соответствующих способов разрешения «споров, возникающих в связи с контрактами, или других споров по вопросам частного права, в которых ООН является стороной»⁸⁷. В соответствии с указанной обязанностью в разделе 51 Типового соглашения о статусе сил

unjuridicalyearbook/pdfs/english/by_volume/1980/chpVIII.pdf&lang=EF (дата обращения: 12.03.2018).

⁷⁸ См.: *Lewis P.J.* Op. cit. P.272. См. также: *Bekker P.H.F.* Op. cit. P.182.

⁷⁹ См.: *Lewis P.J.* Op. cit.

⁸⁰ См.: *Mégret F.* The Vicarious Responsibility of the United Nations // *Unintended Consequences of Peacekeeping Operations* / ed. by C. Aoi, C. H. de Coning, R. Thakur. Tokyo : United Nations University Press, 2007. P.248–265, 264. См. также: *Zwanenburg M.* Op. cit. P.42; подробно о возможных причинах, по которым правительство Гаити не захотело совершать каких-либо действий, см., например: *Pillinger M., Hurd I., Barnett M.N.* Op. cit. P.75–76. См. также: *Kombo B.K.* Closing the “Remedy Gap” – The Limits and Promise of Diplomatic Protection for Victims of the Cholera Epidemic in Haiti // *Groningen Journal of International Law*. Vol. 5. 2017. No. 1. P.115–134.

⁸¹ См.: *Lewis P.J.* Op. cit. P.273.

⁸² См.: *Schmalenbach K.* Dispute Settlement. P.266.

⁸³ См.: *Rashkow B.C.* Immunity of the United Nations. P.88.

⁸⁴ Ibid.

⁸⁵ См. сноску 59.

⁸⁶ *Rashkow B.C.* Remedies for Harm Caused by UN Peacekeepers // *American Journal of International Law Unbound*. Vol. 108. 2014. P.10–16, 10.

⁸⁷ *Convention on the Privileges and Immunities of the United Nations*. Section 29(a).

между ООН и странами, в которых проводятся операции (*далее* — Типовое соглашение о статусе сил ООН)⁸⁸, было установлено: «...Любой спор или претензия, относящиеся по своему характеру к частному праву, стороной которых является операция ООН по поддержанию мира или любой её член и на которые в соответствии с любым из положений настоящего Соглашения не распространяется юрисдикция судов [страны, в которой проводится операция/территории], урегулируются постоянной комиссией по рассмотрению претензий, которая учреждается для этой цели. Один из членов комиссии назначается Генеральным секретарём ООН, другой — правительством, а председатель — совместно Генеральным секретарём и правительством. <...> ...Для принятия всех решений необходимо одобрение любыми двумя членами. Решения комиссии являются окончательными и обязательными, если только Генеральный секретарь ООН и правительство не разрешат [подать апелляцию]...»⁸⁹.

Однако за всю историю существования ООН постоянная комиссия по рассмотрению претензий так и не была создана⁹⁰. Причиной тому может быть отсутствие заинтересованности со стороны государств, в которых проводятся миротворческие операции, или то, что процедура разрешения споров в рамках местных советов по рассмотрению требований (*анализируются далее по тексту*) оценивается как эффективная, беспристрастная и удовлетворяющая требованиям основных принципов процессуального права⁹¹. В связи с указанным можно предположить, что и в будущем такой постоянной комиссии по рассмотрению претензий создано не будет.

Ещё одним внутренним механизмом в системе ООН является вышеупомянутый институт местных советов по рассмотрению требований, который в отсутствие постоянной

комиссии по претензиям становится «наиболее распространённой альтернативой»⁹². Такие советы создаются почти для каждой миротворческой миссии и операции ООН для рассмотрения претензий третьих сторон в связи с вредом, причинённым жизни или здоровью физических лиц, материальным ущербом и иным ущербом, связанным с деятельностью членов миротворческих сил при выполнении ими своих служебных обязанностей⁹³. Однако в отношении данного механизма разрешения споров возникает ряд вопросов.

Во-первых, применимое право, а именно первичные и вторичные нормы, в соответствии с которыми принимают решения местные советы по рассмотрению требований, не совсем понятны и ясны⁹⁴. Во-вторых, такие советы состоят из трёх или более сотрудников ООН, в результате чего ООН фактически выступает в качестве судьи в собственном деле⁹⁵. Данное обстоятельство вызывает вопросы относительно соблюдения основных принципов справедливого судебного разбирательства, так как возникают сомнения в независимости совета и объективности его решений⁹⁶. Усиливает такие сомнения и то, что у таких советов нет обязанности по публикации своих решений⁹⁷. Ещё одной проблемой анализируемого механизма является его относительная неэффективность, особенно с учётом увеличения масштабов и сложности миротворческих операций⁹⁸. Из-за нехватки сотрудников ООН в практике советов по рассмотрению требований зачастую происходят задержки в рассмотрении споров. Данное обстоятельство приводит к ситуации, когда на

⁸⁸ Lewis P.J. Op. cit. P.271.

⁸⁹ См.: Shraga D. UN Peacekeeping Operations: Applicability of International Humanitarian Law and Responsibility for Operations-Related Damage // American Journal of International Law. Vol. 94. 2000. No. 2. P.406—412, 409.

⁹⁰ См.: Zwanenburg M. Op. cit. P.29—33.

⁹¹ См.: U.N. Secretary-General, Administrative and Budgetary Aspects of the Financing of the United Nations Peacekeeping Operations: Financing of the United Nations peacekeeping operations, 1997.

⁹² См.: Wellens K. Op. cit. P. 104. По данному вопросу см. также: Schmalenbach K. Dispute Settlement (Article VIII Sections 29—30 General Convention). P. 540 (профессор К. Шмаленбах указывает на то, что местные советы по рассмотрению требований относятся «к части внутреннего процесса ООН по принятию решений, следовательно, не имеют организационно-правовой независимости»).

⁹³ См.: Mégrét F. Op. cit. P.262.

⁹⁴ См.: Ibid.

⁸⁸ Типовое соглашение о статусе сил ООН было предназначено, чтобы на его основе заключались уже соглашения между ООН и конкретными странами, на территории которых проводятся операции (см.: Zwanenburg M. Op. cit. P. 27).

⁸⁹ Model SOFA. Section 51.

⁹⁰ См.: Rashkow B. C. Remedies for Harm Caused by UN Peacekeepers. P. 10. См. также: Zwanenburg M. Op. cit. P.28.

⁹¹ См.: U.N. Secretary-General, Administrative and Budgetary Aspects of the Financing of the United Nations Peacekeeping Operations: Financing of the United Nations peacekeeping operations, 1997. UN Doc. A/51/903. § 8. URL: <http://undocs.org/A/51/903> (дата обращения: 12.03.2018).

момент завершения мандата совета остаётся множество нерассмотренных споров⁹⁹. Это представляется несправедливым по отношению к потерпевшим лицам¹⁰⁰. Наконец, хотя такие местные советы по рассмотрению требований должны быть созданы на всё время проведения миротворческих операций, они на самом деле создаются только тогда, когда в них возникает потребность. В результате существует риск, что потерпевшему вовсе может быть отказано в доступе к правосудию, поскольку заявитель полностью зависит от воли ООН на создание таких советов¹⁰¹.

Отсутствие прозрачности и фактическая недоступность механизмов урегулирования споров приводят к тому, что население в местах проведения миротворческих операций считает, что персонал ООН стоит выше закона¹⁰². Для решения данной проблемы в рамках нескольких миссий был создан институт омбудсмена для рассмотрения различных претензий. Тем не менее данный институт был признан неэффективным инструментом из-за отсутствия у омбудсменов правоприменительных полномочий, недостаточности внутренних проверок для обеспечения эффективной защиты прав человека, а также отсутствия материального обеспечения на уровне миссий¹⁰³. Кроме того, имея ограниченные полномочия, омбудсмены не могут принимать решения о компенсации по частнопроводимым искам против ООН, поэтому данный механизм не может рассматриваться в качестве надлежащего и достаточного способа урегулирования споров¹⁰⁴.

В целом анализ показывает, что существующая в рамках ООН внутренняя система урегулирования споров по своей сути неэффективна в силу различных факторов: отсутствие прозрачности и достаточных правомочий, несправедливость и недоступность механизмов в рамках системы.

3.4. Вывод

Несмотря на то что ООН признаёт необходимость создания надлежащих способов урегулирования частнопроводимых споров, фактически организация не предоставляет хорошо продуманной и эффективно функционирующей системы. Как было показано в ходе анализа, на всех уровнях (национальном, международном и внутреннем) существуют определённые препятствия, с которыми частным лицам приходится сталкиваться при попытке получить правовую защиту от действий ООН. В доктрине высказывается мнение о том, что «отсутствие адекватных внутренних средств правовой защиты в рамках международной организации в сочетании с имеющим успех требованием о признании юрисдикционного иммунитета в национальных судах можно с лёгкостью считать отказом в правосудии»¹⁰⁵. Данное утверждение можно отнести и к ситуации с деликтными исками против ООН. Такая тенденция представляется несправедливой по отношению к стороне, потерпевшей от действий организации. Поэтому в следующем разделе предлагается разработать альтернативный механизм урегулирования частнопроводимых споров с участием ООН, который должен устранить большинство проблем, существующих в рамках нынешней системы.

4. Альтернатива для будущего

Недостатки механизмов разрешения споров, доступных потерпевшей стороне, фактически ограничивают возможность подачи претензий к ООН в случае совершения организацией правонарушения. В результате право истцов на правовую защиту ограничивается. Именно поэтому существует «острая необходимость в разработке альтернативных средств правовой защиты для того, чтобы одновременно обеспечить соблюдение устоявшегося права граждан на доступ к правосудию и гарантировать независимость и свободу [ООН] через обеспечение её иммунитета»¹⁰⁶. Данный тезис особенно актуален с учётом того, что ООН обязана предусмотреть альтернативные механизмы урегулирования споров в соответ-

⁹⁹ См.: U.N. Secretary-General, *Administrative and Budgetary Aspects of the Financing of the United Nations Peacekeeping Operations: Financing of the United Nations Peacekeeping Operations*, 1996. UN Doc. A/51/389. § 26, 28.

¹⁰⁰ См.: *Wellens K.* Op. cit. P. 104.

¹⁰¹ См., например: *Dannenbaum T.* Op. cit. P. 127.

¹⁰² См.: *Ibid.* P. 273.

¹⁰³ См.: *Rawski F.* *To Waive or Not to Waive: Immunity and Accountability in U.N. Peacekeeping Operations* // *Connecticut Journal of International Law*. Vol. 18. 2002. No. 1. P. 103–132, 116.

¹⁰⁴ См.: *Lewis P.J.* Op. cit. P. 274.

¹⁰⁵ *Wellens K.* Op. cit. P. 114.

¹⁰⁶ *Blokker N., Schrijver N.* *Afterwords* // *International Organizations Law Review*. Vol. 10. 2013. No. 2. P. 601–616, 615.

ствии с разделом 29 Конвенции о привилегиях и иммунитетах ООН¹⁰⁷.

В силу различных факторов¹⁰⁸ в настоящей статье не предлагается пересматривать существующую практику национальных судов в отношении иммунитета ООН¹⁰⁹. Во-первых, представляется сомнительным, что суды и судьи на национальном уровне обладают необходимыми экспертными знаниями для принятия решений по таким делам. Также вызывает вопросы, насколько оправданной будет ситуация, при которой национальные судебные органы будут обладать правом последнего слова относительно эффективности и адекватности механизмов урегулирования споров, созданных международной организацией¹¹⁰. Во-вторых, снятие иммунитета ООН может повлечь возбуждение огромного числа дел против организации в различных государствах, что в свою очередь может препятствовать её участию в миротворческих операциях и миссиях. Кроме того, это может привести к принятию судами разных государств — членов ООН существенно отличающихся решений по одним и тем же вопросам, что может спровоцировать неопределённость и противоречия¹¹¹. Вмешательство национальных судеб-

ных органов может также угрожать независимости ООН в осуществлении своей деятельности и, в частности, её миротворческих миссий¹¹². И наконец, маловероятным представляется, что потерпевшая сторона способна обеспечить исполнение решения национального судебного органа в отношении ООН¹¹³.

С учётом того, что национальные суды по-прежнему рассматривают вопросы о юрисдикционном иммунитете ООН по сравнению с другими международными организациями, на неё возлагается особая обязанность по обеспечению существования эффективного, независимого и справедливого механизма урегулирования споров по искам частных лиц против организации¹¹⁴. В связи с этим представляется обоснованным, что в тех случаях, когда речь идёт о международных организациях, «только внешний и независимый судебный или надзорный орган может стать надёжным барьером против безнаказанности»¹¹⁵.

Безусловно, ООН не хотела бы подчинять себя какому-либо внешнему механизму. Однако, даже если ООН решит реформировать существующую институциональную систему разрешения споров, такой механизм по-прежнему будет заключаться во внутреннем разбирательстве, результатом которого всё равно будет решение самой ООН. Это противоречит основным принципам отправления правосудия. ООН может заключить, что использование внешнего механизма урегулирования споров повлечёт за собой негативные последствия для организации. Тем не менее существование таких механизмов не только способствовало бы позитивному восприятию ООН общественностью, но и могло бы побудить организацию к созданию более совер-

¹⁰⁷ Convention on the Privileges and Immunities of the United Nations. Section 29.

¹⁰⁸ См., например: *Singer M.* Op. cit. P. 126–133. См. также: *Reinisch A.* International Organizations before National Courts. Cambridge : Cambridge University Press, 2000. P. 233–251. Подробнее о противоположной позиции и возможной роли национальных судов см., например: *Wellens K.* Op. cit. P. 208–219.

¹⁰⁹ Несмотря на то что в настоящей статье не предлагается пересмотреть существующую практику национальных судов, стоит тем не менее рассмотреть предложения некоторых учёных, которые рекомендуют рассматривать национальные суды не как «самоцель, а скорее как средство достижения цели», то есть национальные суды могут вмешиваться там, где необходимо заполнить существующий правовой вакуум в части ответственности международных организаций, тем самым подтолкнуть организации к разработке адекватных альтернативных механизмов урегулирования споров (см.: *Reinisch A.* To What Extent Can and Should National Courts “Fill the Accountability Gap”? // International Organizations Law Review. Vol. 10. 2013. No. 2. P. 572–587, 578–587).

¹¹⁰ См.: *Wouters J.* Op. cit. P. 12. См. также: *Wellens K.* Op. cit. P. 118; *Ryngaert C.* The Immunity of International Organizations before Domestic Courts: Recent Trends // International Organizations Law Review. Vol. 7. 2010. No. 1. P. 121–148, 135–144.

¹¹¹ См.: *Broadbent v. Organization of American States*, 628 F. 2d 27 (D.C. Cir. 1980). В данном деле Суд указал, что попытка судов одной страны вынести решение по трудовым спорам между международной организацией и её сотрудниками запутала бы эти суды в вопросах внутреннего администрирования организаций; кроме того, снятие иммунитета «делает воз-

можной» (англ.: “opens the door”) ситуацию, при которой по одним и тем же вопросам национальными судами разных государств-членов принимаются отличные друг от друга решения. Отсутствие единообразия в применении соответствующих правил повлечёт за собой неспособность эффективного функционирования организации.

¹¹² См., например: *Blokker N., Schrijver N.* Op. cit. P. 610.

¹¹³ См.: *Wouters J.* Op. cit. P. 12. См. также: *Reinisch A., Weber U.A.* Op. cit. P. 100.

¹¹⁴ См.: *Schrijver N.* Op. cit. P. 332.

¹¹⁵ *Tondini M.* The “Italian job”: How to Make International Organisations Compliant with Human Rights and Accountable for Their Violation by Targeting Member States // Accountability for Human Rights Violations by International Organisations / ed. by J. Wouters, E. Brems, S. Smis, P. Schmitt. P. 169–212, 170–171.

шенной внутренней административной системы, которая, возможно, снизила бы вероятность предъявления претензий к организации.

С учётом всех факторов в данной статье предлагается создание двухступенчатого механизма урегулирования споров, который состоял бы из переговоров между ООН и потерпевшей стороной на первом этапе и, в случае отсутствия согласия, арбитража *ad hoc* на втором этапе¹¹⁶. В соответствии с такой процедурой заявители будут иметь право начать переговоры, уведомив организацию о своей претензии. Такое уведомление должно включать требование о возмещении и удовлетворении претензии. Если в течение 90 дней не будет получено какого-либо ответа или не будет достигнута договорённость по вопросу об ответственности и подлежащей выплате денежной сумме, то у заявителей будет 180 дней с момента истечения 90-дневного срока для подачи иска в арбитраж. Процедура может быть проведена в соответствии с Факультативными правилами арбитражного рассмотрения споров между международными организациями и частными лицами¹¹⁷ или Арбитражным регламентом 2012 года, разработанным Постоянным третейским судом в Гааге.

Для введения в действие предлагаемого механизма необходимо, чтобы Генеральная Ассамблея ООН, как она это делала ранее в своей резолюции 44/49 от 8 декабря 1989 года¹¹⁸, попросила Генерального секретаря ООН подготовить пересмотренное Типовое

соглашение о статусе сил ООН с новыми положениями об урегулировании споров. Предыдущее Типовое соглашение о статусе сил ООН было разработано в 1990 году, то есть до того, как возникли вопросы и опасения относительно эффективности системы урегулирования споров. Случаи в Сребренице и Гаити вскрыли существующие проблемы в рамках системы и показали её неадекватность. Поэтому было бы целесообразно пересмотреть существующее Типовое соглашение о статусе сил ООН и включить в него новые положения об урегулировании споров, которые отвечали бы общим принципам права и потребностям современного мира в целом.

Безусловно, выбор арбитража в качестве альтернативного механизма урегулирования споров по деликтным искам против ООН может вызвать сомнения. Однако раздел 29 Конвенции о привилегиях и иммунитетах ООН не ограничивает выбор надлежащих способов урегулирования перечнем определённых механизмов. Кроме того, как упоминалось ранее, ООН регулярно включает в коммерческие контракты положения о рассмотрении споров в арбитраже в случаях, когда стороны не могут достичь соглашения путём прямых переговоров; в таких ситуациях организация подчиняет себя юрисдикции международного арбитража, решение которого по спору имеет обязательную для сторон силу¹¹⁹. Кроме того, в истории существования ООН известен случай, когда организация была подчинена механизму, который отчасти напоминает предлагаемый в настоящей статье двухступенчатый механизм урегулирования споров. Так, в ситуации с миротворческой миссией ООН в Конго (1960–1964) Соглашение о статусе сил ООН предусматривало, что споры частного характера могут разрешаться путём переговоров, а также, при необходимости, посредством обращения в арбитраж, который был доступен каждому потерпевшему лицу по одностороннему запросу (то есть не требующему согласия противоположной стороны)¹²⁰. Интересным представляется тот факт, что, когда такие споры возникли, ООН урегулировала претензии на основе соглашений о одновременной выплате компенсации между ООН и

¹¹⁶ Данный механизм практически зеркально отображает механизм урегулирования контрактных споров, где на начальном этапе, как на то указывает стандартная арбитражная оговорка, между ООН и исполнителем по контракту проводятся переговоры после того, как последний подал письменное заявление в отдел администрирования контрактов; в случае, если стороны не достигнут соглашения, за переговорами может последовать арбитражное разбирательство.

¹¹⁷ Согласно Вводной записке к Факультативным правилам, эти Правила призваны охватывать, в частности, споры между частным поставщиком товаров и услуг или работниками и международной организацией (см.: *Wellens K.* Op. cit. P. 223). Однако Факультативные правила представляются достаточно широкими для того, чтобы использовать их и в спорах, возникающих в связи с деликтным поведением международных организаций. Кроме того, как Факультативные правила, так и Арбитражный регламент 2012 года Постоянного третейского суда в Гааге позволяют сторонам изменять правила в соответствии с их потребностями.

¹¹⁸ См.: Comprehensive review of the whole question of peace-keeping operations in all their aspects, 1989. UN Doc. A/RES/44/25. § 11. URL: <https://undocs.org/en/A/RES/44/49> (дата обращения: 12.03.2018).

¹¹⁹ См.: *Bekker P.H.F.* Op. cit. P. 197.

¹²⁰ См.: *Wellens K.* Op. cit. P. 98–99.

государством гражданства потерпевшего¹²¹. Однако в последующих операциях положения, предусматривающие возможность обращения в арбитраж, более не использовались. В то же время подавляющее большинство споров по коммерческим контрактам урегулируется путём прямых переговоров, и лишь немногие дела доводятся до арбитража¹²². В связи с этим можно обоснованно предположить, что при наличии внешнего механизма урегулирования споров существует большая вероятность того, что ООН будет более охотно рассматривать споры, возникающие в связи с её правонарушениями¹²³. Кроме того, ещё одним аргументом в пользу такого внешнего механизма является тот факт, что на данный момент не существует процесса обжалования или оспаривания решений ООН по вопросу о том, какой характер — частноправовой или публично-правовой — имеет претензия, и слово ООН в таком случае становится решающим, как это и случилось в ситуации с холерой в Гаити¹²⁴.

Несомненно, есть несколько аспектов, которые могут помешать ООН подчинить себя предлагаемому двухступенчатому механизму. Среди них можно назвать препятствия политического, финансового и практического характера. Во-первых, проблемным является вопрос ответственности государств за нарушения, предположительно совершённые в ходе миротворческих операций ООН¹²⁵. В связи с этим некоторые действия ООН могут быть отнесены на счёт конкретных государств-членов, участвующих в миссии ООН. Поэтому государства могут неохотно вносить поправки в существующую систему урегулирования споров, поскольку для них может представляться нежелательной ситуация, при которой внешний судебный или квазисудебный орган принимал бы решение об их ответственности за определённые нарушения. Та-

кие опасения понятны, однако представляется, что несправедливо ставить потерпевшую сторону, которая в то же время является более слабой стороной в отношениях, в положение, при котором она должна самостоятельно разбираться, против кого предъявлять иск.

В связи с этим логично было бы заключить, что практически любое противоправное поведение, например в рамках миротворческих операций ООН, воспринимается как деяние самой организации, а не государств, участвующих в миссии. Поэтому целесообразно ввести систему, при которой орган по разрешению споров — арбитражный трибунал — будет принимать решение, в частности, по вопросу отнесения противоправного поведения к ответственности конкретного государства-члена или самой ООН. При этом такой орган не будет иметь полномочий на принятие решения о возмещении ущерба в тех случаях, когда он сочтёт, что соответствующее противоправное поведение не может быть отнесено на счёт ООН. В таком случае у потерпевшей стороны будет право требовать компенсации в национальных судах государства, предоставляющего контингент для миротворческих сил.

В дополнение к указанному могут также возникнуть вопросы относительно финансовых источников, которые будут использоваться для выплаты компенсации за ущерб. При этом важно отметить, что, даже если ООН подчинит себя юрисдикции арбитража, трибунал по-прежнему должен будет соблюдать ограничения ООН в части размера выплат по деликтной ответственности. Такие финансовые ограничения были предложены Генеральным секретарём ООН с учётом существенного увеличения количества и сумм требований третьих сторон в отношении ООН и были затем изложены в резолюции Генеральной Ассамблеи ООН 52/247 от 17 июля 1998 года¹²⁶. Однако здесь следует заметить, что данные ограничения могут быть постав-

¹²¹ См.: *Schmalenbach K.* Dispute Settlement. P.266.

¹²² См.: *Wellens K.* Op. cit. P.94, 156.

¹²³ См.: *Arsanjani M.H.* Op. cit. P. 139 (указывает, что «сам факт доступности судебного разбирательства для заявителей имеет определённое значение с точки зрения урегулирования спора и даже может быть стимулом для разрешения спора путём переговоров»).

¹²⁴ См.: *Pillinger M., Hurd I., Barnett M.N.* Op. cit. P.74.

¹²⁵ См., например: *Larsen K.M.* Attribution of Conduct in Peace Operations: The “Ultimate Authority and Control” Test // *European Journal of International Law.* Vol. 19. 2008. No. 3. P.509–531.

¹²⁶ Third-Party Liability: Temporal and Financial Limitations, 17 July 1998. UN Doc. A/RES/52/247. URL: <http://undocs.org/en/A/RES/52/247> (дата обращения: 12.03.2018). Параграф 9 Резолюции устанавливает, что 1) в отношении требований третьих лиц к организации в связи с увечьем, повреждением здоровья или смертью, наступившими в результате операций по поддержанию мира, подлежащий возмещению вред ограничивается материальными убытками, такими как расходы на медицинское обслуживание и реабилитацию, утраченный доход, утраченная финансовая поддержка

лены под сомнение по следующим двум причинам.

Во-первых, ограничения были введены на основании предположения о том, что принимающее государство сможет возместить физическим лицам часть ущерба, причинённого в операции под эгидой ООН. Однако не существует каких-либо установленных нормативным актом обязательств принимающего государства по выплате потерпевшим лицам компенсации. Кроме того, принимающие государства зачастую являются неблагоприятными или недееспособными и не имеют средств для выплаты компенсации потерпевшим лицам. Во-вторых, установленные ограничения дают основания для сомнения в их соответствии праву международной ответственности и, в частности, принципу полного возмещения ущерба¹²⁷.

Но даже с учётом финансовых ограничений ответственности ООН может быть выдвинут контраргумент о том, что единовременная выплата компенсации может обанкротить организацию¹²⁸. В самом деле, например, общий объём требований в ситуации с потерпевшими от холеры в Гаити составил 36,5 млрд долларов, в то время как бюджет ООН на 2014–2015 годы составил 19,8 млрд долларов. Поэтому в случае успеха потерпевшей стороны и возмещения ей суммы требований (даже уменьшенной наполовину) на организацию было бы возложено «чрезвычайное бремя»¹²⁹. Тем не менее разумно было бы согласиться с тем, что «вопрос о том, как организация будет справляться с выполнением своего обязательства по выплате компенсации выигравшей дело третьей стороне, является внутренним вопросом, который должен решаться внутри международной организации и между её государствами-членами»¹³⁰. Поэтому ООН не может отказать потерпевшей стороне в возмещении вреда только из-за отсутствия бюджета.

Безусловно, банкротство ООН не является желаемым результатом¹³¹. В связи с этим, как представляется, существует несколько способов предотвращения такого исхода. Один из возможных вариантов заключается в создании фонда на основе добровольных взносов государств — членов организации. Собственно, в докладе 1963 года бельгийская Лига защиты прав человека предложила создать гарантийный фонд, который бы использовался для выплаты компенсации потерпевшим лицам в случае ущерба, причинённого в ходе операций ООН; однако данная идея так и не была воплощена в жизнь¹³². Иной способ решения проблемы — страхование ответственности перед третьими лицами на случай исков, компенсации по которым могут превысить финансовые ограничения (*описаны ранее*), или создание специального чрезвычайного фонда на случай деликтных исков — тот путь, который выбрали многие фармацевтические и нефтегазовые корпорации¹³³. Наконец, именно для того, чтобы у сторон спора была возможность уменьшить сумму компенсаций и, как следствие, избежать обременительных для ООН выплат, в настоящей статье предлагается этап переговоров.

В связи с введением предложенного механизма могут также возникнуть проблемы практического характера. Во-первых, предложенный на начальном этапе переговорный процесс сам по себе может привести к несправедливому результату. В частности, потерпевшей стороне придётся вести переговоры с гораздо более сильным игроком, ООН, что в конечном итоге может выразиться в выплате незначительной компенсации или вовсе её отсутствию. Кроме того, предлагаемый механизм, вероятно, спровоцирует огромное количество исков против ООН, которые могут привести к дорогостоящим арбитражным процессам, зачастую обременительным и непривлекательным для индивидуальных заявителей.

Однако в связи с высказанной обеспокоенностью важно отметить роль неправительственных организаций, которые могли бы представлять интересы потерпевшей стороны и оказывать ей необходимую помощь

и транспортные расходы, сопряжённые с ущербом; 2) сумма возмещения не может превышать максимальной суммы в 50 000 долларов США при условии, что фактическая сумма в этих пределах подлежит установлению с учётом местных норм; 3) возмещение не выплачивается за нематериальные убытки, например за страдания, лишения и психические травмы, а также штрафные убытки и моральный ущерб.

¹²⁷ См., например: *Zwanenburg M.* Op. cit. P.33–37.

¹²⁸ См.: *Boon K.E.* Op. cit. P.370.

¹²⁹ *Ibid.* P.371–372.

¹³⁰ *Wellens K.* Op. cit. P.49.

¹³¹ См.: *Boon K.E.* Op. cit. P.370.

¹³² См.: *Wellens K.* Op. cit. P.165.

¹³³ См.: *Boon K.E.* Op. cit. P.370–373.

по искам против ООН. Именно так и произошло в ситуации с Сребреницей и холерой в Гаити — Фонд «Матери Сребреницы» и правозащитная организация «Институт справедливости и демократии на Гаити» представляли интересы пострадавших лиц. Также, чтобы избежать дорогостоящего арбитражного процесса, ООН могла бы перенять практику некоторых международных организаций, которые оставляют споры по небольшим требованиям вне компетенции арбитража. Такие споры можно было бы, например, оставить в компетенции ранее упомянутых местных советов по рассмотрению требований при условии, что данный механизм будет реформирован таким образом, чтобы соответствовать основным принципам справедливого судебного разбирательства.

Что касается количества споров, их число также может быть ограничено. В доктрине отмечается, что существуют четыре предпосылки, которые должны быть удовлетворены, чтобы ООН признала применимость положений раздела 29 Конвенции о привилегиях и иммунитетах ООН и начала процедуру разрешения спора¹³⁴. Во-первых, заявитель должен действовать добросовестно (то есть потерпевший, по крайней мере, должен раскрыть свою личность, чётко определить своё требование и указать на основание иска). Во-вторых, заявитель в своём требовании должен доказать наличие достаточных оснований для возбуждения дела, в ходе которого будет рассмотрен спор из правоотношений, коммерческих или деликтных обязательств, между организацией и заявителем. В-третьих, заявитель должен доказать, что ущерб уже имел место. Наконец, в-четвёртых, заявитель должен показать, что любое будущее урегулирование спора окончательно и бесповоротно разрешит вопрос об ответственности организации. Целесообразным представляется применение схожего теста и в арбитражном процессе. Это позволит на начальном этапе отклонить любые явно необоснованные требования, избегая таким образом длительных и дорогостоящих процессов.

5. Заключение

В заключение важно отметить следующее. В обозримом будущем миротворческие операции ООН по-прежнему будут играть важную роль в поддержании мира и стабильности в разных уголках мира. Поэтому вероятно, что данная деятельность организации также будет порождать претензии, в особенности с учётом всё более тесного взаимодействия членов операций с местным населением, обусловленного многообразием функций современных миротворческих операций. Ввиду этого необходимо создать новый механизм урегулирования споров, который обеспечит справедливое разбирательство и, как следствие, предоставит потерпевшим лицам доступ к правосудию. Создание такого механизма станет гарантом того, что ООН, как и остальные субъекты, будет подчиняться принципам верховенства права и нести ответственность за свои правонарушения. Предлагаемая двух-этапная процедура разрешения споров составит независимый и справедливый механизм, соответствующий основным принципам справедливого разбирательства. Более того, создание беспристрастного и справедливого механизма урегулирования споров позволит организации избежать формирования негативного общественного мнения и, как следствие, будет способствовать общему успеху операций ООН, поскольку самой сутью ООН является обеспечение лучшего мира и лучшего будущего для людей.

Библиографическое описание:

Фёдоров Е. Сребреница, Гаити, что дальше? Будущее системы разрешения частноправовых споров по искам против ООН // Международное правосудие. 2018. № 4 (28). С. 35—54.

Srebrenica, Haiti, what is next? The future of the dispute settlement for private law claims brought against the United Nations

Egor Fedorov

LL.M, Expert on Public International Law, International and Comparative Law Research Center, Moscow, Russia (e-mail: esfedorov@list.ru).

Abstract

The right to a fair trial is a fundamental human right. Compliance with this right is monitored at both the national and international level. In this regard, international organisations play a special role. However, as activities of such

¹³⁴ См.: *Harpignies R.H.* Settlement of disputes of a private law character to which the United Nations is a party — A Case in Point — The Arbitral Award of 24 September 1969. In *Re Starways Ltd. v. the United Nations* // *Revue Belge de Droit International*. Vol. 7. 1971. No. 2. P. 451—468, 453—454.

organisations expand, disputes to which they are parties arise more often. Hence, transparent and effective dispute settlement mechanisms should be provided for the injured party. Nevertheless, even a cursory search on dispute settlement in international law reveals the need for effective and transparent resolution mechanisms for disputes of a private nature. This is especially relevant for disputes arising due to activities of the United Nations. The purpose of this article is to determine whether the dispute settlement system for private law claims against the United Nations is effective and fair. Upon analysis of the system, the author came to the following conclusion: Despite the fact that the UN recognizes the need for appropriate methods of settlement for private law disputes, the UN in fact does not provide a well-functioning system. The analysis shows that at all levels (national, international, and institutional) there are certain obstacles that private actors come across when trying to get a remedy from the UN. In this light, this article illustrates and substantiates the claim that there is a need to reform the existing dispute settlement system. In particular, it proposes the creation of an alternative mechanism – a two-step dispute settlement mechanism that will consist of negotiations between the UN and the individual actors at the first stage, and *ad hoc* arbitration as a default rule at the second stage. This mechanism is designed to ensure a fair and transparent system of dispute resolution and, therefore, to mitigate the current situation of injustice.

Keywords

United Nations; responsibility of international organisations; immunity of international organisations; dispute settlement mechanisms; right to a fair trial.

Citation

Fedorov E. (2018) Srebrenitsa, Gaiti, chto dal'she? Budushchie sistemy razresheniya chastnopravovykh sporov po iskam protiv OON [Srebrenica, Haiti, what is next? The future of the dispute settlement for private law claims brought against the United Nations], *Mezhdunarodnoe pravosudie*, vol. 8, no. 4, pp. 35–54. (In Russian).

References

Arsanjani M. H. (1981) Claims against International Organizations: Quis Custodiet Ipsos Custodes. *Yale Journal of International Law*, vol. 7, no. 2, pp. 131–176.

Baehr P. R. (2010) Accountability of the United Nations: The Case of Srebrenica. In: Wouters J., Brems E., Smis S., Schmitt P. (eds.) *Accountability for Human Rights Violations by International Organizations*, Antwerp: Intersentia, pp. 269–286.

Bekker P. H. F. (1994) *The Legal Position of Intergovernmental Organizations. A Functional Necessity Analysis of Their Legal Status and Immunities*, Dordrecht: Martinus Nijhoff.

Blokker N. (2015) International Organizations: The Untouchables? In: Blokker N., Schrijver N. (eds.) *Immunity of International Organizations*, Leiden; Boston, MA: Brill Nijhoff, pp. 1–17.

Blokker N. (2016) Member State Responsibility for Wrongdoings of International Organizations: Beacon of Hope or Delusion? In: Baros A. S., Ryngeart C., Wouters J. (eds.) *International Organizations and Member State Responsibility: Critical Perspectives*, Leiden; Boston, MA: Brill Nijhoff, pp. 34–47.

Blokker N., Schrijver N. (2013) Afterwords. *International Organizations Law Review*, vol. 10, pp. 601–616.

Bode T. G. (2016) Cholera in Haiti: United Nations Immunity and Accountability. *Georgetown Journal of International Law*, vol. 47, no. 2, pp. 759–791.

Bonafè B. I. (2015) Italian Courts and the Immunity of International Organizations. In: Blokker N., Schrijver N. (eds.) *Immunity of International Organizations*, Leiden; Boston, MA: Brill Nijhoff, pp. 246–278.

Boon K. E. (2016) The United Nations as Good Samaritan: Immunity and Responsibility. *Chicago Journal of International Law*, vol. 16, no. 2, pp. 341–385.

Burdeau G. B. (2013) France. In: Reinisch A. (ed.) *The Privileges and Immunities of International Organizations in Domestic Courts*, Oxford: Oxford University Press, pp. 103–122.

Cançado Trindade A. A. (2011) *The Access of Individuals to International Justice*, Oxford: Oxford University Press.

Chesterman S., Johnstone I., Malone D. M. (2016) *Law and Practice of the United Nations: Documents and Commentary*, New York: Oxford University Press.

Damrosch L. F., Murphy S. D. (2014) *International Law: Cases and Materials*, St. Paul, MN: West Academic Publishing.

Dannenbaum T. (2010) Translating the Standard of Effective Control into a System of Effective Accountability: How Liability Should be Apportioned for Violations of Human Rights by Member State Troops Contingents Serving as United Nations Peacekeepers. *Harvard International Law Journal*, vol. 51, no. 1, pp. 113–192.

Daugirdas K. (2014) Reputation and the Responsibility of International Organizations. *European Journal of International Law*, vol. 25, no. 4, pp. 991–1018.

De Brabandere E. (2015) Belgian Courts and the Immunity of International Organizations. In: Blokker N., Schrijver N. (eds.) *Immunity of International Organizations*, Leiden; Boston, MA: Brill Nijhoff, pp. 206–245.

De Schutter O. (2010) Human Rights and The Rise of International Organizations: The Logic of Sliding Scales in the Law of International Responsibility. In: Wouters J., Brems E., Smis S., Schmitt P. (eds.) *Accountability for Human Rights Violations by International Organizations*, Antwerp: Intersentia, pp. 51–128.

Faith K. (2014) Stichting Mothers of Srebrenica v. Netherlands: Does U.N. Immunity Trump the Right of Access to a Court? *Tulane Journal of International and Comparative Law*, vol. 22, pp. 359–376.

Freedman R. (2014) UN Immunity or Impunity? A Human Rights Based Challenge. *European Journal of International Law*, vol. 25, no. 1, pp. 239–254.

Garcin M. (2015) The Haitian Cholera Victims' Complaints against the United Nations. *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht (ZaöRV)*, vol. 75, pp. 671–705.

Harpignies R. H. (1971) Settlement of disputes of a private law character to which the United Nations is a party – A Case in Point – The Arbitral Award of 24 September 1969. In *Re Starways Ltd. v. the United Nations. Revue Belge de Droit International*, vol. 7, no. 2, pp. 451–468.

Henquet T. (2015) The Jurisdictional Immunity of International Organizations in the Netherlands and the View from Strasbourg. In: Blokker N., Schrijver N. (eds.) *Immunity of International Organizations*, Leiden; Boston, MA: Brill Nijhoff, pp. 279–312.

Hirsch M. (1995) *The Responsibility of International Organizations Toward Third Parties: Some Basic Principles*, Dordrecht; Boston, MA: Martinus Nijhoff.

Istrefi R. (2010) Should the United Nations Create an Independent Human Rights Body in a Transitional Administration? The Case of the United Nations Interim Administration Mission in Kosovo (UNMIK). In: Wouters J., Brems E., Smis S., Schmitt P. (eds.) *Accountability for Human Rights Violations by International Organizations*, Antwerp: Intersentia, pp. 355–372.

- Kombo B. K. (2017) Closing the “Remedy Gap” – The Limits and Promise of Diplomatic Protection for Victims of the Cholera Epidemic in Haiti. *Groningen Journal of International Law*, vol. 5, no. 1, pp. 115–134.
- Kryvoi Y. (2016) Procedural Fairness as a Precondition for Immunity of International Organizations. *International Organizations Law Review*, vol. 13, no. 2, pp. 255–272.
- Kwakwa E. (2010) An International Organisation’s Point of View. In: Wouters J., Brems E., Smis S., Schmitt P. (eds.) *Accountability for Human Rights Violations by International Organizations*, Antwerp: Intersentia, pp. 591–600.
- Larsen K. M. (2008) Attribution of Conduct in Peace Operations: The “Ultimate Authority and Control” Test. *European Journal of International Law*, vol. 19, no. 3, pp. 509–531.
- Le Floch G. (2015) Responsibility for Human Rights Violations by International Organizations. In: Virzo R., Ingravallo I. (eds.) *Evolutions in the Law of International Organizations*, Leiden; Boston, MA: Brill Nijhoff, pp. 381–405.
- Lewis P. J. (2014) Who Pays for the United Nation’s Torts? Immunity, Attribution, and “Appropriate Modes of Settlement”. *North Carolina Journal of International Law and Commercial Regulation*, vol. 39, pp. 259–332.
- Mahoney P. (2008) The International Judiciary – Independence and Accountability. *The Law and Practice of International Courts and Tribunals*, vol. 7, no. 3, pp. 313–349.
- Mégret F. (2007) The Vicarious Responsibility of the United Nations. In: Aoi C., de Coning C. H., Thakur R. (eds.) *Unintended Consequences of Peacekeeping Operations*, Tokyo: United Nations University Press, pp. 248–265.
- Mégret F., Hoffmann F. (2003) The UN as a Human Rights Violator? Some Reflections on the United Nations Changing Human Rights Responsibilities. *Human Rights Quarterly*, vol. 25, no. 2, pp. 314–342.
- Muller S. A. (1995) *International Organizations and Their Host States: Aspects of Their Legal Relationship*, The Hague: Kluwer Law International.
- Nanda V. P. (2005) Accountability of International Organizations: Some Observations. *Denver Journal of International Law and Policy*, vol. 33, no. 3, pp. 379–390.
- Neumann T., Peters A. (2013) Switzerland. In: Reinisch A. (ed.) *The Privileges and Immunities of International Organizations in Domestic Courts*, Oxford: Oxford University Press, pp. 241–274.
- Niedrist G. (2015) The Necessity of a Human Rights Accountability for the United Nations. *Connecticut Journal of International Law*, vol. 31, no. 1, pp. 1–24.
- Orzan M. F. (2015) International Organizations and Immunity from Legal Process. In: Virzo R., Ingravallo I. (eds.) *Evolutions in the Law of International Organizations*, Leiden; Boston: Brill Nijhoff, pp. 364–380.
- Pavoni R. (2015) Choleric Notes on the Haiti Cholera Case. *Questions of International Law*, pp. 19–41.
- Pillinger M., Hurd I., Barnett M. N. (2016) How to Get Away with Cholera: The UN, Haiti, and International Law. *Perspectives on Politics*, vol. 14, no. 1, pp. 70–86.
- Rashkow B. (2016) Above the Law? Innovating Legal Responses to Build a More Accountable U.N.: Where is the U.N. Now? *The ILSA Journal of International and Comparative Law*, vol. 23, no. 2, pp. 345–371.
- Rashkow B. C. (2014) Remedies for Harm Caused by UN Peacekeepers. *American Journal of International Law Unbound*, vol. 108, pp. 10–16.
- Rashkow B. C. (2015) Immunity of the United Nations: Practice and Challenges. In: Blokker N., Schrijver N. (eds.) *Immunity of International Organizations*, Leiden; Boston, MA: Brill Nijhoff, pp. 74–90.
- Rawski F. (2002) To Waive or Not to Waive: Immunity and Accountability in U.N. Peacekeeping Operations. *Connecticut Journal of International Law*, vol. 18, no. 1, pp. 103–132.
- Reinisch A. (2000) *International Organizations before National Courts*, Cambridge: Cambridge University Press.
- Reinisch A. (2013) Transnational Judicial Conversations on the Personality, Privileges, and Immunities of International Organizations – An Introduction. In: Reinisch A. (ed.) *The Privileges and Immunities of International Organizations in Domestic Courts*, Oxford: Oxford University Press, pp. 1–16.
- Reinisch A. (2013) To What Extent Can and Should National Courts “Fill the Accountability Gap”? *International Organizations Law Review*, vol. 10, no. 2, pp. 578–587.
- Reinisch A., Weber U. A. (2004) In the Shadow of Waite and Kennedy – The Individual’s Right of Access to the Courts and Administrative Tribunals as Alternative Means of Dispute Settlement. *International Organizations Law Review*, vol. 1, no. 1, pp. 59–110.
- Reinisch A. (2011) Privileges and Immunities. In: Klabbbers J., Wallendahl Å. (eds.) *Research Handbook on the Law of International Organizations*, Cheltenham; Northampton, MA: Edward Elgar, pp. 132–155.
- Ryngaert C. (2010) The Immunity of International Organizations before Domestic Courts: Recent Trends. *International Organizations Law Review*, vol. 7, no. 1, pp. 121–148.
- Schmalenbach K. (2011) Dispute Settlement. In: Klabbbers J., Wallendahl Å. (eds.) *Research Handbook on the Law of International Organizations*, Cheltenham; Northampton, MA: Edward Elgar, pp. 251–284.
- Schmalenbach K. (2016) Dispute Settlement (Article VIII Sections 29–30 General Convention). In: Reinisch A. (ed.) *The Conventions on the Privileges and Immunities of the United Nations and its Specialized Agencies: A Commentary*, Oxford: Oxford University Press, pp. 529–588.
- Schrijver N. (2015) Beyond Srebrenica and Haiti: Exploring Alternative Remedies against the United Nations. In: Blokker N., Schrijver N. (eds.) *Immunity of International Organizations*, Leiden; Boston, MA: Brill Nijhoff, pp. 329–341.
- Shraga D. (2000) UN Peacekeeping Operations: Applicability of International Humanitarian Law and Responsibility for Operations-Related Damage. *American Journal of International Law*, vol. 94, no. 2, pp. 406–412.
- Singer M. (1995) Jurisdictional Immunity of International Organizations: Human Rights and Functional Necessity Concerns. *Virginia Journal of International Law*, vol. 36, no. 1, pp. 53–165.
- Thakur T. (2017) *The United Nations, Peace and Security: From Collective Security to Responsibility to Protect*, 2nd ed., Cambridge: Cambridge University Press.
- Tondini M. (2010) The “Italian job”: How to Make International Organizations Compliant with Human Rights and Accountable for Their Violation by Targeting Member States. In: Wouters J., Brems E., Smis S., Schmitt P. (eds.) *Accountability for Human Rights Violations by International Organizations*, Antwerp: Intersentia, pp. 169–212.
- Wellens K. (2002) *Remedies against International Organisations*, Cambridge: Cambridge University Press.
- Wouters J. (2010) Introductory Remarks. In: Wouters J., Brems E., Smis S., Schmitt P. (eds.) *Accountability for Human Rights Violations by International Organizations*, Antwerp: Intersentia, pp. 1–20.
- Zwanenburg M. (2008) UN Peace Operations Between Independence and Accountability. *International Organizations Law Review*, vol. 5, no. 1, pp. 23–74.

«Возьмёмся за руки, друзья...»

Предисловие к Декларации Сан-Хосе

Анатолий Ковлер*

DOI: 10.21128/2226-2059-2018-4-55-57

Декларация председателей трёх международных судов по правам человека (*далее* — Декларация Сан-Хосе, Декларация), собравшихся в столице Коста-Рики — городе Сан-Хосе, — знаменательное явление в истории международного правосудия.

Начнём с того, что со времени принятия 10 декабря 1948 года Всеобщей декларации прав человека сформировались три региональные системы защиты прав человека — европейская, межамериканская и африканская¹. Системы в других регионах только формируются и пока не дали практических результатов². Следовательно, Декларация Сан-Хосе — это свидетельство консолидации позиций трёх действующих региональных судов по правам человека, каждый из которых переживает сейчас не самые лучшие времена в своей истории: не случайно в Декларации го-

ворится о совместных усилиях по преодолению «общих вызовов и угроз для эффективной ценности прав человека» (англ.: “the common challenges and threats to the effective validity of human rights”).

Немного истории. По традиции, отмеченной явным отпечатком евроцентризма, старейшей и наиболее эффективной региональной системой защиты прав человека считается европейская система.

Между тем неким прообразом существующей ныне региональной системы защиты прав человека можно считать Центрально-американский суд справедливости, созданный в Сан-Хосе пятью государствами Центральной Америки (Сальвадор, Коста-Рика, Гватемала, Никарагуа и Гондурас) на основании Вашингтонской конвенции от 20 декабря 1907 года и рассмотревший за десятилетие своей деятельности три межгосударственные жалобы и семь индивидуальных жалоб против государств.

Американская декларация прав и обязанностей человека, принятая 2 мая 1948 года, то есть за несколько месяцев до принятия Всеобщей декларации прав человека, как и, предусматривала создание Межамериканской комиссии по правам человека как первого этапа в создании Межамериканского суда по правам человека (*далее* — МАСПЧ, Суд)³. Наконец, Американская конвенция о правах человека 22 ноября 1969 года предусматривает такой компетентный орган, как

* Ковлер Анатолий Иванович — доктор юридических наук, заведующий кафедрой судебной власти НИУ «Высшая школа экономики», судья Европейского Суда по правам человека (1999–2012), Москва, Россия (e-mail: anatoliy@kovler.ru).

¹ См.: Международная и внутригосударственная защита прав человека / под ред. Р.М. Валеева. М.: Статут, 2011. Раздел IV, глава 4. Региональные системы защиты прав человека; Ковалев А.А. Международная защита прав человека. М.: Статут, 2013. Глава 4. Региональное сотрудничество в области прав человека; Институты международного правосудия / под ред. В.Л. Толстых. М.: Международные отношения, 2014. Раздел VI. Институты международного правосудия в области прав человека; Региональные системы защиты прав человека: учеб. / под ред. А.Х. Абашидзе. М.: Юрайт, 2017.

² В учебных курсах «для полноты картины» упоминается Положение о Межправительственной комиссии по правам человека АСЕАН (2009), говорится о попытках организации Исламского сотрудничества создать собственный механизм защиты прав и свобод человека на основе Каирской декларации по правам человека в исламе (5 августа 1990 года), об Азиатско-Тихоокеанской декларации прав человека и народов (1988), но пока рано говорить о реально действующих правозащитных системах в этих регионах. См.: Региональные системы защиты прав человека. Глава 4. См. также: Аль Али Н. Защита прав и свобод в арабских странах. М.: КНОРУС, 2015.

³ Создание судебного органа было предусмотрено Резолюцией XXXI «Межамериканский суд по защите прав человека», принятой тогда же в 1948 году на IX Конференции американских государств в Боготе. Разработка учредительных документов МАСПЧ была поручена Межамериканскому совету юристов.

Межамериканский суд по правам человека (место пребывания — Сан-Хосе). Фактически Суд начал свою работу с момента вступления в силу в 1978 году Конвенции. Особенностью Суда является его так называемая прямая юрисдикция: только государства — стороны спора и Комиссия имеют право направлять спор в Суд (статья 61 Конвенции). Это серьёзно ограничивает компетенцию Суда. К тому же 13 из 35 государств — членов Организации американских государств (включая США и Канаду) не признали юрисдикцию Суда. В аналогичном положении находился Европейский Суд по правам человека (*далее* — ЕСПЧ, Европейский Суд) до его реформы, предусмотренной Протоколами № 9 (1990) и № 11 (1994, вступил в силу 1 ноября 1998 года) к Европейской Конвенции по правам человека 1950 года (*далее* — Европейская Конвенция). Эти обстоятельства, наряду с низкой дисциплиной исполнения постановлений МАСПЧ и невыплатой взносов многими государствами, серьёзно подрывают позиции Суда на континенте⁴. Отсюда поиски солидарности со стороны других международных судов, прежде всего Европейского Суда, как наиболее авторитетного. Контакты ЕСПЧ с МАСПЧ активировались в последние годы. Это и взаимные визиты судей и стажёров (первым стажёром-инструктором от ЕСПЧ была представительница из России Е. Быховская, которая, ко всему прочему, является одним из авторов публикаций для журнала

«Международное правосудие»⁵), совместные публикации⁶ и проведение семинаров⁷.

Более того, в постановлениях обоих судов всё чаще встречаются ссылки на правовые позиции партнёрского суда⁸. Для Европейского Суда укрепление связей с партнёрами по МАСПЧ тоже имеет значение. После неудавшегося опыта присоединения Европейского Союза к Европейской Конвенции⁹, а также на фоне усиливающейся оппозиции ряда государств по отношению к Европейскому Суду укрепление своих позиций как ведущего регионального суда по правам человека представляется необходимым.

Обращая взор на африканский континент, мы можем убедиться, что на нём выстраивается весьма оригинальная система по защите прав человека. Оригинальностью этой системы является уже то, что она заявлена, как следует из самого названия Африканской Хартии прав человека и народов от 27 июня 1981 года, как система защиты не только индивидуальных и коллективных прав, но и прав народов (заметим, что европейская система отказывает в праве на *actio popularis* — жалобы от имени народов). Как и в начальный период действия европейской системы и нынешней американской системы, африканская система двухуровневая: всё те же Африканская комиссия по правам человека и Африканский суд по правам человека и народов (*далее* — АСПЧН) в составе 11 судей, начавший заседать в 2006 году в Аруше (Танзания).

⁴ Слабые организационно-финансовые позиции Суда контрастируют с его поистине выдающейся и новаторской ролью в восстановлении демократии в странах, переживших диктатуры (которые составляют практически всю Латинскую Америку), а также по защите прав коренных народов. См., в частности: *Парра Вера О.* Обзор судебной практики Межамериканского Суда по правам человека: декабрь 2013 года — июнь 2014 года // *Международное правосудие*. 2015. № 2(14). С. 3—17; *Парра Вера О., Тарре Мосер П.* Обзор судебной практики Межамериканского Суда по правам человека во второй половине 2014 года // *Международное правосудие*. 2015. № 4(16). С. 35—50; *Парра Вера О., Тарре Мосер П.* Обзор судебной практики Межамериканского Суда по правам человека за 2015 год // *Международное правосудие*. 2016. № 2(18). С. 3—16; *Парра Вера О., Тарре Мосер П.* Межамериканский Суд по правам человека: обзор судебной практики за 2017 год. 2018. № 1(25). С. 3—19. См. также: *Алисиевич Е., Галарза П. М.* Дела о насильственных исчезновениях в практике органов межамериканской системы защиты прав человека // *Международное правосудие*. 2013. № 2(6). С. 55—64; *Бюргорг-Ларсен Л.* Позитивные обязательства в практике органов межамериканской системы защиты прав человека // *Международное правосудие*. 2014. № 2(10). С. 106—121.

⁵ См.: *Быховская Е.* Право на свободу слова в области телевидения в практике Межамериканского суда по правам человека // *Международное правосудие*. 2017. № 1(21). С. 3—13.

⁶ См.: *Dialogue Across the Atlantic: Selected Case-Law of the European and Inter-American Human Rights Courts*. Oosterwijk : Wolf Legal Publishers, 2015.

⁷ Одним из таких семинаров явился коллоквиум в стенах МАСПЧ на тему: «Всемирная отмена смертной казни», прошедший 9—11 октября 2014 года как дань уважения Коста-Рике, отменившей смертную казнь в 1877 году. См. материалы коллоквиума: *Touzé S.* L'abolition Universelle de la Peine de Mort. Paris : Pedone, 2016.

⁸ Отчёт об исследовании. Использование межамериканских актов и позиций Межамериканского суда по правам человека в практике Европейского Суда по правам человека. 2016. URL: https://www.echr.coe.int/Documents/Research_report_inter_american_court_RUS.pdf (дата обращения: 22.10.2018).

⁹ См.: *Исполинов А.* Суд Европейского Союза против присоединения к Европейской Конвенции по правам человека (причины и следствия) // *Международное правосудие*. 2015. № 1(13). С. 118—134; *Исполинов А.* В поисках новой парадигмы: Суд ЕС и ЕСПЧ спустя три года после Заключения 2/13 // *Международное правосудие*. 2018. № 2(26). С. 16—27.

С преобразованием Организации африканского единства в Африканский союз принят протокол о создании Суда справедливости Африканского союза, а затем объединение двух судов в единый Африканский суд справедливости и прав человека¹⁰ с весьма широкой компетенцией, заимствованной как от Европейского Суда, так и от Суда Европейского Союза и Международного Суда ООН. Широкий круг субъектов права на обращение в Суд в зависимости от характера дела делает его уникальным судебным органом, и это является как достоинством этой современной модели регионального правосудия, так и её недостатком, ибо возможностей использования этой модели на практике пока немного по той же причине, что и в случае с МАСПЧ.

С другой стороны, как для ЕСПЧ, так и для МАСПЧ будет интересен опыт африканских коллег, если их модель всё же заработает. Так, на фоне находящихся на рассмотрении ЕСПЧ межгосударственных жалоб подходы АСПЧН и будущего Африканского суда справедливости к решению межгосударственных споров не лишены интереса. Кроме того, обострившиеся в Европе проблемы с приёмом беженцев с африканского континента уже сейчас требуют совместных подходов к решению этих проблем с точки зрения соблюдения элементарных прав человека. Наконец, очевидна необходимость унификации правил процедуры в трёх судах на основе совместно выработанных стандартов.

Достигнутые в Сан-Хосе договорённости о создании Постоянного форума институционального диалога (англ.: Permanent Forum of Institutional Dialogue) между тремя судами, помимо очевидных выгод такого диалога для определенной унификации процедур ради обеспечения более эффективной защиты прав и свобод человека, позволяют этим судам на основе регулярных встреч, как публичных, так и узкопрофессиональных (англ.: private and public sessions), сблизить свои правовые позиции на фоне всё углубляющейся фрагментации международного права. Таким образом, провозглашённый Европейским Судом курс на «диалог судей», международных и национальных, получит новое звучание на региональном уровне.

Библиографическое описание:

Ковлер А. «Возьмёмся за руки, друзья...»: Предисловие к Декларации Сан-Хосе // Международное правосудие. 2018. № 4 (28). С. 55–57.

“Let’s join hands, friends...” Introductory to Declaration of San Jose

Anatoly Kovler

Doctor of Law, Faculty of Law, Head of the Chair of Judiciary, Higher School of Economics, Moscow, Russia (e-mail: anatoliy@kovler.ru).

Citation

Kovler A. (2018) “Voz'myomsya za ruki, druz'ya”: Predislovie k Deklaratsii San-Khose [“Let's join hands, friends...”: Introductory to Declaration of San Jose]. *Mezhdunarodnoe pravosudie*, vol. 8, no. 4, pp. 55–57. (In Russian).

¹⁰ См.: Ржевская В. С. Африканский суд справедливости и прав человека и Международный Суд ООН: сравнительно-правовой очерк // Международное правосудие. 2013. № 2(6). С. 109–116. Более подробно см.: Африканская система защиты прав человека и народов / под ред. А. Х. Абашидзе. М.: Юрайт, 2017.

Декларация Сан-Хосе

Совместная Декларация председателей Африканского суда по правам человека и народов, Европейского Суда по правам человека и Межамериканского суда по правам человека по случаю 40-летней годовщины вступления в силу Американской конвенции о правах человека и создания Межамериканского суда по правам человека

DOI: 10.21128/2226-2059-2018-4-58-58

Председатели Африканского суда по правам человека и народов, Европейского Суда по правам человека и Межамериканского суда по правам человека, собравшиеся в Сан-Хосе, Коста-Рика, 18 июля 2018 года по случаю 40-летней годовщины вступления в силу Американской конвенции о правах человека и создания Межамериканского суда по правам человека;

учитывая предысторию институционального и судебного диалога, предшествующую совместную работу и усилия Африканского суда по правам человека и народов, Европейского Суда по правам человека и Межамериканского суда по правам человека, которые способствовали обмену ради общего блага концептуальными и правоприменительными стандартами, выработанными каждым Судом;

отмечая и признавая 40-летнюю годовщину вступления в силу Американской конвенции о правах человека и создания Межамериканского суда по правам человека в качестве уникальной возможности для укрепления диалога, сотрудничества и институциональных связей между тремя судами по правам человека в мире;

согласились о следующем:

1. Учредить Постоянный форум институционального диалога между Африканским судом по правам человека и народов, Европейским Судом по правам человека и Межамериканским судом по правам человека;

2. Постоянный Форум будет стремиться к укреплению защиты прав человека и доступа

к международному правосудию людей, находящихся под юрисдикцией трёх вышеуказанных судов, содействовать усилиям государств по укреплению их демократических институтов и механизмов защиты прав человека, а также будет стремиться путём совместной работы к преодолению общих вызовов и угроз эффективному действию прав человека;

3. Постоянный Форум будет проводиться в виде закрытых и открытых сессий в штаб-квартире каждого суда на ротационной основе так часто, насколько участвующие суды посчитают необходимым. Закрытые рабочие заседания — это сессии, в течение которых три суда будут вести диалог по следующим вопросам: а) ключевые институциональные, нормативные и правоприменительные изменения в деятельности каждого суда; б) влияние, трудности и вызовы в деятельности каждого суда и в) механизмы укрепления сотрудничества между судами среди прочих вопросов. Открытые заседания будут направлены на распространение и обмен правоприменительной практикой через диалог между тремя судами. Форум может завершить свою сессию подписанием совместной декларации по ключевым достижениям и достигнутым консенсусом на каждом заседании, а также о конкретных мерах, которые необходимо предпринять для укрепления диалога и совместной работы.

Подписано в Сан-Хосе, Коста-Рика, 18 июля 2018 года.

Роль принципа справедливости при оценке убытков по международному обычаю: куда дело *Диалло* и дело судна «*Арктик Санрайз*» ведут состояние права?*

Алексей Вялков**

В статье обсуждаются направления практики использования коллегиями по разрешению споров принципа справедливости на стадии оценки имущественных убытков по стандартам международного обычая. Статья основана на исследовании практики таких коллегий, как Международный Суд ООН, Международный трибунал ООН по морскому праву, региональные суды по правам человека, Трибунал по претензиям между США и Ираном, арбитражи по Приложению VII к Конвенции ООН по морскому праву 1982 года, инвестиционные арбитражи, и прочих. Проведенный в статье анализ проясняет, во-первых, обстоятельства, в которых составы арбитражей считают допустимым ссылаться на принцип справедливости на стадии оценки убытков по стандартам международного обычая, во-вторых, эффект, который принцип справедливости оказывает на процесс оценки убытков с точки зрения права и, в-третьих, причины, по которым использование коллегиями принципа справедливости может быть совместимо с пределами их компетенции по оценке убытков на основании международного права как такового. Далее в статье обсуждаются два недавних дела, в которых коллегии оценили имущественные убытки по принципу справедливости, а именно дело *Диалло* и дело судна «*Арктик Санрайз*». В статье утверждается, что составы арбитражей в этих делах присудили убытки с превышением полномочий и обосновали это мотивировкой, которая способна привести излишнюю долю произвольности в процесс оценки убытков по стандартам международного обычая. Мотивировка коллегий в деле *Диалло* и деле судна «*Арктик Санрайз*» фактически позволяет присуждать компенсацию имущественного вреда по международному обычаю без ссылки на какие-либо доказательства, основываясь только на спекулятивных абстрактных размышлениях. Статья завершается общим выводом о том, что с течением времени в международном праве образовались последовательные тенденции, касающиеся применения принципа справедливости при оценке убытков по международному обычаю. Однако решения по делу *Диалло* и делу судна «*Арктик Санрайз*», в которых коллегии по разрешению споров действовали без полномочий в соответствующей части, подорвали эти тенденции и привнесли изменения, потенциально опасные для различных систем разрешения международных споров.

DOI: 10.21128/2226-2059-2018-4-59-82

→ Убытки; принцип справедливости; обычай; *Диалло*; судно «*Арктик Санрайз*»

1. Введение

Широко признано, что принцип справедливости (англ.: equity) является частью междуна-

родного права если не в качестве одного из его самостоятельных источников, то во всяком случае в качестве фактора, способного оказывать влияние на содержание норм международного права¹. Нередко коллегии, раз-

* Статья представляет собой конкурсную работу, удостоенную в 2018 году премии «Международное право в XXI веке» за лучшую научную работу по международному публичному праву. Публикуется в переводе на русский язык с незначительными изменениями и дополнениями. Конкурсная работа в свою очередь была основана на работе, представленной в 2017 году на конкурсе научных работ по международному арбитражу им. Софи Напперт, проводимый Университетом Макгилла в Канаде (Nappert Prize in International Arbitration). По итогам этого конкурса работа была удостоена почетного упоминания жюри (“Honorable Mention”).

** Вялков Алексей Васильевич — магистр права (University of Oxford, the United Kingdom), практикующий юрист, Москва, Россия (e-mail: vyalkovalexey@gmail.com).

¹ См.: Akehurst M. Equity and General Principles of Law // International and Comparative Law Quarterly. Vol. 25. 1976. No. 4. P. 801–825, 801–802; Lapidoth R. Equity in International Law // Israel Law Review. Vol. 22. 1987. No. 2. P. 161–183, 174–176; Lowe V. The Role of Equity in International Law // Australian Year Book of International Law. Vol. 12. 1989. P. 54–81, 55; Pellet A. Article 38 // The Statute of the International Court of

решающие международные споры, перед которыми поставлена задача оценить убытки по стандартам международного права, оценивают такие убытки на основании принципа справедливости. Наиболее поздними примерами оценки морального и (или) имущественного вреда на основании принципа справедливости являются дело *Диалло*² и дело судна «*Арктик Санрайз*»³, разрешённые Международным Судом ООН (далее – Суд ООН) и составом арбитража, сформированным в рамках Приложения VII к Конвенции ООН по морскому праву 1982 года (далее – Состав арбитража по Приложению VII и Конвенция ООН 1982 года, соответственно)⁴.

Именно решения о возмещении имущественного вреда, принятые в деле *Диалло* и деле судна «*Арктик Санрайз*», и станут предметом анализа данной статьи. Аргумент, который будет выдвинут в этой статье, будет состоять в том, что, с точки зрения права, коллегии в деле *Диалло* и деле судна «*Арктик Санрайз*» опасным образом отошли от формирующейся практики оценки убытков на основании принципа справедливости. Таким образом, эти коллегии создали прецеденты в рамках международного обычая, которые потенциально могут привести к предъявлению и удовлетворению многочисленных исков о возмещении имущественного вреда, оценённого произвольно и вслепую.

Разумеется, чтобы продемонстрировать, что дело *Диалло* и дело судна «*Арктик Санрайз*» являются отклонениями, необходимо сначала очертить, от чего именно они отклоняются. Симптоматично, что до сих пор в литературе ещё не было предпринято попыток понять, возможно ли вывести какие-либо общие правила оценки убытков на основании принципа справедливости из богатого набора

решений, вынесенных различными коллегиями по разрешению споров. Если такие правила уже могут быть выведены, они также должны быть критически оценены с точки зрения пределов компетенции коллегий, обычно уполномоченных оценивать убытки лишь на основании международного права.

Поэтому, прежде чем перейти к оценке дела *Диалло* и дела судна «*Арктик Санрайз*», в данной статье будет проведено скрупулёзное исследование каких-либо трендов, выводимых из тех дел, в которых коллегии по разрешению споров оценивали убытки по международному обычаю. Таким образом, в статье будет сделан первый шаг навстречу кристаллизации действующих норм международного права, которые применяются коллегиями по разрешению споров при оценке убытков на основании принципа справедливости, и тем самым будет сделана попытка совместить рассматриваемый аспект такой умозрительной категории, как «справедливость», с конкретикой позитивистского юридического мышления⁵. Если пытаться обобщить, то нормы права обычно формулируются путём указания на правовые последствия, которые влечёт тот или иной набор фактических обстоятельств, что выражается в формуле «если, то»⁶. Соответственно, структура анализа, который будет произведён в статье, будет следовать этой формуле. Поэтому данная статья рассматривает феномен оценки убытков на основании справедливости на трёх различных уровнях: 1) обстоятельства, в которых коллегии по разрешению споров обращаются к принципу справедливости в контексте оценки убытков; 2) правовые последствия, к которым ведёт использование коллегиями принципа справедливости при оценке убытков⁷;

Justice: A Commentary / ed. by A. Zimmermann, C. Tomuschat, K. Oellers-Frahm. Oxford : Oxford University Press, 2006. P.677–792, 723–730; *Gourgourinis A.* Delineating the Normativity of Equity in International Law // International Common Law Review. Vol. 11. 2009. No. 3. P.327–347, 340–346.

² International Court of Justice (далее – ICJ). *Ahmadou Sadio Diallo (Republic of Guinea v. Democratic Republic of the Congo)*. Judgment of 19 June 2012 // ICJ Reports. 2012. P.324.

³ Permanent Court of Arbitration (далее – PCA). *The Arctic Sunrise Case (The Kingdom of the Netherlands v. The Russian Federation)*. Case No.2014-02. Award on Compensation of 10 July 2017.

⁴ Конвенция Организации Объединённых Наций по морскому праву от 10 декабря 1982 года // Бюллетень международных договоров. 1998. № 1. С. 3–168.

⁵ Хотя попытки мыслить о международном праве как о системе некоторыми могут не быть восприняты всерьёз (см.: *D'Aspremont J.* International Court of Justice and the Irony of System-Design // Journal of International Dispute Settlement. Vol. 8. 2017. No. 2. P. 366–387, 371–379), это представляется необходимым, чтобы обеспечить правовую определённость на будущее и избежать фрагментации международного права.

⁶ См.: Permanent Court of International Justice (далее – PCIJ). *Case Concerning the Factory at Chorzów (Germany v. Poland)*. Dissenting opinion by Judge Ehrlich, Jurisdiction Judgment of 26 July 1927 // PCIJ Reports Series A No. 39. Vol. 9; *Kelsen H.* General Theory of Law and State. Cambridge, MA : Harvard University Press, 1949. P.45–46.

⁷ См.: *Lauterpacht E.* Equity, Evasion, Equivocation and Evolution in International Law // Proceedings of the American Branch of the International Law Association. 1977–1978. P.33–47, 33, 39; *Zarbiyev F.* Judicial Activism in International Law – A Con-

3) обоснованность оценки убытков на основании принципа справедливости с точки зрения пределов компетенции коллегий по разрешению споров. Когда принципы, которых придерживаются коллегии по разрешению споров, будут определены, эти принципы будут оценены на их совместимость с пределами компетенции тех коллегий по разрешению споров, которые уполномочены оценивать убытки лишь на основании международного обычая, а также будут затронуты изменения, привнесённые в эту область права делом *Диалло* и делом судна «*Арктик Санрайз*».

Для целей методологической точности настоящая статья начинается с того, что сужает круг релевантных решений коллегий по разрешению споров, применявших принцип справедливости к оценке убытков, до решений, вынесенных только коллегиями, уполномоченными оценивать убытки на основании международного права как такового (раздел 2). Затем в статье описываются общие допустимые теоретические подходы к обоснованию возможности коллегий, уполномоченных оценивать убытки только на основании международного права как такового, тем не менее оценивать такие убытки также и со ссылкой на принцип справедливости (раздел 3).

Далее статья переходит к трём другим частям, которые группируют проанализированные решения коллегий по разрешению споров по обстоятельствам, в которых соответствующие коллегии сочли возможным сослаться на принцип справедливости при оценке убытков. В делах первых двух групп коллегии оценивали убытки на основании принципа справедливости, поскольку заявленные суммы убытков не были подтверждены достаточным количеством доказательств, причём на это имелись (раздел 4) или не имелись (раздел 5) объективные причины. Статья анализирует эффект, который, с точки зрения права, применение принципа справедливости имело на процесс оценки убытков, и проверяет решения первых двух групп на совместимость с пределами юрисдикции коллегий по разрешению споров. В решениях третьей группы коллегии ссылались на принцип справедливости ввиду имманентной неопределённости видов убытков, заявленных к возме-

щению (раздел 6). В статье анализируются решения этой группы на предмет тех же вопросов, на предмет которых анализируются решения первых двух групп.

Определив действующие принципы оценки убытков на основании принципа справедливости, статья обращается к анализу дела *Диалло* и дела судна «*Арктик Санрайз*» в свете выведенных принципов и делает попытку обосновать, что, оценив убытки на основании принципа справедливости, Суд ООН в деле *Диалло* и состав арбитража по Приложению VII в деле судна «*Арктик Санрайз*» вышли за пределы своих полномочий. Затем в статье обращается внимание на то, что дело *Диалло* и дело судна «*Арктик Санрайз*» фактически позволяют присуждать компенсацию имущественного вреда по международному обычаю без ссылки на какие-либо доказательства, основываясь только на спекулятивных абстрактных размышлениях. Общий вывод, которым завершается статья, состоит в том, что в международном праве образовывались последовательные тенденции, касающиеся применения принципа справедливости при оценке убытков по международному обычаю. Но решения по делу *Диалло* и делу судна «*Арктик Санрайз*», в которых коллегии по разрешению споров действовали без полномочий в соответствующей части, подорвали эти тенденции и привнесли изменения, потенциально опасные для различных систем разрешения международных споров (раздел 7).

2. Оценка убытков по принципу справедливости в рамках международного обычая: практика каких коллегий по разрешению споров должна приниматься во внимание?

Чтобы быть методологически последовательной, данная статья будет анализировать практику лишь тех коллегий по разрешению споров, которые уполномочены рассматривать вопросы оценки убытков, применяя одну и ту же общую норму второго порядка⁸. Это будет

⁸ См., например, попытку Гвинеиской Республики в деле о судне «*Saïga*» (№ 2) заявить о неприменимости дела о судне *It Alone*, которое, как полагала Гвинеиская Республика, было разрешено «преимущественно на основании принципа справедливости» и поэтому было иррелевантно для вопроса оценки убытков Международным трибуналом ООН по морскому

практика тех коллегий, которым их конституирующие документы предписывают оценивать убытки по стандартам международного обычая, при этом явным образом не позволяя применять принципы справедливости, но которые тем не менее из раза в раз оценивают убытки со ссылкой на принцип справедливости. Разумеется, в зависимости от содержания нарушенных норм первого порядка убытки, следующие из нарушения таких норм, могут оцениваться на основании различных принципов даже в рамках единой абстрактной нормы второго порядка, что может поставить предложенную методологию под сомнение⁹. В то же время, если соответствующие коллегии по разрешению споров применяют к вопросу оценки компенсации единый абстрактный стандарт, это уже является достаточным основанием хотя бы для того, чтобы обобщить практику таких коллегий касательно того, когда и как они используют принцип справедливости, оценивая убытки по этому единому абстрактному стандарту, и почему использованные этими коллегиями принципа справедливости не означает, что они тем самым выходят за пределы применимого стандарта оценки компенсации и, соответственно, своей компетенции. Конечно, существует множество сценариев, в которых коллегии по разрешению споров могут держать в уме принципы разумности и справедливости¹⁰, но данная статья коснётся только тех случаев, где коллегии считали необходимым сослаться на принцип справедливости явным образом.

С учётом этого, помимо Суда ООН и Международного трибунала ООН по морскому праву (*далее* – МТМП), особое внимание будет уделено практике составов арбитражей, включая составы арбитражей, сформированные на основании международных договоров о защите инвестиций и Конвенции ООН 1982 года. Действительно, большинство международных договоров о защите инвести-

ций не устанавливают каких-либо стандартов оценки компенсации, применимых в случае нарушения таких международных договоров, что зачастую вынуждает составы арбитражей обращаться по этому вопросу к нормам международного обычая, сформулированным в деле «*Корзю Фэктори*» (*Chorzów Factory*)¹¹. Аналогичным образом, хотя Конвенция ООН 1982 года не содержит каких-либо специальных норм о возмещении вреда, Конвенция ООН 1982 года предписывает составам арбитражей по Приложению VII применять саму Конвенцию ООН 1982 года и другие нормы международного права, не противоречащие ей, но не допускает применения принципа справедливости сколь-нибудь явно¹².

В статье также будет проанализирована практика Трибунала по претензиям между

¹¹ См.: *Ripinsky S. Assessing Damages in Investment Disputes: Practice in Search of Perfect* // The Journal of World Investment & Trade. Vol. 10. 2009. No. 1. P. 5–37, 8–9.

¹² См.: Конвенция Организации Объединённых Наций по морскому праву от 10 декабря 1982 года // Бюллетень международных договоров. 1998. № 1. С. 3–168. Ст. 293(1); PCA. *The MOX Plant Case (Ireland v. United Kingdom)*. Counter-Memorial of the United Kingdom (Wood on behalf of the United Kingdom) of 9 January 2003. § 4.31 (заявивший, что «другие нормы международного права», к которым отсылает статья 293(1), могут включать и нормы международного права второго порядка, как, например, те, что относятся к вопросам ответственности государств). Текст Конвенции ООН 1982 года содержит множество отсылок к справедливости, например статьи 59, 74, 83 Конвенции ООН 1982 года. Однако ни одна из этих статей не касается вопроса возмещения вреда или, если мыслить более узко, оценки компенсации. Более того, даже если бы они и касались этого вопроса, применяя их, коллегия по разрешению споров применяла бы не принцип справедливости как таковой, но скорее норму международного договора, включающую в себя принцип справедливости в соответствующей части. См.: ICJ. *North Sea Continental Shelf (Federal Republic of Germany/Denmark; Federal Republic of Germany/Netherlands)*. Judgment of 20 February 1969 // ICJ Reports 1969. P. 3, в котором Суд ООН, столкнувшись с задачей по определению международно-правовых принципов, применимых к разграничению континентальных шельфов между Германией/Данией и Германией/Нидерландами, постановил (с. 47), что международное право предписывает, чтобы континентальные шельфы граничащих государств разграничивались по принципу справедливости, отмечая, что «...это не вопрос применения принципа справедливости просто в абстрактном порядке, но вопрос применения нормы права, которая сама по себе требует применения принципов справедливости». См. также: ICJ. *Maritime Delimitation in the Area between Greenland and Jan Mayen (Denmark v. Norway)*. Judgment of 14 June 1993 // ICJ Reports 1993. P. 38, 234–235 (Separate opinion of Judge Weeramantry) (объясняющее, что принцип справедливости может входить в международное право сквозь двери международных договоров, и приводящее Конвенцию ООН 1982 года в качестве примера); ICSID. *Klöckner Industrie-Anlagen GmbH and others v. United Republic of Cameroon*. Case No. ARB/81/2. Ad hoc Committee decision on Annulment of 3 May 1985. § 79.

праву на основании международного права как такового: International Tribunal for the Law of the Sea. *M/V Saiga (No. 2) (Saint Vincent and the Grenadines v. Guinea)*. Counter-Memorial of the Republic of Guinea (von Brevem on behalf of the Republic of Guinea) of 16 October 1998. § 194. См. также: *Akehurst M. Op. cit.* P. 801.

⁹ См.: Draft articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, with commentaries // Yearbook of the International Law Commission. 2001. V.II(2). P. 31, 100.

¹⁰ См.: *Elrifai S. N. Equity-based Discretion and the Anatomy of Damages Assessment in International Investment Law* // Journal of International Arbitration. Vol. 34. 2017. No. 5. P. 835–888.

США и Ираном (*далее* – Трибунал), которому Декларация о разрешении споров предписывает применять нормы *права*, международного или национального, не допуская применения им принципа справедливости явным образом¹³. Наряду с этим будет рассмотрена практика Межамериканского суда по правам человека (*далее* – МАСПЧ), который, в соответствии со статьёй 63(1) Американской конвенции о правах человека (*далее* – АКПЧ)¹⁴, присуждает «справедливую компенсацию» в спорах, возникающих из нарушений АКПЧ, при этом термин «справедливая компенсация» толкуется данной Конвенцией как отсылающий к международному обычаю и делу «*Корзоу Фэктори*»¹⁵. Более того, при необходимости будет также принята во внимание практика Африканского суда по правам человека (*далее* – АСПЧ), в практике которого термин «справедливая компенсация», упомянутый в статье 27(1) Протокола 1998 года, понимается как инкорпорирующий стандарты международного обычая¹⁶.

Практика Европейского Суда по правам человека (*далее* – ЕСПЧ) будет анализироваться лишь в её небольшой части. Причина этому в том, что полномочия ЕСПЧ в части оценки компенсации несколько отличаются от полномочий коллегий по разрешению споров, рассмотренных выше. Действительно, по умолчанию, стандарт оценки компенсации по Конвенции о защите прав человека и основных свобод (*далее* – ЕКПЧ) не идентичен стандарту по международному обычаю¹⁷. Статья 41 ЕКПЧ предписывает присуждение жертве «справедливой компенсации» (англ.: just satisfaction; фр.: satisfaction équitable)¹⁸, в отличие от международного обычая, предписывающего «полное возмещение» вреда. Присуждение справедливой компенсации по статье 41 ЕКПЧ носит дискреционный характер¹⁹, зависит от характера нарушения²⁰

doulaye Nikiema, Ernest Zongo, Blaise Ibouido v. Burkina Faso. Judgment on Reparations of 5 June 2015. § 20–31.

¹⁷ См.: International Centre for Settlement of Investment Disputes (*далее* – ICSID). *Amco Asia Corporation and others v. Republic of Indonesia*. Case No. ARB/81/1. Award in Resubmitted Proceeding of 5 June 1990. § 127.

¹⁸ Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms of 4 November 1950. Art. 41. URL: <https://www.echr.coe.int/Pages/home.aspx?p=basictexts&c> (дата обращения: 27.10.2018). См., однако, дело: PCA. *Norwegian Shipowners' Claims Norway v. USA*. Award of 13 October 1922 // Reports of International Arbitration Awards (*далее* – RIAA). Vol. 1. P. 307, в котором соглашение сторон предписывало составу арбитража «рассмотреть и разрешить указанные иски в соответствии с принципами права и справедливости и установить, какая сумма должна быть уплачена, если должна, в удовлетворение каждого иска» (норма, схожая по содержанию и формулировке со статьёй 41 ЕКПЧ), и эту фразу состав арбитража истолковал как отсылающую не к отличиям права от справедливости, как те, что имеются «в англосаксонской системе права», но к общим принципам справедливости. Считается, что под «общими принципами справедливости» состав арбитража имел в виду международное право как таковое. См.: *Gourgourinis A*. Op. cit. P. 331–332. Поэтому можно утверждать, что «*satisfaction équitable*» по статье 41 ЕКПЧ можно читать как отсылку к международному обычаю, несмотря на вводящее в заблуждение словоупотребление. Более того, как было продемонстрировано, в отличие от ЕСПЧ, МАСПЧ и АСПЧ толкуют положения о возмещении вреда в своих конституирующих инструментах, которые аналогичны по содержанию статье 41 ЕКПЧ, как инкорпорирующие норму международного обычая.

¹⁹ См.: European Court of Human Rights (*далее* – ECtHR). *Todorova and Others v. Bulgaria*. Just satisfaction. Applications nos. 48380/99, 51362/99, 60036/00 and 73465/01. Judgment of 24 April 2008. § 8; *Shesti Mai Engineering OOD and Others v. Bulgaria*. Merits and just satisfaction. Application no. 17854/04. Judgment of 20 September 2011. § 101; *Schabas W.A.* The European Convention on Human Rights: A Commentary. Oxford: Oxford University Press, 2015. P. 836.

²⁰ См.: ECtHR. *Todorova and others v. Bulgaria*. § 8; *Shesti Mai Engineering OOD and Others v. Bulgaria*. § 101.

¹³ Декларация Правительства Алжирской Народной Демократической Республики касательно разрешения споров между Правительством Соединённых Штатов Америки и Правительством Исламской Республики Иран от 19 января 1981 года, статья V. Иногда Трибунал по претензиям между США и Ираном оценивает компенсацию на основании стандарта иного, нежели установленного в международном обычае. См., например, дела, в которых Иран осуществил законную экспроприацию имущества граждан США: Iran-United States Claims Tribunal (*далее* – IUSCT). *Amoco International Finance Corp v. The Government of the Islamic Republic of Iran et al.* Case No. 56. Award No. 310-56-3 of 14 July 1987. Стандарт компенсации в таких делах основывался на статье IV(2) Договора о дружбе, экономических отношениях и консульских правах (Тегеран, 15 августа 1955 года). Данные дела могут быть полезны для настоящего анализа при условии, если будет принято, что стандарт компенсации по статье IV(2) Договора о дружбе идентичен тому, что существует в международном обычае и применим к международно-противоправным действиям, в частности незаконным экспроприациям. См.: IUSCT. *Sedco Inc v. National Iranian Oil Company*. Case No. 129. Award No. ITL 59-129-3 Section III of 27 March 1986; ср.: *Lauterpacht E.* Issues of Compensation and Nationality in the Taking of Energy Investments // *Journal of Energy & Natural Resources Law*. Vol. 8. 1990. P. 241–250, 244, 248–249.

¹⁴ The American Convention on Human Rights of 22 November 1969. Art. 63(1). URL: <https://www.cidh.oas.org/basicos/english/basic3.american%20convention.htm> (дата обращения: 27.10.2018).

¹⁵ Inter-American Court of Human Rights (*далее* – IACHR). *Velásquez-Rodríguez v. Honduras*. Judgment of 21 July 1989. § 25; IACHR. *Aloeboetoe et al v. Suriname*. Judgment of 10 September 1993. § 43–44.

¹⁶ См.: Protocol to the African Charter on Human and Peoples' Rights on the Establishment of an African Court on Human and Peoples' Rights of 10 June 1998. Art. 27(1). URL: <http://www.achpr.org/instruments/court-establishment/> (дата обращения: 27.10.2018); African Court on Human and Peoples' Rights. Ab-

и, хотя и осуществляется с целью устранить последствия нарушения ЕКПЧ, направлено на таковое устранение «с идеей предотвратить повторение [нарушения] в общем интересе, а не подстроить форму возмещения вреда под конкретную жертву»²¹, что в целом указывает на то, что природа возмещения по статье 41 ЕКПЧ определяется соображениями справедливости²².

В то же время, поскольку, как уже отмечалось, сумма «справедливой компенсации» зависит от характера нарушения (то есть содержание обязательства второго порядка поставлено в зависимость от содержания нарушенного обязательства первого порядка), ЕСПЧ придерживается позиции, что при нарушении некоторых обязательств из ЕКПЧ первого порядка содержание обязательства второго порядка предоставить «справедливую компенсацию» соответствует содержанию обязательства второго порядка предоставить «полное возмещение» в рамках принципа, установленного в деле «*Корзоу Фэктори*». Такая позиция наиболее актуальна в отношении произвольных лишений имущества в нарушение статьи 1 Протокола 1 к ЕКПЧ²³ или, как можно утверждать, других нарушений статьи 1 Протокола 1 к ЕКПЧ, таких как ограничение права пользования, когда такие нарушения имеют место в отношении граждан иностранных государств²⁴.

Соответственно, для цели грядущего анализа по выведению каких-либо общих правил применения принципа справедливости

при оценке имущественного вреда по международному обычаю будут преимущественно браться только дела, разрешённые коллегиями по разрешению споров, рассмотренными в данном разделе. Однако проведению этого анализа будет предшествовать общее описание того, почему оценка убытков со ссылкой на принцип справедливости может соответствовать полномочиям коллегий оценивать убытки только на основании международного права как такового.

3. Оценка убытков по принципу справедливости и пределы компетенции коллегий по разрешению споров

Когда полномочия коллегии по разрешению споров ограничены оценкой компенсации по международному праву как таковому, оценка коллегией компенсации со ссылкой на принцип справедливости может привести к выходу коллегии за пределы таких полномочий²⁵, и поэтому осмысление оценки компенсации по принципу справедливости приобретает большое практическое значение. В этом разделе будут рассмотрены альтернативные варианты обоснования полномочия коллегий по разрешению споров, уполномоченных применять к вопросу оценки убытков только международное право, оценивать убытки по принципу справедливости.

Любая попытка обосновать и легитимировать такую практику должна принимать во внимание, что в международном праве традиционно выделяются четыре вида справедливости: справедливость *infra legem*, справедливость *praeter legem*, справедливость *contra legem* и справедливость *ex aequo et bono*. Несмотря на довольно хаотичные высказывания *obiter dicta* в решениях Суда ООН, можно предложить следующий способ разграничить эти четыре вида справедливости.

Справедливость *infra legem* определяют как «форму справедливости, представляющую собой метод толкования действующих норм права»²⁶ и поэтому не выходящую за

²¹ Schabas W.A. Ibid. P.837–838; Wildhaber L. Article 41 of the European Convention on Human Rights: Just Satisfaction under the European Convention on Human Rights // Baltic Yearbook of International Law Online. Vol. 3. 2003. No. 1. P.1–18, 3, 5.

²² См.: ECtHR. *Sunday Times v. the United Kingdom (Article 50)*. Application no. 6538/74. Judgment of 6 November 1980. § 15; *König v. Germany (Article 50)*. Application no. 6232/73. Judgment of 10 March 1980. § 19; *Zlinsat, Spol SRO v. Bulgaria*. Application no. 57785/00. Judgment of 10 January 2008. § 45; *SC Antares Transport SA v. Romania*. Application no. 27227/08. Judgment of 30 May 2017. § 13; ICJ. *Ahmadou Sadio Diallo (Republic of Guinea v. Democratic Republic of the Congo)*. P.416; Schabas W.A. Op. cit. P.838; Wildhaber L. Op. cit. P.3, 5.

²³ См.: ECtHR. *Papamichalopoulos and others v. Greece (Article 50)*. Application no. 14556/89. Judgment of 31 October 1995. § 36; *Scordino v. Italy (No. 3)*. Application no. 43662/98. Judgment of 6 March 2007. § 32.

²⁴ См.: Kriebbaum U. Is the European Court of Human Rights an Alternative to Investor-State Arbitration? // Human Rights in International Investment Law and Arbitration / ed. by P.M. Dupuy, F. Francioni, E. U. Petersmann. Oxford : Oxford University Press, 2009. P.219–245, 243.

²⁵ Ср.: Вопрос, обсуждавшийся в деле *Judgments of the Administrative Tribunal of the International Labour Organization upon Complaints Made against the UNESCO* // Advisory Opinion ICJ Reports. 1956. P.77, 100.

²⁶ ICJ. *Frontier Dispute, Burkina Faso v. Republic of Mali* // ICJ Reports. 1986. P.554, 567–568.

пределы действующих норм права²⁷. По этой причине применение коллегиями по разрешению споров справедливости *infra legem* является безоговорочно допустимым в международном праве без необходимости какого-либо дополнительного согласия сторон на это²⁸. Что касается обстоятельств, в которых может применяться этот вид справедливости, справедливость *infra legem* призвана направлять свободу усмотрения коллегий по разрешению споров в вопросах толкования норм права и поэтому должна быть применимой, когда соответствующая норма международного права является слишком неопределённой в части пределов своего действия или содержания и нуждается в таком толковании. В крайних случаях толкование, детерминированное справедливостью *infra legem*, может привести к добавлению к норме международного права подразумеваемых исключений из неё, когда имеются причины для введения таких исключений²⁹. Соответственно, когда содержание нормы является достаточно ясным и в обстоятельствах дела отсутствуют основания для добавления к норме основанных на справедливости исключений, у коллегии по разрешению споров не будет оснований обращаться к справедливости *infra legem*. В последнем случае общие отсылки коллегии по разрешению споров к справедливости будут означать, что коллегия применила вид справедливости иной, нежели справедливость *infra legem*.

Один из этих иных видов справедливости — это справедливость *praeter legem*, которая направляет свободу усмотрения коллегий по разрешению споров в вопросах заполнения пробелов в праве³⁰. Третий — справед-

ливость *contra legem*, которая «сводится к возможному отклонению от общих норм права в конкретном случае», предлагая набор альтернативных норм и принципов, на которых может быть основано судебное решение³¹. Выделяют также справедливость *ex aequo et bono*, на основании которой выносятся «решения, свободные от ограничений, существующих в нормах права, и зависящие исключительно от того, что коллегия по разрешению споров считает справедливым»³². Применяя любой из этих трёх видов справедливости без санкции сторон, коллегия по разрешению споров, уполномоченная на оценку убытков по международному праву, будет действовать за пределами своей компетенции³³.

North Sea of Germany v. The Netherlands Continental Shelf (Federal Republic of Germany v. Denmark; Federal Republic) (Separate opinion of Judge Ammoun) // ICJ Reports. 1969. P. 3, 139; *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited (Belgium v. Spain)* (Separate opinion of Judge Ammoun) // ICJ Reports. 1970. P. 3, 332–333.

³¹ См.: ICJ. *Maritime Delimitation in the Area between Greenland and Jan Mayen (Denmark v. Norway)*. P. 233–234; *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited (Belgium v. Spain)*. P. 332–333.

³² ICJ. *Maritime Delimitation in the Area between Greenland and Jan Mayen (Denmark v. Norway)*. P. 230.

³³ Касательно справедливости *praeter legem* см.: ICJ. *Frontier Dispute, Burkina Faso v. Republic of Mali*. P. 567 (после того как Палата заключила, что у неё не было полномочий применять справедливость *contra legem*, Палата пришла к выводу, что не будет применять справедливости *praeter legem* тоже); *Territorial Dispute (Libyan Arab Jamahiriya v. Chad)* (Separate opinion of Judge Ajibola) // ICJ Reports. 1994. P. 6, 59 (исключающее полномочие Суда ООН применять справедливость *praeter legem* и отсылкающее к соглашению Буркина Фасо и Мали о том же); *Francioni F. Equity in International Law* // The Max Planck Encyclopedia of Public International Law / ed. by R. Wolfrum. Oxford: Oxford University Press, 2012. P. 632–641. Касательно справедливости *contra legem* см.: ICJ. *Frontier Dispute, Burkina Faso v. Republic of Mali*. P. 567; в деле *Диалло* Демократическая Республика Конго («Конго») возражала против аргументов Гвинейской Республики по вопросу дипломатической защиты путём замещения (англ.: diplomatic protection by substitution), заявив, что Гвинейская Республика приглашала Суд ООН применить недопустимую справедливость *contra legem*: ICJ. *Ahmadou Sadio Diallo (Republic of Guinea v Democratic Republic of the Congo)* (Kisala on behalf of the DRC) // ICJ Pleadings CR 2006/50 of 27 November 2006. P. 45–46; в ответ Гвинейская Республика не пыталась это опровергнуть и не заявила, что, с точки зрения права, Суд ООН был полномочен применить справедливость *contra legem*, тем самым косвенно соглашаясь с аргументом Конго в этой части. См.: Ibid. ICJ Pleadings CR 2006/51, 28 November 2006, 39 (Pellet on behalf of the Republic of Guinea); ICJ. *Maritime Delimitation in the Area between Greenland and Jan Mayen (Denmark v. Norway)*. P. 230 (Separate opinion of Judge Weeramantry) (отмечающее, что «внутри своей гораздо более ограниченной сферы Суд [ООН] вправе использовать полный спектр принципов справедливости, процедур и методов без того, чтобы опасаться выйти

²⁷ См.: *Cheng B. Justice and Equity in International Law* // Current Law Problems. Vol. 8. 1955. No. 1. P. 185–211, 210–211; *Lowe V. Op. cit.* P. 57–58. См. также: ICSID. *Amco Asia Corporation and others v. Republic of Indonesia*. Decision on the Application for Annulment of 16 May 1986. § 26–28; *MTD Equity Sdn Bhd v. Republic of Chile*. Case No. ARB/01/7. Decision on Annulment of 21 March 2007. § 48; *Klöckner Industrie-Anlagen GmbH and others v. United Republic of Cameroon and Société Camerounaise des Engrais*. Case No. ARB/81/2. *Ad hoc* Committee Decision on Annulment of 3 May 1985. § 79.

²⁸ См.: ICJ. *Frontier Dispute, Burkina Faso v. Republic of Mali*. P. 567–568; *Lapidoth R. Equity in International Law* // American International Law Proceedings. Vol. 81. 1987. P. 138–147, 143; *Cheng B. Op. cit.* P. 210–211; *Akehurst M. Op. cit.* P. 802.

²⁹ См.: *Akehurst M. Op. cit.* P. 802.

³⁰ См.: ICJ. *Maritime Delimitation in the Area between Greenland and Jan Mayen (Denmark v. Norway)* (Separate opinion of Judge Weeramantry) // ICJ Reports. 1993. P. 38, 231–232;

Поэтому был выдвинут аргумент, что, оценивая убытки по принципу справедливости, коллегия по разрешению споров попросту толкуют существующие нормы международного права и тем самым применяют мягчайший вид справедливости, то есть справедливость *infra legem*³⁴. Как утверждается, это должно объяснять, почему коллегия по разрешению споров, применившая справедливость *infra legem*, не должна считаться вышедшей за пределы своих полномочий, ограниченных оценкой компенсации по правилам международного права³⁵.

Но такой аргумент порождает другой вопрос: если верно, что, применяя справедли-

вость *infra legem*, коллегия по разрешению споров допустимым образом толкует нормы международного права, применимые в споре, остаётся неясным, какие именно нормы подвергаются толкованию в контексте оценки убытков по принципу справедливости. Представляются допустимыми следующие варианты.

Во-первых, применяя принцип справедливости, коллегия по разрешению споров может толковать норму второго порядка о размере компенсации, причитающейся жертве международно-противоправного деяния³⁶, то есть норму о том, что «возмещение должно, насколько это возможно, сгладить все последствия противоправного деяния и восстановить ситуацию, которая, наиболее вероятно, имела бы место, если бы это деяние не было совершено»³⁷. Поскольку эта норма лишь устанавливает правило «если бы не» наиболее общим образом, но не предусматривает какой-либо конкретный способ оценки компенсации³⁸, коллегия по разрешению споров может толковать это неопределённое правило по своему усмотрению, не следуя предложенным сторонами толкованиям, и прийти к своему собственному «справедливому» способу оценки, который коллегия по разрешению споров сочтёт подходящим в обстоятельствах конкретного дела³⁹.

Во-вторых, указание на оценку убытков по принципу справедливости может свидетельствовать о том, что коллегия по разрешению споров истолковала правило о *бремени* доказывания, в результате чего сторона, требующая возмещения вреда, была фактически освобождена от обязанности доказать размер причинённого ей вреда. Именно так судья Агхассосени в своём особом мнении в деле *Мохтади против Ирана* подошёл к

предвосхитить любой аргумент о том, что подход состава арбитража к оценке убытков якобы был неожиданным для сторон, включая использование составом арбитража принципа справедливости.

³⁶ См.: *Pellet A. Op. cit.* P.729.

³⁷ PCIJ. *Case Concerning the Factory at Chorzów (Germany v. Poland) Merits* // PCIJ Rep Series A No. 17. 1928. P.47.

³⁸ См.: PCA. *Murphy Exploration & Production Company International v. Republic of Ecuador*. Case No.2012-16 (formerly AA 434). Partial Final Award of 6 May 2016. § 481; *Lauterpacht E. Op. cit.* P.243, 249–250.

³⁹ См.: ICSID. *Tidewater Inc et al v. The Bolivarian Republic of Venezuela*. Case No.ARB/10/5. Decision on Annulment of 27 December 2016. § 127; *Rumeli Telekom AS v. Republic of Kazakhstan*. Case No.ARB/05/16. Decision of the *ad hoc* Committee of 25 March 2010. § 149.

за пределы своей компетенции», но «при условии, что Суд [ООН] не действует *contra legem*»; *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited (Belgium v. Spain)*. P.333 (Separate opinion of Judge Ammoun) (отмечающее в отношении решений, отклоняющихся от обычных норм права, что, «если бы международный суд принял на себя такие полномочия, он назначил бы себя законодателем»).

Касательно справедливости *ex aequo et bono* см.: Statute of the ICJ. San Francisco, 26 June 1945. Art. 38(2). URL: <http://www.un.org/en/charter-united-nations/> (дата обращения: 27.10.2018); United Nations Convention on the Law of the Sea. Montego Bay, 10 December 1982. Art.293(2). URL: http://www.un.org/depts/los/convention_agreements/texts/unclos/unclos_e.pdf (дата обращения: 27.10.2018); Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States. Washington, 18 March 1965. Art. 42(3). URL: <https://treaties.un.org/pages/showDetails.aspx?objid=08000028012a925> (дата обращения: 27.10.2018); UNCITRAL Arbitration Rules. 2013. Art. 35(2). URL: <https://www.uncitral.org/pdf/english/texts/arbitration/arb-rules-2013/UNCITRAL-Arbitration-Rules-2013-e.pdf> (дата обращения: 27.10.2018); SCC Arbitration Rules. 2017. Art. 27(3). URL: https://sccestiute.com/media/40120/arbitrationrules_eng_webbversion.pdf (дата обращения: 27.10.2018); ICC Arbitration Rules. 2017. Art. 21(3). URL: <https://iccwbo.org/publication/arbitration-rules-and-mediation-rules/> (дата обращения: 27.10.2018).

³⁴ См.: *Lowe V. Op. cit.* P.56–58. См. также: *Lauterpacht E. Principles of Procedure in International Litigation* // *Recueil des Cours de l'Academie de Droit International*. 2011. Vol.345. P.387–530, 523–524.

³⁵ В контексте арбитража см.: *Schreuer Ch. The ICSID Convention: A Commentary*. Cambridge : Cambridge University Press, 2009. P.634–637; ICSID. *Amco Asia Corporation and others v. Republic of Indonesia*. Decision on the Application for Annulment of 16 May 1986. § 26–28; *MTD Equity Sdn Bhd v. Republic of Chile*. § 48; *Klöckner Industrie-Anlagen GmbH and others v. United Republic of Cameroon*. § 79. Однако по другим *leges arbitri* решение состава арбитража, отклоняющееся от процессуальных документов сторон по вопросам убытков, в некоторых обстоятельствах может быть обречено на отмену как «неожиданное решение». См.: во Франции, Cass civ (1) Case No. 785 (10-23.321) (29 June 2011). Ср.: в Швейцарии, BGer Case No. 4A_322/2015 (27 June 2016). Ср.: в Швеции, Svea CA, Case No. T 745-06 (28 November 2008); Svea CA, Case No. T 2484-11 (10 April 2013). В то же время, если от состава арбитража требуется присудить, как это часто бывает на практике, помимо прочего, «любое другое средство защиты, которое состав арбитража сочтёт применимым», это может

пониманию оценки убытков по принципу справедливости, использованной большинством коллегии в этом деле⁴⁰.

В-третьих, ссылаясь на справедливость, коллегия по разрешению споров могла истолковать правило о *стандарте* доказывания, что могло привести к снижению стандарта доказывания размера вреда, которому должны удовлетворять доказательства для цели успешного взыскания убытков. Действительно, в деле «Текмед» против Мексики состав арбитража заключил, что оценка убытков по принципу справедливости сохраняет бремя доказывания размера вреда на истце, но при этом достаточно представить доказательства размера вреда, удовлетворяющие стандарту *prima facie*, чтобы перенести бремя доказывания на ответчика⁴¹.

Есть также и другой способ объяснить оценку убытков по справедливости, чтобы такую оценку можно было считать соответствующей пределам компетенции коллегий по разрешению споров. Концептуально этот способ отличается от приравнивания оценки убытков по справедливости к применению справедливости *infra legem* и толкованию норм международного права. В частности, состав арбитража, который полагал, что применяет к оценке убытков принцип справедливости, мог попросту произвести свободную оценку представленных в дело *доказательств* вместо того, чтобы менять какие-либо действующие *нормы* международного права по вопросам возмещения вреда, бремени или стандарта доказывания⁴². Иными сло-

вами, коллегия по разрешению споров могла сделать из представленных сторонами доказательств такие выводы, что иск о возмещении вреда удовлетворял бы нормам права в их виде, применимом по умолчанию. В то же время коллегия избегала бы попыток сделать эти нормы права менее строгими с помощью справедливости *infra legem*, чтобы нормы в результате их истолкования приобрели содержание, которому удовлетворяли бы представленные доказательства.

Какой бы из этих вариантов ни был верным, все они приводят к выводу, что, оценивая убытки по принципу справедливости в рамках изложенного выше понимания, коллегия по разрешению споров не выходит за пределы своей компетенции в толковании норм права или оценке фактов. В принципе, нет логических причин исключать также и сценарий, в котором, осуществляя оценку убытков по принципу справедливости, коллегия по разрешению споров выходит за пределы имеющегося у них усмотрения и применяют справедливость *contra legem* с выходом за пределы компетенции⁴³. В любом случае какие-либо рассуждения об этом сценарии должны вестись с осторожностью, поскольку государства в нескольких случаях уже выразили общее одобрение практики оценки убытков по принципу справедливости⁴⁴.

«справедливость» и «приближение» как взаимозаменяемые. Например, в деле *Starrett против Ирана* Трибунал по претензиям между США и Ираном столкнулся с многочисленными неопределённостями при оценке спорного актива и счёл себя «обязанным использовать свою свободу усмотрения и «определить по принципу справедливости» соответствующую сумму» (IUSCT. *Starrett Housing Corporation v. Government of the Islamic Republic of Iran*. Case No.24. Award No. 314-24-1 of 14 August 1987. § 339. Однако в последующей практике Трибунал ссылаясь на дело *Starrett v. Iran* как на пример «приближения» суммы убытков. См.: IUSCT. *Harold Birnbaum v. The Islamic Republic of Iran*. Case No.967. Award No. 549-967-2 of 6 July 1993. § 49; IUSCT. *Frederica Lincoln Riahi v. The Government of the Islamic Republic of Iran*. Case No.485. Award No.600-485-1 of 27 February 2003. § 414 (in 166).

⁴³ К тому, чтобы не исключать такой сценарий, подталкивает и аргумент Ирмгард Марбое о том, что принцип справедливости, в отличие от свободы усмотрения, «не имеет места в современном инвестиционном арбитраже». См.: *Marboe I. Calculation of Compensation and Damages in International Investment Law*. Oxford : Oxford University Press, 2009. § 3.311, 3.324; *Elrifai S.N.* Op. cit. P. 870–872 (соглашается с И. Марбое).

⁴⁴ См.: International Tribunal for the Law of the Sea. *M/V «Saiga» (No. 2) (Saint Vincent and the Grenadines v. Guinea)*. Memorial of St Vincent and Grenadines of 19 June 1998. § 185 (Dabinovic on behalf of St Vincent and Grenadines) (цитирующий с одобрением дела ЕСПЧ и МАСПЧ в пользу оценки не-

⁴⁰ См.: IUSCT. *Jahangir Mohtadi v. The Government of the Islamic Republic of Iran*. Case No.271. Award No. 573-271-3 of 2 December 1996. Section 4.1 (Dissenting opinion of Judge Aghahosseini) (утверждается, что, оценив убытки истцов по принципу справедливости, большинство вместо того, чтобы отказать истцам в иске по мотиву невынесения бремени доказывания, перераспределило само бремя доказывания).

⁴¹ См.: ICSID. *Técnicas Medioambientales Tecmed SA v. The United Mexican States*. Case No.ARB(AF)/00/2. Award of 29 May 2003. § 190. Честер Браун полагает, что применение стандарта доказывания *prima facie*, в котором он видит скорее вопрос бремени доказывания, не соответствует международной практике: *Brown Ch. A Common Law of International Adjudication*. Oxford : Oxford University Press, 2007. P. 95–96. Это подтверждает, что применение стандарта доказывания *prima facie* может быть результатом процесса толкования более традиционного стандарта доказывания, устанавливающего необходимость перевеса доказательства. См. также: ICSID. *Gold Reserve Inc v. Bolivarian Republic of Venezuela*. Case No.ARB(AF)/09/1. Award of 22 September 2014. § 686.

⁴² См.: *Cheng B.* Op. cit. P.210–211; *Lapidot R.* Op. cit. P.145. Коллегии по разрешению споров часто используют термины

Как было продемонстрировано в этом разделе, можно предложить несколько способов привести оценку компенсации по принципу справедливости в соответствие с мандатами коллегий по разрешению споров, которым предписано оценивать убытки исключительно на основании международного права. Далее в статье варианты, предложенные в этом разделе, будут протестированы против того, как коллегии осуществляют оценку убытков по принципу справедливости на практике. Целью данного упражнения будет заключить, соответствуют ли оценки убытков по принципу справедливости, произведённые коллегиями в категориях дел, которые будут подвергнуты анализу, пределам их компетенции, ограниченным оценкой компенсации по международному праву.

4. Принцип справедливости и убытки в размере, не подтверждённом достаточным количеством доказательств, в отсутствие объективных причин

Доказательства размера понесённых убытков, представляемые на рассмотрение коллегий по разрешению споров, не всегда удовлетворительны, и зачастую на это отсутствуют объективные причины. В делах, которые будут рассмотрены в данном разделе, коллегии по разрешению споров ссылались на принцип справедливости, когда они были уверены в том, что причинение вреда имело место, но количества представленных доказательств было недостаточно, чтобы произвести в должной степени информированную оценку убытков⁴⁵. В настоящем разделе будет сделано утверждение, что в соответствующих делах коллегии могут или использовать име-

ющуюся у них свободу усмотрения в части оценки представленных доказательств, или толковать *infra legem* одну из размытых по содержанию норм международного права по вопросу стандарта доказывания. Как объяснялось ранее, отсылки к справедливости, имеющие настолько ограниченное влияние на процесс оценки убытков, не могут быть восприняты как свидетельство выхода арбитрами за пределы полномочий.

Показательно дело *Доган против Туркменистана*, инициированное на основании Конвенции о порядке разрешения инвестиционных споров между государствами и иностранными лицами 1965 года и двустороннего договора о защите инвестиций между Германией и Туркменистаном. В этом деле состав арбитража установил, что Туркменистан экспроприировал яичную ферму, косвенно принадлежащую г-ну Догану, а затем перешёл к оценке суммы убытков, подлежавшей выплате г-ну Догану по стандартам международного обычая. Однако г-н Доган не представил доказательств объёмов производства и цен реализации произведённых товаров за прошлые годы, хотя эти доказательства были критически важны для удовлетворения требования г-на Догана о компенсации упущенной выгоды. Представленные сторонами отчёты экспертов оценивали объёмы производства и цены, исходя из различных общих руководств по управлению птицефабриками, но не использовали производственные показатели той яичной фермы, которая была подвергнута экспроприации. Состав арбитража постановил, что представленные доказательства «лучше всего можно было описать как фрагментарные и скудные», и тем не менее присудил г-ну Догану убытки, основываясь на представленных доказательствах, хотя присужденная сумма могла и не отражать всего размера убытков г-на Догана.

Когда было предъявлено заявление об отмене решения на том основании, что в ходе оценки убытков состав арбитража действовал *ex aequo et bono* и тем самым вышел за пределы полномочий, Комитет *ad hoc* Международного центра по урегулированию инвестиционных споров (*далее* — Комитет *ad hoc* МЦУИС) не согласился с таким аргументом и постановил, что решение состава арбитража не содержало какой-либо ошибки, которая могла бы привести к отмене решения

имущественного ущерба по принципу справедливости); Ibid. ITLOS/PV.99/18, 33:13-14 of 20 March 1999 (von Brevem on behalf of the Republic of Guinea) (заявивший, что размер убытков, которые будут присуждены, в любом случае должен быть «разумным и справедливым»); IACHR. *Kimel v. Argentina*. Case No. 177. Judgment of 2 May 2008. § 108, 110 (Аргентина просила МАСПЧ оценить имущественный ущерб жертв по принципу справедливости); ICJ. *Ahmadou Sadio Diallo (Republic of Guinea v. Democratic Republic of the Congo)*. Counter-Memorial of the DRC of 21 February 2012. § 1.12 (отсылающий к оценке неимущественного ущерба по принципу справедливости в деле *Ивон Нептун (Yvon Neptune) против Гаити*, разрешённом МАСПЧ).

⁴⁵ Ср.: *Gray Ch. Judicial Remedies in International Law*. Oxford : Oxford University Press, 1990. P. 19–20.

в соответствующей части. С точки зрения Комитета *ad hoc* МЦУИС, «между достаточностью и отсутствием доказательств име[лась] большая разница»⁴⁶. Кроме того, хотя документы, представленные для цели оценки составом арбитража убытков, были очень ограничены по объёму, «само по себе то обстоятельство, что документы не содержали информации о ценах и объёмах производимых [фермой] товаров, не обязывало состав арбитража, с точки зрения права, закрывать глаза на эти документы или полностью исключать их из документов, которые могли быть положены в основу оценки убытков. <...> Состав арбитража волен делать выводы из представленных доказательств или отказов представить доказательства»⁴⁷.

Идея решения Комитета *ad hoc* МЦУИС в деле *Доган против Туркменистана* в том, что у коллегии по разрешению споров, не локализованной в какой-либо юрисдикции, имеется обязанность отклонить иск о возмещении имущественного вреда и отсутствует свобода усмотрения только в случае полного отсутствия доказательств размера таких убытков в материалах дела. В иных ситуациях, когда представлены хотя бы некоторые подтверждения размера убытков, какие бы они ни были скудные, коллегия по разрешению споров обладает свободой усмотрения при оценке доказательственной силы таких подтверждений, принимая во внимание также и убедительность доказательств, представленных (если применимо) другой стороной⁴⁸. Как будет ясно из анализа ниже, именно в

этом состоит принцип, который применяют все коллегии по разрешению споров, сталкивающиеся со скудными доказательствами размера имущественного вреда, заявленного к взысканию, под предлогом принципа справедливости.

Действительно, с одной стороны, коллегии по разрешению споров, сталкивающиеся с полным отсутствием доказательств самого факта причинения имущественного вреда⁴⁹ или размера такого вреда⁵⁰, склонны отклонять иски о возмещении вреда, неспособные найти какую-либо зацепку для применения принципа справедливости или использования свободы усмотрения при оценке доказательств. С другой стороны, когда некоторые доказательства, подтверждающие размер причинённого имущественного вреда, всё же представляются, коллегии без труда рассчитывают размер причинённого имущественного вреда со ссылкой на принцип справедливости. Приводимые ниже примеры демонстрируют, что, когда коллегии, сталкивающиеся со скудными доказательствами размера убытков, ссылаются на принцип справедливости при оценке имущественного вреда, они лишь используют имеющуюся у них свободу усмотрения в выводах из доказательств (пусть даже и скудных), имеющихся в материалах дела, как следует из дела *Доган против Туркменистана*.

В связи с этим показательное дело «Агрокомплекс» против Украины. В этом деле ЕСПЧ признал Украину ответственной за нарушение статьи 6(1) ЕКПЧ и статьи 1 Протокола 1 к ЕКПЧ, выразившееся в уменьшении суммы долга, осуществлённом по указанию исполнительной власти Украины путём пересмотра вынесенного ранее решения украинского суда, подтвердившего долг украинской государственной компании «ЛиНОС» перед ЗАО «Агрокомплекс». Далее ЕСПЧ обратил-

⁴⁶ ICSID. *Adem Dogan v. Turkmenistan*. Case No. ARB/09/9. Decision on Annulment of 15 January 2016. § 156.

⁴⁷ Ibid. § 158.

⁴⁸ По сути, такой подход повторяет общее правило, применяемое коллегиями по разрешению споров к оценке доказательств любого рода, даже вне контекста убытков: *Shufeldt claim (USA v. Guatemala)* // RIAA. 1930. Vol. 2. P. 1079, 1083; ICJ. *Arbitral Award Made by the King of Spain (Honduras v. Nicaragua)*. Judgment of 23 December 1906 // ICJ Reports. 1960. P. 192, 215–216; *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)* // ICJ Reports. 1986. P. 14, 40; IACHR. *Hilaire and Others v. Trinidad and Tobago*. Case No. 9. Judgment of 21 June 2002. § 65; ECtHR. *Janowiec and others v. Russia*. Merits and just satisfaction. Applications nos. 55508/07 and 29520/09. Judgment of 21 October 2013. § 208; ICSID. *Asian Agricultural Products Ltd v. Republic of Sri Lanka*. Case No. ARB/87/3. Final Award of 27 June 1990. § 56; Cheng B. *General Principles of Law as Applied by International Courts and Tribunals*. Cambridge: Cambridge University Press, 2006. P. 307; *Amerasinghe Ch. F. Evidence in International Litigation*. Leiden: Brill/Nijhoff, 2005. P. 186–188.

⁴⁹ См.: SCC. *Mohammad Ammar Al-Bahloul v. The Republic of Tajikistan*. Case No. V (064/2008). Final Award of 8 June 2010. § 95–99; ICSID. *Biwater Gauff (Tanzania) Ltd v. United Republic of Tanzania*. Case No. ARB/05/22. Award of 24 July 2008. § 801–806; *AES Corporation v. Republic of Kazakhstan*. Case No. ARB/10/16. Award of 1 November 2013. § 469; *MNSS BV v. Montenegro*. Case No. ARB(AF)/12/8. Award of 4 May 2016. § 356.

⁵⁰ См.: French-Venezuelan Commission. *Heirs of Jean Maninat (France v. Venezuela)* // RIAA. 1905. Vol. 10. P. 55, 82; ICSID. *Caratube International Oil Company LLP v. Republic of Kazakhstan*. Case No. ARB/13/13. Award of the Tribunal of 27 September 2017. § 1152, 1160.

ся к подсчёту «справедливой компенсации» с тем, чтобы «осуществить исправление последствий [нарушения] таким образом, чтобы восстановить, насколько это возможно, положение, существовавшее до нарушения»⁵¹, тем самым, по сути, применяя принцип, установленный в деле «*Корзоу Фэктори*». Будучи уверенным, что заявителю был причинён ущерб, ЕСПЧ посчитал, что ЗАО «Агрокомплекс» имело право на присуждение убытков в сумме, присуждённой в изначальном решении суда, за минусом стоимости акций местного НПЗ «ЛиНИК», переданных компанией «ЛиНОС» в пользу ЗАО «Агрокомплекс» для цели погашения долга. Однако сторонами оспаривались и сумма, присуждённая в изначальном решении суда, и стоимость акций. ЗАО «Агрокомплекс» представило несколько доказательств, включая два отчёта экспертов, в поддержку своего иска об убытках и заявило, что стоимость переданных ему акций НПЗ «ЛиНИК» стремилась к нулю. Напротив, Украина заявила, что передачей акций НПЗ «ЛиНИК» от компании «ЛиНОС» в пользу ЗАО «Агрокомплекс» долг был полностью погашен. ЕСПЧ заключил, что представленные ЗАО «Агрокомплекс» экспертные заключения не могли быть приняты как убедительные доказательства суммы убытков, подлежащей выплате, в частности ввиду ограниченности информации, положенной в основу этих отчётов⁵². Надёжность же других представленных доказательств оценить было невозможно, а иных доказательств представлено не было⁵³. Приняв номинальную сумму, присуждённую в изначальном решении суда, как «единственную отправную точку» для оценки суммы справедливой компенсации, ЕСПЧ решил осуществить «оценку в общем» и присудить ЗАО «Агрокомплекс» 27 млн евро «по принципу справедливости»⁵⁴.

Представляется, что в деле «*Агрокомплекс*» против Украины ЕСПЧ был уверен в том, что жертве был причинён ущерб. Отклонив большинство представленных доказательств, ЕСПЧ пришёл к конечной сумме убытков, опираясь на свою свободную оценку доказательства номинальной суммы, ука-

занной в изначальном решении суда, которое оставалось в материалах дела, причём это доказательство ЕСПЧ назвал «единствен[ой] отправн[ой] точк[ой]» в оценке убытков. По этой причине аккуратное прочтение дела «*Агрокомплекс*» против Украины даёт понять, что ЕСПЧ в этом деле не использовал ни одного из видов справедливости, хотя он и сослался на принцип справедливости в решении. Принятое ЕСПЧ решение присудить жертвам некоторую сумму убытков, основываясь на ограниченном количестве доказательств в материалах дела, подтверждает правильность выводов, сделанных Комитетом *ad hoc* МЦУИС в деле *Доган против Туркменистана*, о котором речь шла выше.

Отголоски этих выводов можно услышать и в делах МАСПЧ. Одним из дел, в котором МАСПЧ рассматривал вопрос требований компенсации, плохо подтверждённых доказательствами, было дело *Артавиа Мурильо против Коста-Рики*, в котором МАСПЧ признал Коста-Рику ответственной за нарушение АКПЧ, выразившееся в установлении на её территории запрета искусственного оплодотворения⁵⁵. Сумма имущественного вреда, предъявленная жертвами к возмещению, включала затраты на поездки за рубеж, чтобы получить доступ к такому виду оплодотворения. МАСПЧ начал свой анализ убытков с напоминания о том, что стороны обязаны «представить доказательства причинённого им ущерба» даже в условиях, когда они требуют возмещения по принципу справедливости⁵⁶. Затем МАСПЧ заключил в отношении меньшей группы жертв, что представители не представили доказательств размера имущественного вреда, а в отношении большей группы жертв — что представители представили необходимые доказательства, но в неудовлетворительной форме, в частности используя различные валюты и не объясняя применённые курсы обмена⁵⁷. МАСПЧ постановил, что «это не задача суда — определять стоимость доллара на дату каждого счёта или документарного доказательства», и в то же время не исключил эти доказательства из материалов дела. Наоборот, МАСПЧ поста-

⁵¹ ECtHR. *Agrokompleks v. Ukraine*. Just satisfaction. Application no. 23465/03. Judgment of 25 July 2013. § 74.

⁵² См.: Ibid. § 86.

⁵³ См.: Ibid. § 89.

⁵⁴ Ibid. § 92, 94.

⁵⁵ См.: IACHR. *Artavia Murillo et al. ("In Vitro Fertilization") v. Costa Rica*. Case No. 257. Judgment of 28 November 2012. § 317.

⁵⁶ См.: Ibid. § 320, 352.

⁵⁷ См.: Ibid. § 351, 353, 354.

новил, что он мог «презумировать, что эти поездки повлекли расходы на перелёт и проживание», и присудил возмещение имущественного вреда обеим группам жертв, «основываясь на принципе справедливости».

В деле *Артавиа Мурилло против Коста-Рики* МАСПЧ не сомневался, что жертвы большей группы понесли ущерб в некоторой сумме, и положил в основу подсчётов присуждённой суммы возмещения свободную оценку скудных доказательств расходов на поездки за рубеж, имевшихся в материалах дела. Весьма сомнительно, что МАСПЧ в этом деле использовал принцип справедливости, на который он сослался в решении, чтобы присудить некую случайно определённую сумму убытков, особенно учитывая, что МАСПЧ сам установил безусловную необходимость подтверждения заявленной к возмещению суммы убытков доказательствами в начале своего анализа возмещения имущественного вреда. Решение МАСПЧ присудить убытки в некоторой сумме всем жертвам, основываясь на скудных доказательствах, доступных ему, а не отказывать в иске в части взыскания убытков вовсе, соответствует подходу, принятому Комитетом *ad hoc* МЦУИС в деле *Доган против Туркменистана*, описанном выше.

Практика Трибунала по претензиям между США и Ираном идёт по тому же пути. Например, в деле *Левитт против Ирана* Трибунал постановил, что Организация Ирана по жилищному строительству нарушила договор с Международной строительной компанией (контролировалась гражданином США г-ном Левиттом) на строительство жилья в Иране тем, что не получила разрешение на поставку воды и не обеспечила беспрепятственный доступ к объекту в ходе гражданских беспорядков⁵⁸. Хотя в деле *Левитт против Ирана* не вставал вопрос установления противоправности деяния по международному праву, а договор был подчинён праву Ирана,

дело проливает свет на то, как коллегии по разрешению споров реагируют на скудные доказательства размера заявленного к возмещению имущественного вреда. Одним из видов имущественного ущерба, указанных г-ном Левиттом в иске, были расходы Нью-Йоркского офиса Международной строительной компании. Однако г-н Левитт не представил каких-либо доказательств размера данного вида ущерба, хотя такие доказательства, безусловно, были доступны ему как бенефициару. В то же время, поскольку было доказано, что четверо работников Нью-Йоркского офиса занимались этим проектом, и в материалах дела имелись доказательства расходов всего офиса за соответствующие годы, Трибунал большинством голосов постановил, что было разумно «подсчитать размер убытков, подлежащих присуждению, по принципу справедливости» и перераспределить расходы всего офиса на проект, который был предметом спора, в необходимой части⁵⁹. Тем самым, и несмотря на обманчивые ссылки на принцип справедливости, Трибунал фактически пришёл к присуждённой сумме путём свободной оценки доказательств расходов всего офиса, имевшихся в материалах дела, в отсутствие других доказательств, что соответствует выводам Комитета *ad hoc* МЦУИС в деле *Доган против Туркменистана*. Похожие примеры можно найти и в более ранних арбитражных решениях⁶⁰.

Таким образом, когда коллегии по разрешению споров решают оценить убытки, размер которых подтверждён только очень скудными доказательствами, исходя из принципа справедливости, представляется, что коллегии просто-напросто оценивают представленные доказательства в свободном порядке, и принцип справедливости на самом деле не играет в процессе оценки убытков никакой роли.

В то же время необходимо иметь в виду, что целью оценки коллегией по разрешению споров представленных доказательств является установление того, удовлетворяют ли такие доказательства существующему стандарту доказывания размера ущерба и достаточно ли этих доказательств, чтобы удовлетворить

⁵⁸ См.: IUSCT. *William J. Levitt v The Government of the Islamic Republic of Iran*. Case No. 209. Award No. 297-209-1 of 22 April 1987. Среди других дел, в которых Трибунал по претензиям между США и Ираном занавесил оценку скудных доказательств по своему усмотрению ссылками на принцип справедливости, см.: IUSCT. *Economy Forms Corp v. The Government of the Islamic Republic of Iran*. Case No. 165. Award No. 55-165-1 of 14 June 1983. Section III.3.c; IUSCT. *Eastman Kodak Company v. The Government of Iran*. Case No. 227. Award No. 514-227-3 of 1 July 1991. § 54.

⁵⁹ IUSCT. *William J. Levitt v. The Government of the Islamic Republic of Iran*. § 47–48.

⁶⁰ См.: French-Venezuelan Commission. *Company General of the Orinoco* // RIAA. 1905. Vol. 10. P. 184, 284.

иск полностью или в части. Однако стандарт доказывания размера ущерба в международном праве сам по себе является очень неопределённым, что оставляет коллегии ещё больше свободы усмотрения при оценке доказательств.

Рассмотрим широко цитируемый принцип касательно стандарта доказывания, согласно которому коллегия по разрешению споров необходимо установить с точностью лишь *факт* причинения ущерба, но не *размер* такого ущерба⁶¹. Точное содержание этого принципа неминуемо является неопределённым и потому приглашающим к использованию справедливости *infra legem*. Действительно, ядро данного принципа в том, что существуют два отдельных стандарта доказывания для установления факта и размера ущерба, то есть «с точностью» и «менее, чем с точностью» соответственно. Однако «точность» — это сам по себе термин, у которого отсутствует какое-то определённое содержание и наполнение. Довольно сложно оценить в абстрактном порядке, установление факта с вероятностью, в какое количество процентов будет считаться установлением факта «с точностью». Кроме того, поскольку принцип ставит содержание стандарта доказывания размера ущерба («менее, чем с точностью») в зависимость от установления содержания стандарта доказывания факта ущерба («с точностью»), это дополнительно приводит к размытости и неопределённости принципа и требует использования справедливости *infra legem* для его прояснения посредством толкования. Единственным ясным элементом данного принципа является его нижний порог, который не позволяет присуждать возмещение ущерба, когда доказательства его размера полностью отсутствуют⁶².

С точки зрения целей данного исследования, можно утверждать, что, когда коллегия по разрешению споров, сталкивающаяся со скудными доказательствами размера ущерба, решают исчислить сумму ущерба по принципу справедливости, они могут в процессе такого исчисления занижать применимый стандарт доказывания истолкованием указанного выше принципа с использованием справедливости *infra legem* ввиду неопределённости самого этого принципа. Это позволяет ограниченными доказательствами, которых иначе было бы недостаточно, удовлетворить более низкий стандарт доказывания, полученный таким образом.

Как было продемонстрировано в данном разделе, коллегия по разрешению споров часто ссылаются на принцип справедливости в делах, в которых ущерб был явно нанесён, но размер этого ущерба был подтверждён только скудными доказательствами. Лучшим способом примирить такие отсылки к справедливости с пределами компетенции составов арбитражей по подсчёту убытков только на основании международного права является представление таких отсылок как свидетельств использования коллегиями имеющейся у них свободы усмотрения в оценке ограниченных доказательств, имеющихся в материалах дела. Такая свобода, в свою очередь, может следовать из неопределённости правила о стандарте доказывания размера ущерба, которое может подвергаться толкованию коллегией с использованием справедливости *infra legem*. Важно, что, даже когда коллегия свободно оценивали ограниченные доказательства или истолковывали неопределённое правило о стандарте доказывания, они не признавали, что возмещение можно присудить и без каких-либо доказательств размера причинённого вреда вовсе.

5. Принцип справедливости и убытки в размере, не подтверждённом достаточным количеством доказательств, в силу объективных причин

Пробелы в доказательствах, подтверждающих размер ущерба, — не всегда вина истца. Время от времени предоставление целостной доказательственной базы в части размера ущерба может находиться за пределами воз-

⁶¹ См.: *Robert John Lynch (Great Britain) v. United Mexican States*. Decision of 8 November 1929 // RIAA. 1929. Vol. 5. P. 169, 170; *Impregilo SpA v. Argentine Republic*. Case No. ARB/07/17. Award of 21 June 2011. § 371; *Crystallex International Corporation v. Bolivarian Republic of Venezuela*. Case No. ARB(AF)/11/2. Award of 4 April 2016. § 868, 871, 875–876; UNCC. Report and recommendations made by the Panel of Commissioners concerning Part One of the First Instalment of claims by governments and international organizations, UN Doc. S/AC.26/1997/6 (18 December 1997). См.: African Court on Human and Peoples' Rights. *Lohe Issa Konate v. Burkina Faso*. Application no.004/2014. Judgment on Reparations of 3 June 2016. § 37–41.

⁶² См.: *Akehurst M.* Op. cit. P. 802, а также дела, указанные в сноске 58 выше.

возможностей истца. В таких ситуациях коллегии по разрешению споров часто считают себя вправе оценить убытки по принципу справедливости в ситуациях, когда не вызывает сомнений, что ущерб был причинён, и имеются некоторые доказательства, которые могут быть использованы как отправной пункт для оценки. В данном разделе будет заявлен аргумент, что в таких делах коллегии, применяющие принцип справедливости, толкуют правила о бремени и стандарте доказывания, применимые по умолчанию, с использованием справедливости *infra legem* таким образом, что добавляют к этим правилам исключения, основанные на справедливости. Если именно таким образом подходить к отсылкам коллегий к принципу справедливости в аналогичных делах, то подобные отсылки не будут выходить за пределы имеющейся у коллегий компетенции.

Например, в деле *Мохтади против Ирана* Трибунал по претензиям между США и Ираном заключил, что принятое в 1979 году законодательство Ирана о земельной реформе и связанные с ним действия госорганов нарушили право истца на участок земли в Тегеране и составили «иные меры, затрагивающие права собственности» в контексте статьи II(1) Декларации о разрешении споров⁶³. Таким образом, перед Трибуналом стояла задача, помимо прочего, оценить земельный участок, затронутый принятыми Ираном мерами. Однако Трибунал заключил, что отчёты об оценке, представленные обеими сторонами, были неполноценными⁶⁴. При этом Трибунал указал, что Иран мог легко сделать представленный им отчёт более совершенным, поскольку у Ирана был доступ к государственной статистике, документам налогового учёта и записям о регистрации сделок с сопоставимым имуществом в 1979 году. В то же время истцы были в «явно более слабом положении в части сбора доказательственных материалов, находящихся в государственных органах Ирана»⁶⁵. Ввиду данных обстоятельств Трибунал не оставил истцов без компенсации, но решил «оценить участок земли в сумме, которая будет разумной и справедливой, если принять во внимание все обстоя-

тельства дела»⁶⁶. Трибунал оценил участок земли в сумму 600 000 долларов США — сумму, которая находилась посередине между суммами, указанными экспертами истца и ответчика, тем самым фактически снизив бремя и стандарт доказывания, которые должен был удовлетворить истец⁶⁷.

Обстоятельства, с которыми столкнулся истец, привели Трибунал по претензиям между США и Ираном к необходимости получить *infra legem* толкование применимых по умолчанию правил о бремени и стандарте доказывания, чтобы учесть сложности, испытанные истцом при сборе доказательств размера понесённых им убытков. Решение Трибунала оценить размер ущерба по принципу справедливости может быть прочитано как основанное на дополнении правил о бремени и стандарте доказывания, применимых к позиции истца по вопросу убытков по умолчанию, исключениями, основанными на справедливости. Основанное на справедливости исключение, введённое Трибуналом, позволило ему снизить применимые бремя и стандарт доказывания и положить в основу своей оценки суммы ущерба неполноценные отчёты оценщиков, представленные в материалы дела, что качественно отличается от оценки суммы ущерба при полном отсутствии доказательств.

Другие коллегии по разрешению споров также приходили к выводу, что, когда доказывание представляет особую сложность, может быть достаточно и набора доказательств, далёкого от исчерпывающего, например *prima facie* доказательств⁶⁸ или косвенных доказательств⁶⁹, хотя обстоятельства истца в любом

⁶⁶ Ibid. § 101. См. также: IUSCT. *William J. Levitt v. The Government of the Islamic Republic of Iran*. Section 2.B (Dissenting opinion of Judge Mustafavi).

⁶⁷ См.: IUSCT. *Jahangir Mohtadi v. The Government of the Islamic Republic of Iran*. Section 4.1 (Dissenting opinion of Judge Aghahosseini).

⁶⁸ См.: *Cheng B.* Op. cit. P. 323; процитировано с одобрением в: ICSID. *Asian Agricultural Products Ltd v. Republic of Sri Lanka*. Case No. ARB/87/3. Final Award of 27 June 1990. § 56; *Zhinvali Development Ltd v. Republic of Georgia*. Case No. ARB/00/1. Award of 24 January 2003. § 311). См. также: *Robert John Lynch (Great Britain) v. United Mexican States*. P. 17, 19; IUSCT. *Sola Tiles Inc v. Government of the Islamic Republic of Iran*. Case No. 317. Award No. 298-317-1 of 22 April 1987. § 52; UNCC. Report and recommendations made by the Panel of Commissioners concerning individual claims for serious personal injury or death, UN Doc. S/AC.26/1994/1 33–34 (26 May 1994).

⁶⁹ В деле *о проливе Корфу* Суд ООН посчитал трудности истца в получении доказательств весомым фактором, способным

⁶³ IUSCT. *Jahangir Mohtadi v. The Government of the Islamic Republic of Iran*. § 58–71.

⁶⁴ См.: Ibid. § 93–99.

⁶⁵ Ibid. § 100.

случае не позволят истцу избежать доказывания вовсе⁷⁰. Однако пределы действия данного исключения необязательно будут покрывать конкретные обстоятельства дела, с которыми столкнётся коллегия. Следовательно, в ситуациях, когда представление доказательств размера ответственности находится за пределами возможностей истца, коллегия может толковать это исключение с тем, чтобы расширить пределы его действия, применяя справедливость *infra legem*, и распространить его на конкретный вопрос оценки ущерба, который требуется разрешить коллегии в соответствующем деле.

Отдельным случаем неспособности истца представить доказательства суммы убытков является случай, в котором такая неспособность истца вызвана международно-противоправным деянием ответчика. Общие принципы права не позволяют сторонам извлекать преимущества из противоправных действий, и справедливость *infra legem* способна помочь расширить пределы действия этого принципа до вопросов оценки убытков⁷¹.

Таким образом, когда истец не способен представить доказательства размера ущерба и коллегия по разрешению споров оценивают размер ущерба по принципу справедливости, роль принципа справедливости состоит в

том, что он способствует добавлению к применимым по умолчанию правилам о бремени и стандарте доказывания исключений из этих правил в порядке *infra legem*, основанные на справедливости. Эффект таких исключений состоит в ослаблении применимых бремени и стандарта доказывания без избавления от них полностью. Как было продемонстрировано, такая практика коллегий остаётся совместимой с их компетенцией оценивать убытки только на основании международного права как такового. Тот же вывод можно сделать в отношении оценки по справедливости видов убытков, сумма которых является неопределённой ввиду самой природы таких убытков.

6. Принцип справедливости и виды убытков, неопределённые по своей природе

Неопределённость является чертой, присущей моральному ущербу и некоторым видам имущественного ущерба. В делах, рассматриваемых в данном разделе, коллегия по разрешению споров ссылались на принцип справедливости в ситуациях, когда международно-противоправные деяния явно причиняли убытки, но сама природа соответствующего вида убытков предполагала неопределённость его размера. Как можно будет увидеть, в контексте морального ущерба принцип справедливости может быть осмыслен как инструмент, помогающий коллегиям дополнить в порядке *infra legem* применимые по умолчанию правила о бремени и стандарте доказывания исключениями, основанными на справедливости. Однако в случаях с некоторыми видами имущественного ущерба, неопределёнными по природе, анализ показал, что отсылки к справедливости приносят иные последствия в процесс определения размера ущерба. В частности, такие отсылки прикрывают свободную оценку коллегиями имеющихся в деле доказательств размера ущерба. Как указывалось, оба этих лица справедливости не выходят за пределы компетенции коллегий определять размер ущерба по международному праву.

Моральный ущерб — это типичный пример вида ущерба, который обычно оценивается на основании принципа справедливости ввиду присущей ему неопределённости. Возможность (или необходимость) оценки мо-

обосновать допустимость косвенных доказательств, но не полное освобождение от обязанности доказывания (см.: ICJ. *United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland v. Albania* // ICJ Reports. 1949. P.4, 18). См. также: *Nussbaum A. The Arbitration between the Lena Goldfields Ltd. and the Soviet Government* // Cornell Law Review. Vol.36. 1950. No. 1. P.31–53, 31, 44.

⁷⁰ См.: IUSCT. *Aram Sabet et al. v. The Islamic Republic of Iran*. Case No. 815/816/817. Award No. 598-815-816-817-2 of 28 November 2000. § 6; IUSCT. *W Jack Buckamier v. The Islamic Republic of Iran et al.* Case No. 941. Award No. 528-941-3 of 6 March 1992. § 67; IUSCT. *Hakim Kamran v. The Government of the Islamic Republic of Iran*. Case No. 953. Award No. 587-953-2 of 2 July 1998. § 89. См. также рекомендации Компенсационной Комиссии ООН, взывающие к аналогичному упражнению по балансировке: UNCC. Report and recommendations made by the Panel of Commissioners concerning Part One of the First Instalment of individual claims for damages above US\$100,000 (category “D” claims), UN Doc. S/AC.26/1998/1 (3 February 1998), § 76.

⁷¹ См.: *Ad hoc tribunal. Sapphire International Petroleum Ltd v. National Iranian Oil Company*. 35 ILR 136. Arbitral Award of 15 March 1963. § 188 (разрешен *ex aequo et bono*); ICSID. *Ioannis Kardassopoulos et al v. The Republic of Georgia*. Case No. ARB/05/18. Award of 3 March 2010. § 229; *Gemplus SA, et al v. The United Mexican States*. Case No. ARB(AF)/04/3. Award of 16 June 2010. § 13–69, 13–92, 13–99; UNCC. Report and recommendations made by the Panel of Commissioners concerning the First Instalment of “E/F” claims, UN Doc. S/AC.26/2001/6 (15 March 2001), § 66.

рального ущерба на основании принципа справедливости по стандартам международного обычая представляется неоспоримой после дела *Диалло*, в котором Суд ООН подтвердил, что «[п]одсчёт компенсации неимущественного ущерба с необходимостью поκειται на соображениях справедливости»⁷². Неопределённость, имманентно присущая этому виду ущерба, называлась в качестве причины для его оценки на основании принципа справедливости в отдельных мнениях судьи Гринвуда и судьи *ad hoc* Мампуйя и не может подвергаться сомнению всерьёз⁷³. Решения судов по правам человека также подтверждают, что причиной того, почему моральный вред по международному обычаю должен оцениваться со ссылкой на принцип справедливости, является неопределённость этого вида убытков⁷⁴. Действительно, даже Суд ООН в деле *Диалло* опирался на соответствующие решения МАСПЧ и ЕСПЧ.

Хотя обычно коллегии по разрешению споров обращаются к принципу справедливости только после подтверждения того, что моральный ущерб действительно был понесён, они не ожидают от частных лиц, пострадавших от международно-противоправных деяний, объёмных доказательств факта или размера ущерба⁷⁵. Даже доказательства ответственности государства могут использоваться в качестве доказательств факта или размера понесённого жертвой ущерба. Как отметил МАСПЧ в деле *Кампа Кампос против Эквадора*, «неимущественный ущерб

[был] очевиден, поскольку человеческой природе соответствует, что любое лицо, которое претерпело нарушение его или её прав человека, испытывает страдания»⁷⁶. Следовательно, в контексте морального вреда справедливость оказывает влияние на толкование применимых по умолчанию правил о бремени и стандарте доказывания до степени обогащения их основанными на справедливости исключениями. В этом контексте справедливость проявляет себя в ипостаси *infra legem*, поскольку совершенно естественно ослабить общее бремя и стандарт доказывания для цели оценки убытков, сумма которых является неопределённой по самой своей сути.

Что касается имущественных видов ущерба, примером ущерба, неопределённого по своей природе, является упущенная выгода, а также поток будущей денежной наличности, составляющей часть стоимости актива⁷⁷. Но в оценке упущенной выгоды принцип справедливости играет иную роль, нежели ту, которую он обычно играет в оценке морального ущерба. В деле *«Тоталь» против Аргентины* состав арбитража отметил, что неопределённости, которые не позволяют с точностью оценить «будущие убытки», с необходимостью позволяли составу арбитража руководствоваться собственной свободой усмотрения и принять во внимание факторы, берущие начало в справедливости, для цели оценки по международному обычаю доходов, которые могли быть получены в гипотетическом случае, если бы международно-противоправное деяние не имело места⁷⁸. Состав арбитража полагал, что оценка упущенной выгоды на основании соображений справедливости представляла собой применение справедливости *infra legem*, но не справедливости *praeter legem*⁷⁹. Но так как состав арбитража применил для оценки убытков метод дисконтированного потока денежной наличности, предполагающий множество допущений, и аккуратно оценил представленные в материалы дела доказательства таких убыт-

⁷² ICJ. *Ahmadou Sadio Diallo (Republic of Guinea v. Democratic Republic of the Congo)*. P.334.

⁷³ См.: Ibid. P.393 (Declaration of Judge Greenwood), 406 (Separate opinion of Judge *ad hoc* Mampuya).

⁷⁴ См.: IACHR. *Canitoral Benavides v. Peru*. C No. 88. Judgment of 3 December 2001. § 53; *The Constitutional Tribunal (Camba Campos et al) v. Ecuador*. Case No. 268. Judgment of 28 August 2013. § 301; *Véliz Franco et al. v. Guatemala*. Case No. 277. Judgment of 19 May 2014. § 295; *Expelled Dominicans and Haitians v. Dominican Republic*. Case No. 282. Judgment of 28 August 2014. § 483; African Court on Human and Peoples' Rights. *Abdoulaye Nikiema, Ernest Zongo, Blaise Ilboudo v. Burkina Faso*. § 61–62; ECtHR. *East West Alliance Limited v. Ukraine*. Application no. 19336/04. Judgment of 23 January 2014. § 250–251; *Blake C. Moral Damages in Investment Arbitration: A Role for Human Rights?* // Journal of International Dispute Settlements. Vol. 3. 2012. No. 2. P. 371–407, 384, 401.

⁷⁵ Исключением является неимущественный ущерб компании, который в данном контексте обычно означает ущерб деловой репутации и гудвиллу. В данном случае от жертвы ожидается, что она хотя бы установит наличие у неё деловой репутации и гудвилла, которым мог быть нанесён ущерб.

⁷⁶ IACHR. *The Constitutional Tribunal (Camba Campos et al) v. Ecuador*. § 299.

⁷⁷ Эти два понятия не должны смешиваться: UNCITRAL *Ad hoc Tribunal. Himpurna California Energy Ltd v. PT (Persero) Perusahaan Listrik Negara*. Award of 4 May 1999 // XXV Yearbook Commercial Arbitration. 2000. P. 13, 72–73.

⁷⁸ См.: ICSID. *Total SA v. The Argentine Republic*. Case No. ARB/04/01. Award of 27 November 2013. § 32 (n 39).

⁷⁹ См.: Ibid. § 32 (n 39).

ков, изначальная ссылка состава арбитража на принцип справедливости, как представляется, послужила попросту тем спасательным кругом, который позволил составу арбитража сделать необходимые приближения, где необходимо, основываясь на известных ему фактах. Принцип справедливости играет ту же роль в оценке упущенной выгоды в практике Трибунала по претензиям между США и Ираном⁸⁰ и ЕСПЧ⁸¹.

Как и в случае с моральным ущербом или упущенной выгодой, неопределённость присуща также ущербу в связи с утраченной возможностью или шансом. Так, в контексте нарушений статьи 1 Протокола 1 ЕСПЧ в нескольких делах осуществил оценку справедливой компенсации за утраченную возможность, основываясь на принципе справедливости. Например, в деле «*Басарба*» против *Болгарии* перед ЕСПЧ стояла задача оценить справедливую компенсацию за утраченную жертвой возможность купить у Болгарии магазин на особых условиях и затем развить в нём коммерческую деятельность. ЕСПЧ посчитал, что, в принципе, точный подсчёт суммы, способной полностью возместить имущественный ущерб её заявителю, был невозможен ввиду «природной неопределённости убытков, причинённых нарушением»⁸². ЕСПЧ заключил, что ввиду обстоятельств дела он должен был использовать принцип справедливости, учитывая, в частности, что дело касалось предпринимательской деятельности компании, которая предполагает рисковый характер и некоторую степень неопределённости в отношении использования и извлечения прибыли из приобретённого имущества⁸³. Поскольку ЕСПЧ отклонил экспертные отчёты, представленные обеими сторонами, как неспособные быть положенными в основу оценки убытков⁸⁴, данное дело не может быть прочитано как попытка ЕСПЧ снизить

порог каких-либо норм международного права, чтобы привести их в соответствие с представленными доказательствами. Напротив, указание ЕСПЧ на то, что он принял во внимание «все обстоятельства, которые стали известны ему в отношении компании заявителя и экономической ситуации в Болгарии»⁸⁵, наводит на мысль, что ЕСПЧ осуществил приближение понесённого ущерба, основываясь на доказательствах, имеющихся в деле, чтобы произвести свою собственную оценку убытков, которые он посчитал правильными присудить. Следовательно, принцип справедливости в этом деле должен был работать как способ развязать ЕСПЧ руки и облегчить осуществление приближений сумм убытков на основании доказательств в деле, а не как нечто, влияющее на толкование норм международного права⁸⁶.

Одна общая черта всех рассмотренных дел состоит в том, что коллегии по разрешению споров не использовали принцип справедливости в ситуациях, в которых факт того, что ущерб был понесён, не был установлен с точностью. С 1905 года известно, что принцип справедливости «не имеет ничего общего со щедростью»⁸⁷. Однако в ситуациях, в которых факт несения ущерба установлен, но размер соответствующего вида ущерба характеризуется природной неопределённостью, коллегии могут обращаться к принципу справедливости, чтобы оценить такой ущерб. Но эффект, который принцип справедливости имеет на оценку ущерба, отличается, в зависимости от того, о каком виде ущерба идёт речь. В контексте морального ущерба коллегии обычно используют справедливость как инструмент, способный помочь им получить необходимое толкование норм о бремени и стандарте доказывания размера понесённого ущерба. В то же время в контексте упущенной выгоды или ущерба от утраченной возможности отсылки коллегий к справедливости лучше следует понимать как нацеленные не на получение тол-

⁸⁰ См.: IUSCT. *Seismograph Service Corporation et al v. National Iranian Oil Company et al.* Case No.443. Award No. 420-443-3 of 31 March 1989. § 297–302, 305–306.

⁸¹ См.: ECtHR. *East West Alliance Limited v. Ukraine.* § 250–251, 261–262, 264.

⁸² ECtHR. *Basarba OOD v. Bulgaria.* Just satisfaction. Application no. 77660/01. Judgment of 20 January 2011. § 20. См. также: ECtHR. *Sildedzis v. Poland.* Application no. 45214/99. Judgment of 24 May 2005. § 58; *Shesti Mai Engineering OOD and Others v. Bulgaria.* § 102, 104.

⁸³ См.: ECtHR. *Basarba OOD v. Bulgaria.* § 26.

⁸⁴ См.: Ibid. § 24.

⁸⁵ Ibid. § 26.

⁸⁶ Ср.: *Caratube v. Kazakhstan II*, в котором состав арбитража отказался присуждать убытки за утраченную возможность по принципу справедливости из-за того, что истец не представил каких-либо доказательств размера данного вида убытков, ICSID. *Caratube International Oil Company LLP v. Republic of Kazakhstan.* Case No. ARB/13/13. Award of the Tribunal of 27 September 2017. § 1152, 1160.

⁸⁷ French-Venezuelan Commission. *Heirs of Jean Maninat (France v. Venezuela).*

кования каких-либо норм международного права, но на использование имеющейся у коллегий свободы усмотрения в оценке имеющих в деле доказательств убытков. Тем не менее независимо от эффекта, оказываемого принципом справедливости на оценку ущерба, оценка составами арбитражей видов ущерба, неопределённых по природе, на основании принципа справедливости представляется так или иначе совместимой с компетенцией коллегий, ограниченной оценкой ущерба по международному праву как таковому. То же суждение не будет верным в отношении дел *Диалло* и дела судна «*Арктик Санрайз*», к которым теперь переходит настоящая статья.

7. Развитие правил оценки ущерба по принципу справедливости в деле *Диалло* и деле судна «*Арктик Санрайз*»

Правила оценки ущерба по принципу справедливости недавно получили своё развитие в деле *Диалло* и деле судна «*Арктик Санрайз*». Хотя правильность исчисления коллегиями по разрешению споров морального ущерба по принципу справедливости не подвергается сомнению, нельзя сказать то же самое об исчислении ими по принципу справедливости имущественного ущерба. В данном разделе будет утверждаться, что обстоятельства дела *Диалло* и дела судна «*Арктик Санрайз*» не подпадали ни под одно из выявленных обстоятельств, в которых коллегия ранее обращалась к оценке имущественного ущерба по принципу справедливости. Более того, решения по этим делам нельзя прочесть как истолковывающие некую норму международного права в манере *infra legem* или основывающиеся на свободной оценке представленных в дело доказательств. В связи с этим, исчисляя имущественный ущерб по принципу справедливости, коллегии, вероятно, действовали за пределами предоставленного им полномочия оценить компенсацию на основании норм международного права как такового.

В деле *Диалло* Гвинейская Республика (далее — Гвинея) инициировала разбирательство в Суде ООН против Демократической Республики Конго (далее — Конго), предоставив дипломатическую защиту своему гражданину г-ну Диалло, который пострадал

от осуществлённых Конго международно-противоправных ареста и выдворения. После того как Суд ООН установил международную противоправность действий Конго, Гвинея потребовала компенсации причинённого г-ну Диалло морального ущерба, утраченных им личных вещей и денег на счетах, а также упущенных им вознаграждения и доходов, последовавших за его незаконным арестом и выдворением⁸⁸.

Суд ООН отклонил за отсутствием доказательств иск Гвинеи в части компенсации стоимости дорогостоящих личных вещей г-на Диалло, денег на его счетах, упущенного вознаграждения, в то время как рассмотрение иска о компенсации упущенных доходов Суд ООН посчитал выходящим за пределы той стадии разбирательства. Тем не менее Суд ООН присудил г-ну Диалло компенсацию причинённого ему морального ущерба и стоимости других личных вещей. Несмотря на отсутствие доказательств размеров этих видов убытков, Суд ООН оценил их по принципу справедливости⁸⁹. Очевидно, что, исчисляя убытки по принципу справедливости, Суд ООН полагал, что применяет справедливость *infra legem*, а не просто свободно оценивает представленные в дело доказательства, поскольку в деле попросту отсутствовали доказательства размера убытков, которые Суд ООН мог бы оценить⁹⁰.

Если принять, что, присуждая «компенсацию, основываясь на соображениях справедливости», Суд ООН применил справедливость *infra legem*, то в соответствии с установленными пределами применимости справедливости *infra legem* необходимо установить ту норму международного права, которую Суд ООН истолковал таким образом, что получил возможность присудить Гвинее компенсацию имущественного вреда. Как будет продемонстрировано, то, какая это могла быть норма, установить невозможно даже человеку с богатым воображением. Поэтому, в деле *Диалло* Суд ООН создал новую норму международного права и при-

⁸⁸ См.: ICJ. *Ahmadou Sadio Diallo (Republic of Guinea v. Democratic Republic of the Congo)*. P.333, 336, 338–339, 342–343.

⁸⁹ См.: Ibid. P.334–335, 337–338; Crawford J. *State Responsibility: The General Part*. Cambridge: Cambridge University Press, 2013. P.520.

⁹⁰ См.: ICJ. *Ahmadou Sadio Diallo (Republic of Guinea v. Democratic Republic of the Congo)*. P.337–338.

менил справедливость *contra legem* за пределами своей компетенции.

Это будет ясно из более детального рассмотрения обстоятельств дела. В частности, Суд ООН объяснил допустимость присуждения г-ну Диалло компенсации стоимости утраченных им личных вещей по принципу справедливости следующим образом:

«Несмотря на недостатки доказательства касательно имущества, указанного в списке, Суд понимает, что г-н Диалло жил и работал на территории Конго в течение более чем тридцати лет и, конечно, за это время он нажил личное имущество. <...> Суд принимает во внимание, что, как минимум, г-ну Диалло нужно было бы перевезти его личное имущество в Гвинею или договориться о его продаже в Конго. Таким образом, Суд не сомневается, что противоправные действия Конго причинили г-ну Диалло определённый имущественный ущерб в отношении личного имущества, которое находилось в квартире, в которой он жил, хотя и не будет разумным присудить к возмещению такую большую сумму, которую Гвинея требует по этому виду убытков»⁹¹.

Из этого абзаца понятно, что Суд ООН считал доказанным, что г-ну Диалло был причинён некий имущественный ущерб, несмотря на отсутствие доказательств размера этого ущерба в материалах дела. Возможно, переходя к оценке ущерба по принципу справедливости, Суд ООН подразумевал неясное правило о стандарте доказывания, описанное выше, согласно которому коллегии по разрешению споров необходимо с точностью установить лишь факт имущественного ущерба, но не его размер. Поэтому можно было бы утверждать, что Суд ООН посчитал себя вправе осуществить толкование этого правила ввиду его неопределённости с использованием справедливости *infra legem* таким образом, что получил возможность удовлетворить предъявленный иск о взыскании имущественного ущерба, пусть даже и в размере, не подтверждённом какими-либо доказательствами. В порядке альтернативы можно сказать, что Суд ООН ввёл основанное на справедливости исключение того же содержания.

Однако данное правило о стандарте доказывания, хотя и во многом неопределённое, всегда было ясным в том, что не позволяло удовлетворять иски о взыскании имущественного ущерба в ситуациях, в которых доказательства размера имущественного ущерба полностью отсутствуют⁹². В условиях, когда неопределённость данного аспекта правила отсутствовала, у Суда ООН не было оснований для того, чтобы переходить к толкованию этого правила с использованием справедливости *infra legem*. Также нельзя считать, что Суд ООН ввёл некоторое основанное на справедливости исключение из того же правила о стандарте доказывания. В отличие от морального ущерба и присущей ему неопределённости, в контексте имущественного ущерба отсутствует аналогичное абстрактное основанное на справедливости объяснение тому, чтобы удовлетворять иски на суммы, не подтверждённые доказательствами, а даже если такое объяснение и есть, Суд ООН его не дал. Поэтому даже если в *Диалло* у справедливости и были какие-то причины вмешаться, то та справедливость, которую применил Суд ООН, была справедливостью *contra legem* или *ex aequo et bono*, которая создала новую норму международного права и позволила оценить ущерб г-на Диалло от утраты его недорогостоящих личных вещей на основе этой новой нормы.

Тем не менее, как следует из заявления судьи Гринвуда, следующего за большинством судей и поэтому, возможно, проливающего свет на мотивировку большинства, Суд ООН также мог принять во внимание другие факторы, прежде чем перейти к оценке недорогостоящих личных вещей г-на Диалло по принципу справедливости. Судья Гринвуд разграничил дела, в которых истец попросту не представлял доступные ему доказательства, и дела, в которых истец не мог представить необходимые доказательства⁹³. По его мнению, только в делах последней группы оценка убытков на основании принципа справедливости была обоснованной. По мнению судьи Гринвуда в отношении отклонённых исков о возмещении имущественного вреда, Гвинея попросту не вынесла бремени доказывания

⁹² См. раздел 4 выше.

⁹³ См.: ICJ. *Ahmadou Sadio Diallo (Republic of Guinea v. Democratic Republic of the Congo)*. P.393 (Declaration of Judge Greenwood).

⁹¹ См.: ICJ. *Ahmadou Sadio Diallo (Republic of Guinea v. Democratic Republic of the Congo)*. P.337.

соответствующих видов убытков. Однако, что касается удовлетворённого иска о возмещении имущественного вреда, судья Гринвуд, видимо, имел в виду, что доказательства, которые способны были бы подтвердить размер явно причинённого имущественного ущерба, были утеряны с выдворением г-на Диалло, и поэтому оценка данного вида ущерба по принципу справедливости была допустима. Словами судьи Гринвуда:

«Из материалов дела ясно, что г-н Диалло был выдворен без возможности позаботиться о судьбе его личных вещей и что Конго не предпринимала каких-либо попыток защитить его квартиру. При таких обстоятельствах я счёл доказанным, что некий ущерб должен был быть причинён, и проголосовал в пользу того, чтобы присудить 10 000 долларов США в отношении этой части иска»⁹⁴.

Здесь судья Гринвуд мог принять во внимание трудности г-на Диалло, связанные с представлением доказательств размера причинённого ему ущерба, введя менее строгое основанное на справедливости исключение из общего правила о стандарте доказывания. Ранее было продемонстрировано, что, когда доказывание представляло особую сложность, коллегии по разрешению споров прибегали к введению основанных на справедливости исключений из общего правила о стандарте доказывания в манере *infra legem*, что позволяло им считать размер ущерба доказанным в условиях меньшего объёма доказательств. Однако до сегодняшнего дня объём таких основанных на справедливости исключений не заходил настолько далеко, чтобы позволить удовлетворить иск о возмещении убытков при полнейшем отсутствии доказательств размера таких убытков, на какие бы обстоятельства истец ни ссылался⁹⁵. Поэтому

судья Гринвуд не мог применять такое основанное на справедливости исключение *per se*. При этом судья Гринвуд не указал, чем обстоятельства г-на Диалло отличались от обстоятельств, в которых находились истцы в предыдущих делах, чтобы можно было расширить объём соответствующего основанного на справедливости исключения и присудить возмещение убытков в сумме, вовсе не подтверждённой доказательствами. Следовательно, данное основанное на справедливости исключение, даже расширенное посредством толкования, не могло быть тем, что судья Гринвуд хотел применить, чтобы присудить компенсацию за утрату недорогостоящих личных вещей в деле *Диалло*. Следовательно, находясь в рамках этого предположения и принимая, что для вмешательства справедливости всё же имелись некие основания, представляется весьма вероятным, что той справедливостью, которую в деле *Диалло* применил судья Гринвуд и потенциально Суд ООН, чтобы создать новую норму международного права с выходом за пределы полномочий и подсчитать убытки на её основании, была справедливость *contra legem* или *ex aequo et bono*.

Судья Гринвуд также мог принять во внимание такие действия Конго, как выдворение г-на Диалло и необеспечение сохранности его квартиры, которые могли повлечь неспособность г-на Диалло представить доказательства размера причинённого ущерба. Если бы судья Гринвуд назвал эти действия Конго противоправными, можно было бы рассуждать о том, применил ли или расширил судья Гринвуд тем самым основанное на справедливости исключение, не позволяющее спорящим сторонам извлекать преимущество из своего противоправного поведения, в том числе на стадии оценки размера ущерба. Однако судья Гринвуд не указывал неправомерность действий Конго по национальному или международному праву в числе причин для ослабления правила о бремени или стандарте доказывания⁹⁶. Следовательно, судья Гринвуд не

⁹⁴ См.: ICJ. *Ahmadou Sadio Diallo (Republic of Guinea v. Democratic Republic of the Congo)*. P.393.

⁹⁵ Ср.: *Mexico City Bombardment Claims (Great Britain v. United Mexican States)* // RIAA. 1930. Vol. 5. P.76, 80–81. В данном деле британские граждане потеряли имущество в ходе эвакуации из мексиканской гостиницы, которая была занята революционерами. «Внутри или снаружи здания не было никого, кто мог бы знать, какие вещи должны были остаться в комнатах». Поэтому состав арбитража был не в состоянии сопоставить какие-либо описи на момент до и после занятия гостиницы революционерами, и иные доказательства размера убытков также не могли быть представлены. Тем не менее состав арбитража посчитал себя компетентным оценить убытки со ссылкой на стоимость обычного набора вещей типичного резидента данной гостиницы. Однако состав арбитража вывел

данную компетенцию из своего прямого полномочия разрешать споры «в соответствии с принципами справедливости». См.: *John Gill (Great Britain v. United Mexican States)* // RIAA. 1931. Vol. 5. P.157, 158 (the Mexican Agent on behalf of the United Mexican States).

⁹⁶ См.: ICSID. *Caratube International Oil Company LLP v. Republic of Kazakhstan*. § 1156, 1160.

мог держать в голове, применить или подвергнуть толкованию это основанное на справедливости исключение. Это также заставляет предположить, что, оценивая имущественный ущерб по принципу справедливости, судья Гринвуд и, вероятно, Суд ООН в деле *Диалло* не применяли справедливость *infra legem*, но создали новую норму международного права и разрешили вопрос с применением справедливости *contra legem* или *ex aequo et bono* в отсутствие необходимых полномочий.

За решением Суда ООН о компенсации по делу *Диалло* последовал состав арбитража в деле судна «Арктик Санрайз» по Приложению VII к Конвенции ООН 1982 года⁹⁷. На стадии оценки убытков в деле судна «Арктик Санрайз» Нидерланды требовали присуждения, помимо прочего, возмещения имущественного вреда, выраженного в утраченных личных вещах экипажа судна, неправомерно арестованного Российской Федерацией, но в соответствующей части иска не сослались на какие-либо доказательства. Тем не менее состав арбитража постановил, что экипаж должен был потерпеть некоторые убытки, и затем посчитал, что присудил компенсацию данного ущерба, основываясь на соображениях справедливости, как это имело место в деле *Диалло*⁹⁸. Но из решения состава арбитража не следует, что он принял во внимание, были ли государству-истцу недоступны доказательства размера данного вида убытков в обстоятельствах дела, как того требуют два

из трёх предложенных здесь прочтения дела *Диалло*. Поэтому представляется, что состав арбитража в деле судна «Арктик Санрайз» понимал дело *Диалло* как позволяющее составу арбитража оценить размер ущерба по принципу справедливости уже тогда, когда с точностью установлен лишь факт ущерба, и даже если никаких доказательств размера ущерба не представлено. Как объяснялось выше, такое прочтение дела *Диалло* выходит за рамки применения справедливости *infra legem* и потенциально принадлежит скорее справедливости *contra legem* или *ex aequo et bono*⁹⁹. Следовательно, в обстоятельствах дела судна «Арктик Санрайз» оценка ущерба в связи с утраченными экипажем личными вещами на основании принципа справедливости, вероятно, была несовместима с пределами компетенции состава арбитража по оценке компенсации на основании стандартов международного права.

Ввиду изложенного можно утверждать, что решения по делу *Диалло* и делу судна «Арктик Санрайз» привносят неоправданные изменения в нормы международного обычая об оценке убытков из международно-противоправных деяний. Дело *Диалло* и дело судна «Арктик Санрайз» позволяют коллегиям по разрешению споров присуждать возмещение имущественного ущерба по принципу справедливости, когда доказательства размера ущерба не просто скудные, а отсутствуют вовсе, независимо от каких-либо объективных на то причин, если только коллегии будут уверены, что жертвам международно-противоправного деяния причинён некий ущерб. Иными словами, дело *Диалло* и дело судна «Арктик Санрайз» открывают ворота для присуждения возмещения имущественного ущерба на спекулятивных основаниях и безотносительно каких-либо доказательств вовсе. Помимо прочего, оценку ущерба по справедливости, проведённую в деле *Диалло* и деле судна «Арктик Санрайз», едва ли можно признать допустимым применением

⁹⁷ PCA. *The Arctic Sunrise Case (The Kingdom of the Netherlands v. The Russian Federation)*.

⁹⁸ См.: Ibid. § 98. Состав арбитража также сослался на дела: ECtHR. *Lupsa v. Romania*. Application no. 10337/04. Judgment of 8 June 2006; IACHR. *Chaparro Alvarez v. Ecuador*. Case No. 170. Judgment of 21 November 2007. Однако в деле *Лупса* вопрос нарушения статьи 1 Протокола 1 не стоял (см. раздел II), и ЕСПЧ оценивал справедливую компенсацию в данном деле на основании ином, нежели нормы международного обычая. Как бы то ни было, ЕСПЧ в деле *Лупса* указал, что при оценке справедливой компенсации «принял во внимание все представленные доказательства», коих доказательств перед составом арбитража в деле судна «Арктик Санрайз» не было вовсе. Однако в деле *Чанарро Альварес* МАСПЧ, столкнувшись с необходимостью присудить компенсацию за утрату дома одной из жертв, также указал, что «представители не дали каких-либо подтверждающих документов, которые могли бы позволить Суду [МАСПЧ] установить стоимость дома г-на Лапо». Однако это не остановило МАСПЧ, который установил стоимость того дома на уровне 20 000 долларов США. Но, делая это, МАСПЧ мог руководствоваться подтверждёнными доказательствами стоимостью квартиры, утраченной другой жертвой. МАСПЧ мог установить стоимость дома первой жертвы, сравнив его с квартирой, утраченной второй жертвой.

⁹⁹ Стоит отметить, что после вынесения решения о компенсации Российская Федерация подтвердила свой протест против компетенции состава арбитража, но воздержалась от того, чтобы опротестовать подход состава арбитража к подсчёту компенсации. См.: Briefing by Deputy Director of the Information and Press Department Artyom Kozhin (Moscow, 20 July 2017). URL: http://www.mid.ru/en/press_service/spokesman/briefings/-/asset_publisher/D2wHaWMCU6Od/content/id/2818579 (дата обращения: 12.11.2018).

справедливости *infra legem* или иным образом примирить с пределами компетенции соответствующих коллегий оценивать заявленный к возмещению ущерб на основании норм международного права как такового.

8. Заключение

Количество разнообразных коллегий по разрешению споров в последние годы возросло, и очень часто споры достигают стадии определения способов возмещения ущерба. В ситуациях, когда коллегии по разрешению споров применяют одну и ту же норму международного обычая к вопросу оценки размера возмещения, кажется естественным, что практика таких коллегий должна быть последовательной, чтобы обеспечить правовую определённость и избежать фрагментации международного права по этому вопросу.

Данная статья рассмотрела тренды, которые начали появляться в практике коллегий по разрешению споров, касательно оценки убытков по принципу справедливости. До решений по делу *Диалло* и делу судна «*Арктик Санрайз*» практика оценки убытков по принципу справедливости следовала определённым трендам, и её можно было увязать тем или иным образом с пределами компетенции коллегий по оценке ущерба на основании международного права как такового. К сожалению, когда аналогичный вопрос встал перед Судом ООН, он не только воздержался от того, чтобы последовать формирующейся практике оценки убытков по принципу справедливости, но и привнёс новые опасные изменения в эту область права, возможно, действуя за пределами полномочий, а состав арбитража в деле судна «*Арктик Санрайз*» последовал его примеру. Дело *Диалло* и дело судна «*Арктик Санрайз*», разрешённые по существующим в международном обычае стандартам компенсации, одобрили возможность спекулятивной оценки имущественного ущерба безотносительно фактических обстоятельств дела. Данные дела дали *carte blanche* другим коллегиям, применяющим те же стандарты компенсации из международного обычая, присуждать убытки даже в ситуациях необоснованного отсутствия каких-либо доказательств их размера. Остаётся лишь наблюдать за тем, как на подобную практику отреагируют государства.

Библиографическое описание:

Вялков А. Роль принципа справедливости при оценке убытков по международному обычаю: куда дело *Диалло* и дело судна «*Арктик Санрайз*» ведут состояние права? // Международное правосудие. 2018. № 4 (28). С. 59—82.

The role of equity in the assessment of damages under custom: where are *Diallo* and the *Arctic Sunrise* taking the law?

Alexey Vyalkov

Magister Juris (University of Oxford, the United Kingdom), practitioner, Moscow, Russia (e-mail: vyalkovalexey@gmail.com).

Abstract

This article discusses the trends in the use of equity by international courts and tribunals at the stage of assessing pecuniary damages under the standards of customary international law. The research presented in the article is based on the jurisprudence of the International Court of Justice, International Tribunal for the Law of the Sea, regional human rights courts, the Iran-US Claims Tribunal, Annex VII arbitral tribunals, investment arbitration tribunals, and other bodies. The analysis made in the article clarifies the circumstances in which tribunals deem it acceptable to refer to equity at the stage of evaluating damages under custom, the effect that equity may have on the assessment of damages as a matter of law, and the reasons why the use of equity by tribunals may be reconcilable with the scope of their jurisdiction to assess damages on the basis of international law. After discussing these matters, the article takes issue with the *Diallo* and the *Arctic Sunrise*, which are the two recent cases in which the tribunals employed an equitable assessment of pecuniary damages. The article argues that the tribunals in these cases awarded pecuniary damages in excess of jurisdiction and provided a reasoning that may bring arbitrariness into the calculation of damages under the standards of customary international law. As a matter of legal principle, *Diallo* and the *Arctic Sunrise* have opened the doors for awarding pecuniary damages in the amounts assessed on the basis of mere speculation and with no regard to any evidence whatsoever. Once *Diallo* and the *Arctic Sunrise* detonate in international dispute settlement, they will complicate the process of assessing pecuniary damages flowing from internationally wrongful acts. The general conclusion drawn at the end is that in international jurisprudence certain consistent trends in applying equity to the assessment of damages under custom have emerged. However, *Diallo* and the *Arctic Sunrise* — rendered in excess of authority — have undermined these trends and brought developments that are potentially dangerous for international law.

Keywords

damages; equity; custom; *Diallo*; *Arctic Sunrise*.

Citation

Vyalkov A. (2018) Rol' printsipa spravedlivosti pri otsenke ubytkov po mezhdunarodnomu obyachayu: kuda delo *Diallo* i delo sudna "Arktik Sanrayz" vedut sostoyanie prava? [The role of equity in the assessment of damages under custom: where are *Diallo* and the *Arctic Sunrise* taking the law?]. *Mezhdunarodnoe pravosudie*, vol. 8, no. 4, pp. 59—82. (In Russian).

References

- Akehurst M. (1976) Equity and General Principles of Law. *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 25, no. 4, pp. 801–825.
- Amerasinghe Ch. (2005) *Evidence in International Litigation*, Leiden: Brill/Nijhoff.
- Blake C. (2012) Moral Damages in Investment Arbitration: A Role for Human Rights? *Journal of International Dispute Settlements*, vol. 3, no. 2, pp. 371–407.
- Brown Ch. (2007) *A Common Law of International Adjudication*, Oxford: Oxford University Press.
- Cheng B. (1955) Justice and Equity in International Law. *Current Law Problems*, vol. 8, no. 1, pp. 185–211.
- Cheng B. (2006) *General Principles of Law as Applied by International Courts and Tribunals*, Cambridge: Cambridge University Press.
- Crawford J. (2013) *State Responsibility: The General Part*, Cambridge: Cambridge University Press.
- D'Aspremont J. (2017) International Court of Justice and the Irony of System-Design. *Journal of International Dispute Settlement*, vol. 8, no. 2, pp. 366–387.
- Elrifai S. N. (2017) Equity-based Discretion and the Anatomy of Damages Assessment in International Investment Law. *Journal of International Arbitration*, vol. 34, no. 5, pp. 835–888.
- Francioni F. Equity in International Law. In: Wolfrum R. (ed.). *The Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, Oxford: Oxford University Press, pp. 632–641.
- Gourgourinis A. (2009) Delineating the Normativity of Equity in International Law. *International Common Law Review*, vol. 11, no. 3, pp. 327–347.
- Gray Ch. (1990) *Judicial Remedies in International Law*, Oxford: Oxford University Press.
- Kelsen H. (1949) *General Theory of Law and State*, Cambridge, MA: Harvard University Press.
- Kriebaum U. (2009) Is the European Court of Human Rights an Alternative to Investor-State Arbitration? In: Dupuy P.-M., Francioni F., Petersmann E. U. (eds.) *Human Rights in International Investment Law and Arbitration*, Oxford: Oxford University Press, pp. 219–245.
- Lapidot R. (1987) Equity in International Law. *Israel Law Review*, vol. 22, no. 2, pp. 161–183.
- Lauterpacht E. (1977–1978) Equity, Evasion, Equivocation and Evolution in International Law. *Proceedings of the American Branch of the International Law Association*, pp. 33–47.
- Lauterpacht E. (1990) Issues of Compensation and Nationality in the Taking of Energy Investments. *Journal of Energy & Natural Resources Law*, vol. 8, pp. 241–250.
- Lauterpacht E. (2011) Principles of Procedure in International Litigation. *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International*, vol. 345, pp. 387–530.
- Lowe V. (1989) The Role of Equity in International Law. *Australian Year Book of International Law*, vol. 12, pp. 54–81.
- Marboe I. (2009) *Calculation of Compensation and Damages in International Investment Law*, Oxford: Oxford University Press.
- Pellet A. (2006) Article 38. In: Zimmermann A., Tomuschat C., Oellers-Frahm K. (eds.). *The Statute of the International Court of Justice: A Commentary*, Oxford: Oxford University Press, pp. 677–792.
- Ripinsky S. (2009) Assessing Damages in Investment Disputes: Practice in Search of Perfect. *The Journal of World Investment & Trade*, vol. 10, no. 1, pp. 5–37.
- Schreuer Ch. (2009) *The ICSID Convention: A Commentary*, Cambridge: Cambridge University Press.
- Wildhaber L. (2003) Article 41 of the European Convention on Human Rights: Just Satisfaction under the European Convention on Human Rights. *Baltic Yearbook of International Law Online*, vol. 3, no. 1, pp. 1–18.
- Zarbiyev F. (2013) Judicial Activism in International Law – A Conceptual Framework for Analysis. *Journal of International Dispute Settlement*, vol. 3, no. 2, pp. 247–278.

Сугубая предварительность юрисдикционных возражений: о некоторых выводах решения Международного Суда ООН по делу об иммунитетах и уголовном производстве

Руслан Кантур*

В статье представлен анализ выводов Международного Суда ООН по спору между Экваториальной Гвинеей и Францией в деле об иммунитетах и уголовном производстве, посвящённых предварительному возражению, которое касалось утверждавшегося государством-заявителем неправомерного превышения Францией пределов национальной уголовной юрисдикции, установленной в отношении преступлений, международно-правовые обязательства по уголовному преследованию которых вытекают из норм Конвенции ООН против транснациональной организованной преступности 2000 года (Палермской конвенции). Изучение выработанной в ходе предыдущей практики Международного Суда и Постоянной палаты международного правосудия доктрины сугубой предварительности юрисдикционных возражений позволило выявить тест, используемый Судом для квалификации того, является ли определённое юрисдикционное возражение сугубо предварительным. Согласно данному тесту, предварительное возражение, являющееся сугубо предварительным, не должно затрагивать многие аспекты спора; оно должно быть нацелено на то, чтобы оспорить юрисдикционные полномочия Суда рассматривать спор, не затрагивая норм материального права; решение по такому возражению не может ни предвосхищать решение Суда по существу, ни образовывать такого решения; признание же возражения сугубо предварительным и его перенесение на стадию рассмотрения по существу не должно чрезмерно или неоправданно затягивать судебное разбирательство. Поддержав предварительное возражение Франции, Суд тем самым не только констатировал отсутствие спора по Палермской конвенции, но и, конклюдентно признав данное предварительное возражение сугубо предварительным, не применил соответствующий тест, несмотря на то что для его применения имелись все основания: указанное предварительное возражение касалось многих аспектов рассматриваемого спора, носило не только юрисдикционный характер, но и затрагивало её обязательства, вытекающие из материальных норм Палермской конвенции; более того, принятие решения по возражению на данной стадии *de facto* представляло собой решение по существу; также следует признать, что не было выявлено никаких оснований полагать, что принятие решения по указанному предварительному возражению на стадии рассмотрения спора по существу чрезмерно или неоправданно затягивало бы судебную процедуру.

→ *Международный Суд; предварительные возражения; национальная уголовная юрисдикция; Конвенция ООН против транснациональной организованной преступности; функциональные иммунитеты; юрисдикция *ratione materiae*; международное уголовное право*

DOI: 10.21128/2226-2059-2018-4-83-96

1. Введение

В начале июня 2018 года Международный Суд¹ вынес первое решение по делу об имму-

нитетах и уголовном производстве, где сторонами выступили Экваториальная Гвинея и Франция². Решение было вынесено в связи с рассмотрением Судом предваритель-

* Кантур Руслан Алексеевич — LL.M., юрист Департамента по вопросам новых вызовов и угроз Министерства иностранных дел РФ, Москва, Россия (e-mail: ru.a.kantur@gmail.com).

¹ В силу того, что ни в Уставе ООН, ни в Статуте Международного Суда в названии этого судебного органа не фигурирует слово «ООН», в дальнейшем в целях соблюдения юридиче-

ской корректности и точности для его обозначения автор будет использовать термин «Международный Суд» или, если не оговорено иное, «Суд».

² См.: International Court of Justice (*далее* — ICJ). *Immunities and Criminal Proceedings (Equatorial Guinea v. France)*. Judgment of 6 June 2018. Preliminary Objections. P. 1–44.

ных возражений, которые Франция выдвинула в попытке оспорить юрисдикцию Международного Суда.

Имея в виду предыдущую практику Суда, представляется актуальным проанализировать некоторые выводы, изложенные в упомянутом решении, в свете доктрины сугубой предварительности юрисдикционных возражений, ранее неоднократно применявшейся Судом. С учётом того, что в ряде ранее вынесенных решений по другим делам Суд исчерпывающе сформулировал основные положения указанной доктрины, видится юридически недостаточно обоснованным тот факт, что в вынесенном на обсуждение в настоящей статье решении Суд обошёл её стороной, когда рассматривал вопрос о допустимости выдвинутого Францией предварительного возражения против применения соответствующих норм Конвенции ООН против транснациональной организованной преступности 2000 года (*далее* — Палермская конвенция), относящихся к пределам национальной уголовной юрисдикции государств — участников последней, вынеся решение на стадии предварительных возражений, а не рассмотрения дела по существу.

Цель настоящей статьи заключается в том, чтобы раскрыть и проанализировать правовые позиции Международного Суда относительно параметров применения доктрины сугубой предварительности юрисдикционных возражений.

Для достижения поставленной цели автором была предпринята реализация следующих задач: 1) выявить компоненты доктрины сугубой предварительности юрисдикционных возражений; 2) провести анализ выводов Суда, касающихся пределов национальной уголовной юрисдикции, в решении *по делу об иммунитетах и уголовном производстве*; 3) определить, является ли упомянутое возражение сугубо предварительным.

2. Доктрина сугубой предварительности юрисдикционных возражений в практике Международного Суда

Право на выдвижение предварительных возражений закреплено в Регламенте Международного Суда (*далее* — Регламент), а также имплицитно вытекает из норм статьи 36 Статута Международного Суда, где предусматри-

вается порядок признания государствами его юрисдикции. Как закреплено в пункте 1 статьи 79 Регламента, в форме предварительного возражения государство-ответчик может оформить своё возражение против юрисдикции Суда или приемлемости заявления. Как отмечал выдающийся британский юрист-международник Герш Лаутерпахт, когда государство-ответчик выдвигает предварительное возражение против юрисдикции Суда, решение последнего по данному вопросу должно основываться именно на указанных возражениях, которые носят основополагающий, а не второстепенный характер³.

В соответствии с пунктом 9 статьи 79 Регламента после заслушивания сторон у Суда имеются три опции того, как поступить с предварительным возражением, выдвинутым государством-ответчиком. Во-первых, Суд может поддержать возражение, и в таком случае это будет означать признание Судом отсутствия у него правомочий рассматривать спор. Во-вторых, Суд вправе отклонить возражение, что автоматически презюмирует наличие у Суда юрисдикции для дальнейшего рассмотрения спора по существу. В-третьих, Суд имеет право объявить возражение не несущим сугубо⁴ предварительного характера (англ.: *exclusively preliminary character*), и в этом случае рассмотрение возражения происходит на этапе дальнейшего производства — уже по существу дела. Представляется востребованным рассмотреть эволюцию данной нормы.

Генезис указанной нормы восходит к пункту 5 статьи 62 Регламента Постоянной палаты международного правосудия (*далее* — Постоянная палата) в реформированной редакции 1936 года, согласно которой судебный орган, *выслушав обе стороны, мог при изучении выдвинутого государством-ответчиком юрисдикционного возражения как рассмотреть соответствующий вопрос непосредственно на стадии предварительных возражений, так и перенести*

³ См.: ICJ. *Certain Norwegian Loans (France v. Norway)*. Judgment of 6 July 1957. Separate Opinion of Judge Lauterpacht; *Lauterpacht H. International Law*. Vol. 5: Disputes, War and Neutrality. Parts IX–XIV. Cambridge: Cambridge University Press, 2004. P.238.

⁴ Доклад Международного Суда. A/69/4. Нью-Йорк, ООН, 2014. С. 25/68; Доклад Международного Суда. A/65/4. Нью-Йорк, ООН, 2010. С. 27; Доклад Международного Суда. A/70/4. Нью-Йорк, ООН, 2015. С. 27/61.

его рассмотрение на стадию рассмотрения дела по существу либо принять иное решение, которое сочтёт справедливым⁵; при этом проблема возможной сугубой предварительности такого возражения, равно как и условий, при которых подобное перенесение возможно, в пункте 5 статьи 62 не поднималась⁶.

В предыдущих редакциях Регламента Постоянной палаты (1922 и 1926 годов) вопрос о предварительных возражениях либо вообще не затрагивался и не имел нормативного закрепления (в редакции 1922 года)⁷, либо его конфигурация имела весьма рамочные очертания (в статье 38 Регламента Постоянной палаты в редакции 1926 года лишь говорилось о праве выдвижения предварительных возражений в течение периода, начальный момент которого совпадает с моментом направления государством-заявителем заявления о начале судебного разбирательства, а конечный — с моментом окончания срока, определённого для государства-ответчика на то, чтобы оно выставило свою контрпозицию по делу; причём документ, содержащий возражение, должен излагать факты и правовые нормы, на которых оно основано, соображения такого государства, а также документы в поддержку позиции государства, выдвинувшего возражение⁸).

Впервые перенесение предварительного возражения на стадию рассмотрения спора по существу произошло в постановлении Постоянной палаты по делу об администрации Плесского княжества в 1933 году⁹, когда процессуальной нормы о праве такого пере-

несения ещё не существовало, однако в связи с отзывом заявления об инициировании судебного разбирательства государством-заявителем в том же году решение по существу так и не было вынесено¹⁰. Именно постановление по данному делу стало началом юридически проявляющейся тенденции переносить рассмотрение предварительных возражений на стадию рассмотрения дела по существу¹¹. Истоки доктрины сугубой предварительности юрисдикционных возражений, как представляется, следует видеть в постановлении по делу *Пайжа, Чаки и Эстерхази* в 1936 году, поскольку в нём Постоянная палата со ссылкой на пункт 5 статьи 62 Регламента Постоянной палаты в редакции 1936 года впервые дала развёрнутое обоснование того, почему не может рассмотреть выдвинутые государством-ответчиком возражения до рассмотрения спора по существу. В частности, судебный орган, касаясь первого юрисдикционного возражения, указал, что затрагиваемые им вопросы и вопросы, относящиеся к существу спора, настолько переплетены и взаимозависимы, что не позволяют вынести по нему решение, не предвосхищая при этом решение спора по существу¹². Что касается второго возражения, то оно тесным образом связано с первым, и для его рассмотрения судьям необходимо обладать достаточными фактами, чтобы вынести по нему решение¹³. Некоторый «перепев» такого вывода содержится и в постановлении Постоянной палаты по делу *о железной дороге Паневежис — Салдutiшкис*, вынесенном в 1938 году (применена норма пункта 5 статьи 62 Регламента Постоянной палаты в редакции 1936 года); в частности, там было сказано, что для решения вопроса о допустимости выдвинутых государством-ответчиком предварительных возражений требуется обратиться к вопросам факта и права, а сами возражения тесно связаны с вопросами по существу, в силу чего их изучение и оценку надлежит

⁵ Permanent Court of International Justice (*далее* — PCIJ). Statute and Rules of Court, adopted by the Court on March 11th 1936, Permanent Court of International Justice // P.C.I.J. Publications 1940 (Ser. D). Fourth Edition. P.53. Ср.: PCIJ. Acts and Documents concerning the Organisation of the Court. Elaboration of the Rules of Court of March 11th 1936, Permanent Court of International Justice // P.C.I.J. Publications 1936 (Ser. D). P.248.

⁶ См.: PCIJ. Acts and Documents concerning the Organisation of the Court. Elaboration of the Rules of Court of 11 March 1936 // P.C.I.J. Publications 1936 (Ser. D). P.248—260.

⁷ PCIJ. Rules of Court, adopted by the Court on March 24th 1922, Permanent Court of International Justice // P.C.I.J. Publications 1926 (Ser. D, No. 1).

⁸ PCIJ. Revised Rules of Court, adopted by the Court on July 31st 1926, Permanent Court of International Justice // P.C.I.J. Publications 1926 (Ser. D, No. 1). P.50—51.

⁹ См.: PCIJ. *Administration of the Prince von Pless (Germany v. Poland)*. Order of 4 February 1933 // P.C.I.J. Publications 1933 (Ser. A/B). P.9/16.

¹⁰ См.: PCIJ. *Administration of the Prince von Pless (Germany v. Poland)*. Order of 2 December 1933 // P.C.I.J. Publications 1933 (Ser. A/B). P.5/195—6/196.

¹¹ См.: *Spiermann O.* International Legal Argument in the Permanent Court of International Justice: The Rise of the International Judiciary. Cambridge : Cambridge University Press, 2005. P.358.

¹² См.: PCIJ. *Pajzs, Csáky, Esterházy (Hungary v. Yugoslavia)*. Order of 23 May 1936 // P.C.I.J. Publications 1936 (Ser. A/B). P.8—9.

¹³ См.: *Ibid.* P.9.

перенести на следующую стадию разбирательства — рассмотрение по существу¹⁴.

После Второй мировой войны пункт 5 статьи 62 Регламента Постоянной палаты в редакции 1936 года без изменений был включён в Регламент в редакции 6 мая 1946 года. *Формализация* некогда выработанного Постоянной палатой и спустя годы поддержанного и развитого Международным Судом подхода, признающего наличие у Суда *дискреционного* полномочия перенести рассмотрение предварительного возражения, выдвинутого государством-ответчиком, на стадию рассмотрения спора по существу, но при этом *обязывающего* оформлять такое перенесение в виде решения, произошла в 1972 году¹⁵, когда Регламент подвергся реформе, результатом которой стало в том числе введение пункта 7 статьи 67, когда норма о сугубой предварительности юрисдикционных возражений стала неотъемлемой частью современного процессуального права Суда. С 1978 года и до вступления в силу в 2001 году соответствующих поправок в Регламент пункт 7 статьи 67 был пунктом 7 статьи 79, который сейчас является пунктом 9 статьи 79 Регламента.

Для упомянутой формализации, как кажется, существовали следующие причины.

Во-первых, к 1972 году Судом уже была накоплена значительная правоприменительная практика (после Второй мировой войны перенесение предварительных возражений осуществлялось в ряде случаев, причём хронологически последним стало решение по *делу о компании «Барселона Трэшн»*, вынесенное практически накануне — в 1970 году), и формализация лишь подводила закономерную черту под этим процессом.

Во-вторых, с учётом того что Постоянная палата оформляла подобное перенесение исключительно посредством вынесения постановления (надо сказать, что практика Постоянной палаты по предварительным возражениям в этом аспекте не отличалась единообразием, так как в одних случаях данный орган выносил постановление, а в других — решение), а Суд в первом соответствующем

решении в 1956 году по традиции, восходящей к Постоянной палате, оформил его в виде постановления, а уже в следующем году, по неясной причине, в виде решения, подобное отсутствие единообразия однозначно свидетельствовало в пользу назревшей необходимости нивелировать данные различия и выработать единый процессуальный подход.

В-третьих, как было отмечено в докладе Шестого комитета Генеральной Ассамблеи ООН на 26-й сессии в 1971 году, размытый характер формулировок пункта 5 статьи 62 Регламента в редакции 1946 года¹⁶, когда Суд, теоретически, мог перенести любое возражение (необязательно касающееся вопросов, относящихся к существу спора) на стадию рассмотрения по существу, мог создать предпосылки для чрезмерной затянутости судебной процедуры¹⁷. Закрепление в Регламенте единственного условия, при котором перенесение предварительных возражений могло бы быть реализовано, было нацелено на недопущение возникновения подобных предпосылок.

В международно-правовой доктрине отмечается, что иногда трудно установить необходимые для вынесения решения факты на этапе до рассмотрения дела по существу¹⁸. Поэтому логично, что после своего учреждения Суд неоднократно переносил рассмотрение предварительных возражений на стадию рассмотрения дела по существу¹⁹.

¹⁶ Первая редакция Регламента Международного Суда была принята 6 мая 1946 года и в основном базировалась на Регламенте ППМП в редакции 1936 года.

¹⁷ См.: Report on Review of the Role of the International Court of Justice // Sixth Committee of the General Assembly of the United Nations (26th Session, December 10th 1971). New York : United Nations, 1971. P.21.

¹⁸ См.: *Amerasinghe Ch. F. Jurisdiction of Specific International Tribunals*. Leiden ; Boston, MA : Martinus Nijhoff Publishers, 2009. P.79.

¹⁹ См.: ICJ. *Certain Norwegian Loans (France v. Norway)*. Order of 28 September 1956 // I.C.J. Reports 1956. P.5/74; *Right of Passage over Indian Territory (Portugal v. India)*. Judgment of 26 November 1957 // I.C.J. Reports 1957. P.28/149–31/152; *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited (Belgium v. Spain)*. Judgment of 24 July 1964 // I.C.J. Reports 1964. P.41/43–44/46; *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*. Judgment of 26 November 1984 // I.C.J. Reports 1984. § 76; *Questions of Interpretation and Application of the 1971 Montreal Convention arising from the Aerial Incident at Lockerbie (Libya v. United Kingdom)* (далее — *Lockerbie (UK)*). Judgment of 27 February 1998 // I.C.J. Reports 1998. § 47–51; *Questions of Interpretation and Application of the 1971 Montreal Convention arising from the Aerial Incident at Lockerbie (Libya v. United States of America)* (далее —

¹⁴ См.: PCIJ. *Panevėžys – Saldutiškis Railway (Estonia v. Lithuania)*. Order of 30 June 1938 // P.C.I.J. Publications 1938 (Ser. A/B). P.6/55–8/57.

¹⁵ См.: Antonopoulos C. *Counterclaims before the International Court of Justice*. The Hague : Springer, 2011. P.111.

Примечательность первого из них — *дела о некоторых норвежских займах* — заключается в том, что рассмотрение всех выдвинутых Норвегией предварительных возражений было перенесено на стадию рассмотрения спора по существу по инициативе Франции — государства-заявителя²⁰. В связи с этим представляется возможным предположить, что, во время как решение вопроса о том, перенести ли рассмотрение предварительных возражений на стадию рассмотрения по существу, находится *in toto* на усмотрении Суда, государство-заявитель обладает правом просить Суд квалифицировать предварительное возражение как не имеющее сугубо предварительную природу и перенести его рассмотрение на последующую стадию судебного разбирательства.

В *деле о праве прохода через территорию Индии* государство-заявитель, в отличие от предыдущего дела, обратилось к Суду с альтернативной просьбой: либо перенести рассмотрение двух из шести представленных Португалией предварительных возражений²¹ на стадию рассмотрения дела по существу, либо отклонить их. В результате Суд пошёл навстречу просьбе государства-заявителя и перенёс вопрос на стадию рассмотрения спора по существу.

В предварительных возражениях в *деле о компании «Барселона Трэкин»* государство-ответчик, *inter alia*, оспаривало юрисдикцию Суда, ссылаясь на недопустимость задействования государством дипломатиче-

ской защиты в отношении юридических лиц и исчерпания внутригосударственных средств правовой защиты²². Суд посчитал, что данное возражение не носит сугубо предварительный характер.

В *деле Никарагуа* Суд указал, что предварительное возражение, касающееся оговорки США²³ к сделанному в 1946 году одностороннему заявлению о признании обязательной юрисдикции Суда, не может считаться сугубо предварительным²⁴.

В *деле Локерби* Суд вынужден был рассмотреть выдвинутые Великобританией и Соединёнными Штатами Америки предварительные возражения, которые, как утверждали государства-ответчики, имели сугубо предварительный характер²⁵. Первое (общее для обоих государств-ответчиков) предварительное возражение состояло в их попытке оспорить юрисдикцию Суда в связи с отсутствием спора по поводу толкования или применения Монреальской конвенции о борьбе с незаконными актами, направленными против безопасности гражданской авиации, 1971 года (*далее* — Монреальская конвенция). Второе предварительное возражение было нацелено на то, чтобы оспорить приемлемость заявления Ливии со ссылкой на то, что права Ливии были лишены силы (англ.: *superseded*) введёнными Советом Безопасности ООН в связи с терактом над Локерби резолюциями 748 и 883²⁶. Третье предварительное возражение, выдвинутое только США, сводилось к тому, что упомянутые резолюции лишили приоритетизация Ливии предметной основы (англ.: *have rendered them without object*)²⁷; Великобритания озвучила подобный тезис в контексте второго предварительного возражения, касающегося приемлемости, не придавая ему формат отдельного возражения²⁸.

Lockerbie (USA), Judgment of 27 February 1998 // I.C.J. Reports 1998. § 41–50, 53; *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Croatia v. Serbia)*. Judgment of 18 November 2008 // I.C.J. Reports 2008. § 127–132.

²⁰ См.: ICJ. *Certain Norwegian Loans (France v. Norway)*. Order of 28 September 1956. P.5/74; Judgment of 6 July 1957. P.7/12.

²¹ Речь идёт о пятом и шестом предварительных возражениях. Согласно пятому предварительному возражению, Индия оспаривала юрисдикцию Суда на том основании, что предмет спора подпадает под исключительную внутреннюю юрисдикцию Индии, и на такие споры заявление Индии о признании обязательной юрисдикции Суда не распространяется. Шестое предварительное возражение основывалось на том, что, сделав заявление о признании обязательной юрисдикции Суда в 1940 году, Индия *ratione temporis* ограничила последнюю спорами, возникшими после 5 февраля 1930 года. В отношении обоих возражений Суд заключил, что не обладает достаточными данными, чтобы вынести решение по ним на данном этапе, а также не может предвосхитить решение спора по существу, вследствие чего в своём решении перенёс рассмотрение перечисленных возражений на стадию рассмотрения спора по существу.

²² См.: *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited*. Judgment of 24 July 1964. P. 44/46.

²³ Упомянутая оговорка была сделана США в отношении многосторонних международных договоров и известна в международно-правовой литературе как «оговорка Ванденберга» (“Vandenberg Reservation”).

²⁴ См.: *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*. Judgment of 26 November 1984. § 76.

²⁵ *Lockerbie (UK)* Judgment. § 16; *Lockerbie (USA)* Judgment. § 15.

²⁶ *Lockerbie (UK)* Judgment. § 37; *Lockerbie (USA)* Judgment. § 36.

²⁷ См.: *Lockerbie (USA)* Judgment. § 45.

²⁸ См.: *Lockerbie (UK)* Judgment. § 46.

Анализируя позиции сторон, Суд отверг первое предварительное возражение, заключив, что по нему между сторонами существует не только «общий», но и «специальный» спор, касающийся толкования или применения Монреальской конвенции. Также Суд не согласился с государствами-ответчиками в том, что ввиду действия резолюций 748 и 883 Совета Безопасности ООН заявление Ливии не является приемлемым и лишено предметной основы. Суд также подчеркнул, что данный вопрос касается многих аспектов спора; более того, решение подобного вопроса на данном этапе не только затронуло бы права Ливии, но и по многим параметрам предвосхитило бы решение по существу; по замечанию Филиппа Куврёра, *любое* решение по указанному вопросу предопределяло бы решение по существу спора²⁹.

Таким образом, Суд в *деле Локерби*, во-первых, констатировал наличие спора по поводу толкования или применения Монреальской конвенции, отвергнув соответствующее предварительное возражение о том, что такого спора нет; во-вторых, признал, что характер второго предварительного возражения не позволяет Суду вынести по нему решение на стадии предварительных возражений.

Упоминания заслуживает и *дело о применении Конвенции о предупреждении преступления геноцида и наказании за него*; решение о предварительных возражениях по данному делу Судом было вынесено в 2008 году³⁰. В данном деле инициировавшая судебное разбирательство Хорватия, ссылаясь на доктрину *in statu nascendi*, обратилась к нормам пункта 2 статьи 10 Статей об ответственности государств за международно-противоправные деяния 2001 года, устанавливающим, что поведение повстанческого или иного движения, которому удаётся создать новое государство на части территории уже существовавшего государства или на какой-либо территории под его управлением, рассматривается как деяние этого нового государства по международному праву. Сербия

выдвинула возражение против правопритязаний Хорватии на том основании, что государство-заявитель не смогло доказать наличие на территории бывшей Югославии идентифицируемого повстанческого или иного движения. При рассмотрении данного предварительного возражения Суд, ссылаясь на *дело Локерби*, а также на *дело Никарагуа*, указал, что не может решить поднятые в данном возражении проблемы, не затрагивая при этом вопросов, относящихся к существу спора³¹.

Как отмечал Шабтай Розенн, различие между сугубо предварительными возражениями и возражениями, не имеющими сугубо предварительного характера, таково, что последние словно сформулированы как возражения против выводов Суда по существу дела³². В то же время вышеприведённая практика Суда указывает, что рассматривать критерий, согласно которому вынесение решения по предварительному возражению, не являющемуся сугубо предварительным, будет предвосхищать решение по существу спора либо составлять его, в качестве единственного не совсем справедливо. Резюмируя всё вышеизложенное, можно сказать, что тест на определение сугубой предварительности предварительного возражения представляет собой юридическую конструкцию, включающую четыре элемента:

1) возражение, не являющееся сугубо предварительным, должно касаться разных аспектов переданного в Суд спора;

2) сугубо предварительное возражение должно быть нацелено на то, чтобы оспорить юрисдикцию Суда рассматривать спор, не затрагивая рассмотрение спора *ratione materiae*;

3) рассмотрение возражения и принятие по нему решения не должно предвосхищать или образовывать решение спора Судом по существу;

4) перенесение возражения на стадию рассмотрения спора по существу не должно способствовать чрезмерному или неоправданному затягиванию судебной процедуры.

²⁹ См.: *Couvreur Ph. The International Court of Justice and the Effectiveness of International Law*. Leiden ; Boston, MA : Brill/Nijhoff, 2016. P. 143.

³⁰ Подробный анализ выводов Суда, касающихся оценки последних предварительных возражений, см.: *Морган-Фостер Дж. В поисках выхода из лабиринта: сложный путь к юрисдикции в деле Хорватия против Сербии // Международное правосудие. 2015. № 3 (15). С. 3–18.*

³¹ См.: *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide*. Judgment of 18 November 2008. § 129.

³² См.: *Rosenne Sh. The Law and Practice of the International Court: In 4 vols. 4th ed.* Leiden : Boston, MA : Martinus Nijhoff Publishers, 2006. P.820–821.

3. Некоторые выводы Международного Суда по делу об иммунитетах и уголовном производстве

Прежде чем выяснить, можно ли считать рассмотренное в указанном деле предварительное возражение, касающееся возможного превышения пределов национальной уголовной юрисдикции, сугубо предварительным или не являющимся таковым, следует кратко привести его контекст. Истоки дела восходят к 2 декабря 2008 года, когда французская неправительственная организация “Transparency International France” направила заявление в городскую прокуратуру Парижа в связи с предполагаемым совершением рядом физических лиц незаконного присвоения бюджетных средств, отмывания незаконно приобретенных денежных средств, неправомерного использования корпоративных активов, обманных действий, осуществлённых доверительным собственником траста в рамках трастовых отношений, а также соучастием и сокрытием факта совершения упомянутых действий³³. Французские правоохранители посчитали данное заявление приемлемым, ввиду чего для проведения расследования были назначены двое следственных судей Суда высокой инстанции Парижа; при этом само расследование сфокусировалось на выявлении обстоятельств, связанных с предоставлением рядом физических лиц, включая Теодоро Нгема Обианг Мангу, являвшегося на тот момент министром сельского и лесного хозяйства Экваториальной Гвинеи (а впоследствии — вице-президентом данного государства), финансовых средств в целях приобретения дорогостоящего движимого и недвижимого имущества на территории Франции, в том числе здания, расположенного в Париже по адресу Авеню Фош, дом 42, и якобы использовавшегося в целях представительства (французская сторона настаивала, что в целях представительства здание никогда не использовалось). В ходе расследования следственный судья пришёл к выводу, что здание было приобретено на средства, полученные в результате преступных действий, совершение которых инкриминировалось Теодоро Нгема Обианг Мангу, и что последний являлся его реальным

собственником. Компетентные органы Франции дважды пытались вызвать его на допрос, однако, ссылаясь на иммунитет *ex officio* от иностранной судебной юрисдикции, он оба раза отказался явиться³⁴. Наконец, в отношении вице-президента был выдан ордер на арест, правомерность выдачи которого адвокаты подозреваемого попытались оспорить в Парижском апелляционном суде, однако суд указал, что функциональный иммунитет от уголовной юрисдикции Франции не распространяется на деяния, совершённые им в личном качестве (англ.: *in private capacity*)³⁵. По причине отказа Теодоро Нгема Обианг Мангу явиться в суд французские правоохранительные органы направили коллегам из Экваториальной Гвинеи запрос о взаимной правовой помощи на основании статьи 18 Палермской конвенции, суть которого сводилась к просьбе вручить подозреваемому повестку во французский суд. Данный запрос был исполнен, после чего в Малабо состоялись слушания, на которых французский следственный судья, выступавший по видеосвязи, предъявил вице-президенту официальные обвинения в соучастии в скрытом инвестировании (англ.: *making hidden investments*) или легализации доходов, полученных преступным путем, в виде приобретения движимого и недвижимого имущества (англ.: *converting... proceeds of a felony or misdemeanour... by acquiring a number of movable and immovable assets*)³⁶. Спустя какое-то время расследование было официально объявлено завершённым, и Финансовая прокуратура Франции направила в суд окончательные материалы по делу Теодоро Нгема Обианг Мангу, обвинённого в отмывании денежных средств.

На этом фоне Экваториальная Гвинея инициировала разбирательство в Международном Суде. Международно-правовыми источниками, на нормы которых Экваториальная Гвинея сослалась при обосновании юрисдикции Суда, были Палермская конвенция и Факультативный протокол (*далее* — Протокол) к Венской конвенции о дипломатических сношениях 1961 года (*далее* — Венская конвенция).

³⁴ См.: *Ibid.*, § 29.

³⁵ См.: *Ibid.*, § 30.

³⁶ См.: *Ibid.*, § 32.

³³ См.: *Immunities and Criminal Proceedings Judgment*, § 24.

Правопритязания Экваториальной Гвинеи сводились к тому, что Франция якобы совершила деликт, нарушив в отношении неё свои международно-правовые обязательства, вытекающие из принципа суверенного равенства государств и принципа невмешательства в дела, по существу входящие в их внутреннюю компетенцию (*далее* — принцип невмешательства): в отношении здания на Авеню Фош деликт состоял в том, что Франция покусилась на иммунитеты, предусмотренные в отношении помещений представительства в соответствии с Венской конвенцией и общим международным правом; а в отношении Теодоро Нгема Обианг Мангу — в том, что Франция инициировала против него уголовное производство в связи с предполагаемым совершением преступлений, которые, даже если бы они и были совершены и доказаны, подпадали бы под юрисдикцию исключительно судов Экваториальной Гвинеи; кроме того, нарушение в отношении Теодоро Нгема Обианг Мангу заключалось в посягательстве на полагающиеся последнему *ex officio* функциональные иммунитеты в нарушение Палермской конвенции³⁷.

Франция выдвинула три предварительных возражения.

Первое было нацелено на то, чтобы оспорить юрисдикцию Суда по Палермской конвенции в силу того, что *между государствами отсутствует спор, касающийся её толкования или применения*³⁸, и состояло из двух частей. Во-первых, государство-заявитель утверждало, что посредством уголовного преследования Теодоро Нгема Обианг Мангу (и нарушения его иммунитетов) и несоблюдения иммунитетов, якобы положенных зданию на Авеню Фош как государственной собственности Экваториальной Гвинеи, используемой в целях представительства, Франция нарушила статью 4 Палермской Конвенции, где закреплена обязанность государств-участников уважать принципы суверенного равенства, территориальной целостности и невмешательства. Суд поддержал возражение Франции о том, что статья 4 должна толковаться в свете объектов и цели Палермской конвенции и с учётом её контекста не отсылает к обычным международно-пра-

вовым нормам об иммунитетах, вытекающим в свою очередь из императивных норм международного права о суверенном равенстве и невмешательстве, поэтому спор Экваториальной Гвинеи и Франции об иммунитетах не касается толкования или применения Палермской конвенции, а значит, у Суда отсутствует юрисдикция его рассматривать. Вторых, по мнению государства-заявителя, Франция, инициировав процессуальные действия в отношении вице-президента суверенного государства, тем самым в одностороннем порядке превысила пределы национальной уголовной юрисдикции в отношении преступлений, криминализуемых Палермской конвенцией (англ.: *France's alleged overextension of its criminal jurisdiction over predicate offences*)³⁹, поскольку единственной жертвой (англ.: *sole victim*) преступлений, в которых обвинялся Теодоро Нгема Обианг Мангу, если эти преступления вообще имели место, может быть только глава государства Экваториальной Гвинеи⁴⁰. Анализ контраргументации Франции и соображений поддержавшего её Суда приведён далее.

Второе возражение состояло в том, что Суд не имеет юрисдикции рассматривать спор по Протоколу, поскольку здание на Авеню Фош никогда не составляло помещений представительства по смыслу Венской конвенции. По мнению Суда, по причине того, что между сторонами существуют юридические разногласия относительно того, является ли указанное здание помещениями представительства и полагаются ли ему соответствующие иммунитеты в силу Венской конвенции, спор, касающийся толкования или применения Венской конвенции, имеет место, а значит, у Суда есть юрисдикция его рассматривать.

Третье возражение заключалось в том, что, по мнению Франции, поведение Экваториальной Гвинеи представляет собой злоупотребление правом, а обращение в Суд по рассматриваемому вопросу — злоупотребление судебной процедурой. Суд, рассматривая оба довода Франции только применительно к Венской конвенции, поскольку выше установил отсутствие юрисдикции по Палермской конвенции, отверг и тот и другой на том основании, что Суд может отказаться рассматри-

³⁷ См.: *Immunities and Criminal Proceedings Judgment*. § 18.

³⁸ См.: *Ibid.* § 74.

³⁹ См.: *Ibid.* § 52.

⁴⁰ См.: *Ibid.* § 55.

вать спор со ссылкой на злоупотребление судебной процедурой только в исключительных обстоятельствах, коих в данном деле установлено не было (Суд, правда, не пояснил при этом, что это за исключительные обстоятельства и каковы условия их возникновения); Суд квалифицировал в качестве нерелевантного и утверждение Франции о якобы злоупотреблении правом со стороны государства-заявителя, так как спорный вопрос был отнесён Судом на стадию рассмотрения по существу.

Теперь, когда приведены контекст дела, его фабула и обозначена «судьба» всех остальных предварительных возражений, видится целесообразным изучить наиболее спорную часть решения Суда — в части первого предварительного возражения, касающегося предполагаемого превышения Францией пределов национальной уголовной юрисдикции.

Итак, Экваториальная Гвинея утверждала, что французское законодательство, криминализующее отмывание преступных доходов и устанавливающее уголовную юрисдикцию Франции в отношении данных преступлений, было истолковано и применено французскими судами таким образом, что это нарушало императивные нормы международного права, что в свою очередь идёт вразрез с нормами статьи 4 Палермской конвенции, предписывающими государствам-участникам выполнять свои международно-правовые обязательства, *inter alia*, в соответствии с принципами суверенного равенства и невмешательства⁴¹. Такая позиция государства-заявителя подразумевает два аспекта: с одной стороны, криминализацию деяний, квалифицированных в качестве преступлений по смыслу Палермской конвенции, посредством приведения национального законодательства в соответствие с конвенционными нормами; с другой стороны, непосредственное осуществление уголовной юрисдикции в отношении соответствующих деяний национальными судами. Применительно к данному спору крайне важно отметить, что Экваториальная Гвинея не оспаривала тот факт, что Франция предусмотрела в своём национальном законодательстве уголовную ответственность за деяния, криминализуемые Палермской кон-

венцией, однако то, как эти нормы были реально применены французскими судами в отношении Теодоро Нгема Обианг Мангу, как раз и вызвало протест Экваториальной Гвинеи.

В своём предварительном возражении Франция оспаривала утверждение о превышении пределов уголовной юрисдикции, поскольку выполнила свои обязательства по имплементации конвенционных положений и предусмотрела в национальном законодательстве наказание за деяния, криминализуемые нормами Палермской конвенции (в том числе за отмывание преступных доходов, квалифицированное в качестве преступления по статье 6); кроме того, Франция заявила, что, основываясь на нормах статьи 15 Палермской конвенции, выполнила международно-правовые обязательства по установлению уголовной юрисдикции в отношении соответствующих преступлений.

В результате Суд пришёл к следующим выводам. Сославшись на пункт 2(b) статьи 6 Палермской конвенции, Суд указал, что государство-участник обязано установить юрисдикцию в отношении деяний, квалифицируемых в качестве преступления по статье 6; в то же время данная юрисдикция может распространяться и на преступления, совершённые за пределами его юрисдикции, однако при этом деяние должно рассматриваться в качестве преступления по внутреннему праву как государства места его совершения, так и государства, установившего свою юрисдикцию в отношении такового. То есть Суд сослался на закреплённую в пункте 2(c) статьи 6 Палермской конвенции клаузулу о двойной криминализации (англ.: *double criminality clause*), ограничивающую национальную уголовную юрисдикцию в отношении конвенционных преступлений наличием в уголовном законодательстве двух государств — места совершения преступления (лат.: *lex loci delicti commissi*) и государства, осуществляющего уголовную юрисдикцию, — соответствующей уголовно-правовой нормы. Но главное — Суд, сославшись на защитительную клаузулу (англ.: *saving clause*), закреплённую в пункте 6 статьи 15, о том, что без ущерба для норм общего международного права Палермская конвенция не исключает любой уголовной юрисдикции, установленной в соответствии с внутренним правом государством-уча-

⁴¹ См.: *Immunities and Criminal Proceedings Judgment*. § 104.

стником, фактически самоустранился от дальнейшего рассмотрения спора, *конклюдентно* признав правомерность действий Франции, установившей в соответствии со своим внутренним законодательством уголовную юрисдикцию в отношении инкриминируемых Теодоро Нгема Обианг Мангу деяний.

Юридическая логика Суда основывалась на следующих аргументах.

Во-первых, в соответствии с пунктом 6 статьи 11 Палермской конвенции определение криминализованных ею деяний и применимых юридических возражений или других правовых принципов, определяющих правомерность соответствующих деяний, отнесено к сфере национального законодательства, на основании которого уголовное преследование и осуществляется. В связи с этим Суд отметил, что Палермская конвенция способствует координации действий государств в осуществлении последними своей юрисдикции, но никак не призвана предписывать им характер мер, которые те обязаны предпринять при осуществлении таковой (англ.: “...the Convention helps to co-ordinate but does not direct the actions of States parties in the exercise of their domestic jurisdiction”⁴²). Поэтому, когда Франция осуществляла уголовное преследование Теодоро Нгема Обианг Мангу и прибегала к предусмотренному Палермской конвенцией механизму взаимной правовой помощи, она ориентировалась на собственное национальное законодательство, в соответствии с которым (а не в соответствии с Палермской конвенцией) и проводила уголовное преследование.

Во-вторых, как особо подчеркнул Суд, в силу защитительной клаузулы конвенционные нормы не затрагивают дискреционного права государств — участников Палермской конвенции осуществлять любую уголовную юрисдикцию в соответствии со своим национальным законодательством⁴³. Иными словами, Франция была вправе осуществлять уголовное преследование Теодоро Нгема Обианг Мангу безотносительно обязательств по Палермской конвенции, если уголовная ответственность за соответствующие деяния предусмотрена её национальным законодательством (тот факт, что французским зако-

нодательством предусматривалась такая ответственность, не оспаривала даже Экваториальная Гвинея).

В-третьих, вопреки утверждению Экваториальной Гвинеи, ничто, по мнению Суда, в Палермской конвенции не предусматривает исключительной юрисдикции государства места совершения преступления. Более того, как отмечает Суд, нормы пункта 2(с) статьи 6 касаются не того, совершило ли то или иное лицо преступление на территории иностранного государства, а того, образует ли соответствующее деяние преступление по смыслу Палермской конвенции⁴⁴.

На основании вышеизложенных доводов⁴⁵ Суд пришёл к выводу о том, что заявленные Экваториальной Гвинеей нарушения, которые якобы были допущены Францией, превысившей пределы своей национальной уголовной юрисдикции, не подпадают под нормы Палермской конвенции. В результате Суд поддержал предварительное возражение Франции, заключив, что не обладает юрисдикцией рассматривать спор.

4. Вопрос о том, является ли рассмотренное возражение сугубо предварительным

В приведённом выше решении Суд, действуя на основании пункта 9 статьи 79 Регламента, на стадии до рассмотрения спора по существу поддержал выдвинутое государством-ответчиком предварительное возражение. Таким образом, не ссылаясь напрямую на доктрину сугубой предварительности юрисдикционных возражений (справедливости ради следует указать, что Франция на неё также не ссылалась), конклюдентно признал заключённый в поддержанном Судом предварительном возращении вопрос в качестве сугубо предварительного.

Выше были приведены три аргумента, на которых основывался Суд, когда констатировал отсутствие у него юрисдикции рассматривать спор. Однако все три аргумента представляются малоубедительными.

Во-первых, аргумент о том, что определение характера мер, предпринимаемых в целях уголовного преследования криминализуемых

⁴² *Immunities and Criminal Proceedings Judgment*. § 114.

⁴³ См.: *Ibid.* § 116.

⁴⁴ См.: *Ibid.*, *ultra*.

⁴⁵ См.: *Ibid.* § 117.

Палермской конвенцией деяний, отдано на усмотрение государствам-участникам, несостоятелен постольку, поскольку в своих правопритязаниях Экваториальная Гвинея стремилась оспорить не характер мер и даже не сами меры, а то, как именно они были реализованы — к тому же в отношении лица, пользующегося иммунитетом *ex officio*; пределы реализации указанных мер в отношении их «адресата» — Теодоро Нгема Обианг Мангу — и стали предметом спора, напрямую касающегося толкования или применения Палермской конвенции.

Во-вторых, аргумент о защитительной клаузуле слабо применим в той связи, что Франция осуществляла уголовное преследование Теодоро Нгема Обианг Мангу не только в силу внутренних уголовно-правовых норм, но и, что очень важно, во исполнение обязательств по Палермской конвенции (тот факт, что деяния, ему инкриминируемые, подпадают под конвенционные нормы, подразумевается подтверждается и действиями самой Франции, которая *первой* решила прибегнуть к данному международному договору, когда запустила механизм взаимной правовой помощи, что как раз и вызвало протесты Экваториальной Гвинеи).

Наконец, *в-третьих*, аргумент о том, что Палермская конвенция не предусматривает исключительной национальной юрисдикции государства места совершения преступления, вообще видится странным в решении, относящемся к предварительным возражениям. Кроме того, он, скорее, свидетельствует в пользу того, что между сторонами всё-таки существует спор, касающийся толкования или применения договора, поскольку, как видно из фабулы дела, инкриминируемые Теодоро Нгема Обианг Мангу преступления, *prima facie*, подпадают под материальные нормы статьи 6 Палермской конвенции.

Несомненно, национальная уголовная юрисдикция Франции в отношении отмывания преступных доходов, за что французским законодателем была установлена уголовная ответственность, *etiam*, проистекала из обязательств Франции по Палермской конвенции, обязывающей государства-участников устанавливать уголовную юрисдикцию в отношении криминализуемых данным договором деяний (тут очень уместно напомнить, что, как установила Постоянная палата в ре-

шении по делу о пароходе «Уимблдон», право государства вступления в международно-договорные отношения является атрибутом его суверенитета⁴⁶; кроме того, Постоянная палата ещё в консультативном заключении по делу об обмене греческим и турецким населением в соответствии со статьёй 2 Лозаннского мирного договора 1923 года назвала самоочевидным (англ.: self-evident) принцип, согласно которому государство, взявшее на себя международно-правовые обязательства, также обязано внести в национальное законодательство необходимые изменения, дабы обеспечить выполнение таких обязательств⁴⁷).

Очевидно, что *вопрос о пределах национальной уголовной юрисдикции в свете обязательств государств — участников Палермской конвенции* крайне сложен и явно выходит за рамки сугубой предварительности, являясь *вопросом, касающимся её толкования или применения*, и решение данного вопроса на стадии предварительных возражений выглядит, по скромному мнению автора, недостаточно обоснованным.

Тем примечательнее, что в решении по делу об иммунитетах и уголовном производстве Суд, приступив к оценке ситуации на стадии предварительных возражений и изучив материальные нормы Палермской конвенции — *а нормы, регламентирующие обязанность государств криминализовать определённые деяния и установить юрисдикцию в отношении таких деяний, несомненно, являются материальными, поскольку устанавливают права и обязанности государств — участников договора* — в результате заявил, что спора, вытекающего из данного договора, нет и что юрисдикция *рассматривать* спор у него отсутствует.

В декларации к решению судья Овада подчеркнул, что в силу норм Палермской конвенции государства обязаны предотвращать и осуществлять преследование деяний, квалифицируемых в качестве преступлений на

⁴⁶ См.: PCIJ. S.S. Wimbledon (United Kingdom, France, Italy, Japan v. Germany). Judgment of 17 August 1923 // P.C.I.J. Publications 1923 (Ser. A). § 35.

⁴⁷ См.: PCIJ. Exchange of Greek and Turkish Populations (Lausanne Convention VI, January 30th 1923, Article 2) (Greece v. Turkey). Advisory Opinion of 21 February 1925 // P.C.I.J. Publications 1925 (Ser. B). § 52.

основании конвенционных норм, посредством введения законодательных, административных или судебных мер, направленных на то, чтобы криминализовать подобные деяния⁴⁸.

При этом ряд судей предпочли не согласиться с позицией большинства, в том числе с подходом, высказанным судьёй Овада, и выступили с совместным особым мнением, в котором указали, что «[Палермская] конвенция, будучи международным договором, заключённым между суверенными государствами, в каждом из которых действует своё национальное право, относящееся к уголовному преследованию преступлений, предполагает существование предела, за который действие договора не выходит, поскольку Палермская конвенция не может устанавливать требования, которые могут нарушать принципы независимости суда и прокурорской дискреции, признаваемые в большинстве государств мира⁴⁹»; более того, любая международная конвенция, подчёркивают судьи, оставшиеся в меньшинстве, обязывающая государства криминализовать определённые деяния, стремится установить фундаментальные принципы и стандарты, в соответствии с которыми государства-участники и осуществляют уголовную юрисдикцию⁵⁰.

Таким образом, как представляется, *выдвинутое Францией предварительное возражение против заявленного государством-заявителем превышения пределов национальной уголовной юрисдикции, допущенного государством-ответчиком, всецело подпадает под определение не являющегося сугубо предварительным.*

В пользу этого свидетельствуют следующие аргументы.

Во-первых, данное возражение касается многих аспектов рассматриваемого спора, среди которых надлежит особо выделить: проблему выполнения государствами — участниками Палермской конвенции международно-правовых обязательств по криминализации деяний, квалифицируемых в качестве преступлений по смыслу договора; проблему последующего установления юрисдикции в

отношении криминализованных таким образом деяний, поскольку в отсутствие надлежащей имплементации соответствующих норм в национальное законодательство государство связано действием общего принципа права *nullum crimen et nulla poena sine lege*; проблему соблюдения принципа суверенного равенства и иных императивных норм международного права при осуществлении такого уголовного преследования; проблему ссылки на функциональные иммунитеты одним государством — участником Палермской конвенции в случае проведения в отношении его гражданина, пользующегося такими иммунитетами, уголовно-процессуальных действий другим государством — участником Палермской конвенции.

Во-вторых, предварительное возражение Франции носило не только юрисдикционный характер, но и затрагивало её обязательства, вытекающие из материальных норм Палермской конвенции, а именно: ключевых её статей — 4, 6 и 15-й, поскольку последние *устанавливают права и обязанности государств — участников Палермской конвенции по криминализации отмывания преступных доходов и установления юрисдикции в отношении таких деяний*, — а также касалось вопросов толкования или применения Палермской конвенции.

В-третьих, своим решением Суд не просто поддержал предварительное возражение Франции, отвергнув тем самым довод государства-заявителя, но и, сославшись при этом на защитительную клаузулу, имплицитно дал понять, что Франция не нарушила своих обязательств по Палермской конвенции, признав отсутствие превышения пределов национальной уголовной юрисдикции.

В-четвёртых, перенеся рассмотрение предварительного возражения на стадию по существу, Суд ни в коей мере не способствовал бы неоправданному затягиванию судебного разбирательства; более того, спор между Экваториальной Гвинеей и Францией касался не только предполагаемого деликта, проистекающего из материальных норм Палермской конвенции, но и заявленного Экваториальной Гвинеей нарушения Францией Венской конвенции, поскольку французские правоохранительные органы наложили арест на расположенную на её территории недвижимость Теодоро Нгема Обианг Мангу, факт приобре-

⁴⁸ См.: *Immunities and Criminal Proceedings Judgment*, Declaration of Judge Owada. § 11.

⁴⁹ ICJ. *Immunities and Criminal Proceedings Judgment*, Joint Dissenting Opinion of Vice-President Xue, Judges Sebutinde and Robinson, and Judge *ad hoc* Kateka. § 51.

⁵⁰ См.: *Loc. cit.*

тения которой, как установили следователи, образует преступление по смыслу Палермской конвенции, притом сама Экваториальная Гвинея официально заявляла, что данная недвижимость подпадает под защиту Венской конвенции, коль скоро используется в целях представительства (как уже упоминалось выше, по спору о возможном нарушении Венской конвенции Суд признал наличие юрисдикции). Таким образом, рассмотрение спора Судом по вопросу о возможном нарушении Францией Венской конвенции происходило бы одновременно и вкупе с рассмотрением спора по Палермской конвенции, и это в свете изложенных выше обстоятельств и доводов выглядело бы разумным.

5. Заключение

В ходе проведённого исследования был осуществлён анализ доктрины сугубой предварительности юрисдикционных возражений, изучены параметры применения данной доктрины Международным Судом, а также истоки применения доктрины в более ранней практике Постоянной палаты. В результате была выявлена конструкция, состоящая из четырёх элементов и используемая Судом для квалификации предварительного возражения как сугубо предварительного (или не являющегося таковым).

Проанализировано решение Суда по *делу об иммунитете и уголовном производстве* в части, касающейся оценки Судом выдвинутого государством-ответчиком (Францией) по данному спору предварительного возражения относительно предположительно допущенного последним в отношении государства-заявителя (Экваториальной Гвинеи) деликта, представляющего собой нарушение соответствующих материальных норм Палермской конвенции. Более того, изучен вопрос о том, можно ли считать данное предварительное возражение сугубо предварительным, коль скоро его решение было осуществлено Судом именно на стадии предварительных возражений, а не на этапе рассмотрения дела по существу.

Таким образом, можно сделать следующие выводы.

Во-первых, доктрину сугубой предварительности юрисдикционных возражений, восходящую ещё к практике Постоянной палаты,

но нашедшую своё формальное закрепление только в 1972 году ввиду внесения соответствующих изменений в Регламент, следует считать неотъемлемой частью действующего процессуального права Международного Суда, сконструировавшего в результате правоприменительной практики тест, позволяющий квалифицировать предварительное возражение как сугубо предварительное или не являющееся таковым и включающий четыре элемента: многоаспектность (возражение, не являющееся сугубо предварительным, должно касаться разных аспектов спора), нацеленность на то, чтобы оспорить полномочия Суда рассматривать спор (выдвигая возражение, сторона не должна стремиться оспорить тем самым вопросы, касающиеся связанных со спором норм материального права), своевременность (возражение должно быть сформулировано так, чтобы, решая относящийся к нему вопрос, Суд не превосхитил решение спора по существу), разумность (при переносе оценки предварительного возражения на стадию рассмотрения спора по существу судебное разбирательство не должно чрезмерно или неоправданно затягиваться).

Во-вторых, в решении о предварительных возражениях по *делу об иммунитете и уголовном производстве* Суд, рассмотрев и в итоге поддержав предварительное возражение государства-ответчика о том, что последнее не нарушило материальных норм Палермской конвенции, когда устанавливало уголовную юрисдикцию в отношении деяния, признаваемого преступлением по смыслу договора, и при этом не превысило пределов национальной уголовной юрисдикции, конклюдентно квалифицировал такое возражение как сугубо предварительное.

В-третьих, учитывая правовое содержание элементов выявленного теста на сугубую предварительность юрисдикционных возражений, представляется допустимым заключить, что принятие решения по данному юрисдикционному возражению на стадии рассмотрения дела по существу видится недостаточно оправданным и разумным, поскольку вопрос, относящийся к оному, касается разных аспектов спора (не только сугубо предварительных), затрагивает вопросы устанавливаемого Палермской конвенцией материального права, превосхищает решение по существу дела, подразумеваемо признавая

фактическое отсутствие нарушения норм Палермской конвенции государством-ответчиком; более того, нет оснований предполагать, что решение данного вопроса на стадии рассмотрения дела по существу каким-либо образом способствовало бы чрезмерному или неоправданному затягиванию спора.

Библиографическое описание:

Кантур Р. Сугубая предварительность юрисдикционных возражений: о некоторых выводах решения Международного Суда ООН по делу об иммунитетах и уголовном производстве // Международное правосудие. 2018. № 4 (28). С. 83–96.

Jurisdictional objections of an exclusively preliminary character: a commentary upon certain conclusions made by the International Court of Justice in *Immunities and Criminal Proceedings*

Ruslan Kantur

LL.M., Lawyer, Department for New Challenges and Threats, Ministry of Foreign Affairs of the Russian Federation, Moscow, Russia (e-mail: ru.a.kantur@gmail.com).

Abstract

This article examines the judgment on preliminary objections delivered by the International Court of Justice in an *Immunities and Criminal Proceedings* dispute between Equatorial Guinea and France and scrutinizes the preliminary objection that was employed by France to deny the alleged over-extension of its national criminal jurisdiction with respect to offences criminalized thereby in conformity with the 2000 United Nations Convention against Transnational Organized Crime (Palermo Convention). The analysis of the previous case-law of the I.C.J. and the Permanent Court of International Justice allows one to presume the existence of a test helping the Court to reveal whether a particular preliminary objection has an exclusively preliminary character or not. There are four elements of the mentioned test: firstly, the objection of an exclusively preliminary character must not touch upon many aspects of the case; secondly, it must not interfere with the Court's jurisdiction *ratione materiae* to entertain a dispute; thirdly, it should be formulated so that the Court deciding thereupon does not pre-judge a dispute upon the merits; and, fourthly, the joinder of such an objection to the merits should

not make the proceedings excessively or unreasonably lengthy. Furthermore, not only did the Court, having held upon the preliminary objection before the merits, not establish a dispute falling within the scope of the Palermo Convention, but neither did it resort to the test notwithstanding the fact that it seems to have been quite reasonable to assume its applicability. Indubitably, the objection related to many aspects of the dispute, including the question of the legality of referring to immunities *ex officio* from criminal prosecution of another state's law enforcement authorities in regard to conventional crimes. Moreover, it pre-judged the dispute, *de facto* constituted a decision on the merits, and dwelt upon the substantive law provided for in the Palermo Convention. Withal, there is no reason to believe that the joinder of the relevant objection to the merits would excessively or unreasonably have protracted the proceedings.

Keywords

International Court of Justice; preliminary objections; national criminal jurisdiction; United Nations Convention against Transnational Organized Crime; functional immunities; jurisdiction *ratione materiae*; international criminal law.

Citation

Kantur R. (2018) Sugubaya predvaritel'nost' yurisdiktsionnykh vozrazheniy: o nekotorykh vyvodakh resheniya Mezhdunarodnogo Suda OON po delu ob immunitetakh i ugovolnom proizvodstve [Jurisdictional objections of an exclusively preliminary character: a commentary upon certain conclusions made by the International Court of Justice in *Immunities and Criminal Proceedings*]. *Mezhdunarodnoe pravosudie*, vol. 8, no. 4, pp. 83–96. (In Russian).

References

- Amerasinghe Ch.F. (2009) *Jurisdiction of Specific International Tribunals*, Leiden; Boston, MA: Martinus Nijhoff Publishers.
- Antonopoulos C. (2011) *Counterclaims before the International Court of Justice*, The Hague: T.M.C. Asser Press.
- Couvreur Ph. (2016) *The International Court of Justice and the Effectiveness of International Law*, Leiden; Boston, MA: Brill/Nijhoff.
- Lauterpacht H. (2004) *International Law. Vol. 5: Disputes, War and Neutrality. Parts IX–XIV*, Cambridge: Cambridge University Press.
- Morgan-Foster J. (2015) V poiskakh vykhoda iz labirinta: slozhnyy put' k yurisdiktsii v dele *Khorvatiya protiv Serbii* [Looking for a way out of the labyrinth: a difficult path to jurisdiction in *Croatia v. Serbia*]. *Mezhdunarodnoe pravosudie*, vol. 5, no. 3, pp. 3–18. (In Russian).
- Rosenne Sh. (2006) *The Law and Practice of the International Court, 1920–2005*, 4 vols., 4th ed., Leiden; Boston, MA: Martinus Nijhoff Publishers.
- Spiermann O. (2005) *International Legal Argument in the Permanent Court of International Justice: The Rise of the International Judiciary*, Cambridge: Cambridge University Press.

Эволюция идей доступности правосудия в правовой науке и практике Европейского Суда по правам человека

Евгений Фокин*

Проблематика доступности правосудия остаётся актуальной как в практике Европейского Суда по правам человека, так и на уровне национального правового регулирования. Настоящая статья преследует цель обобщить накопленные теоретические представления о доступности правосудия и отследить их практическую реализацию Европейским Судом по правам человека. Исследование открывалось историческим обзором взглядов на доступ к правосудию. Делается вывод о том, что косвенно данная проблематика осмысливалась человечеством ещё со времен римского права, однако систематизацию и конкретизацию получила лишь во второй половине двадцатого века. Затем в статье даётся краткий сравнительный анализ понятий «доступность правосудия», «право на доступ к суду», «доступ к суду». Данный анализ опирается в том числе и на российскую доктрину. Основная часть статьи посвящена практике Европейского Суда по правам человека. Так, анализ практики начинается с обзора дела *Голдер против Соединённого Королевства*, постановление по которому стало фундаментом и основой для дальнейших позиций Суда. При этом даётся обзор и особых мнений судей, не согласившихся с необходимостью выделения доступа к суду в качестве самостоятельного элемента права на справедливое судебное разбирательство. Далее статья раскрывает подходы Европейского Суда по правам человека по вопросу об ограничениях права на доступ к суду, сопоставляя правовые позиции Суда, в которых такие ограничения признаются возможными, с теми, согласно которым ограничения являются нарушением Конвенции о защите прав человека и основных свобод 1950 года. Наконец, значительное внимание уделяется рассмотрению вопроса о том, какими именно существенными чертами должно обладать правосудие для целей соблюдения права на доступ к суду. В завершение статьи приводится краткий обзор сфер пересечения доступности правосудия с иными элементами права на справедливое судебное разбирательство. Статья опирается на сравнительно-правовые и исторические методы анализа.

→ *Доступность правосудия; право на доступ к суду; справедливое судебное разбирательство; практика ЕСПЧ; возбуждение дела в суде; эффективность правосудия*

DOI: 10.21128/2226-2059-2018-4-97-112

1. Введение

На современном этапе развития российского права не утрачивает актуальности проблематика доступности правосудия как ключевой качественной характеристики судебной деятельности. Последние реформы процессуального законодательства (как уже состоявшие-

ся, так и пока только предлагаемые Верховным Судом Российской Федерации)¹ побуждают задуматься над целым рядом практических вопросов с теоретическим фундаментом: при каких существенных характеристиках правосудие можно считать доступным? При каком устройстве судебной системы можно говорить о доступном правосудии? Что именно входит в содержание понятия «доступность

* Евгений Анатольевич Фокин — научный сотрудник Института законодательства и сравнительного правоведения при Правительстве РФ; аспирант кафедры судебной власти Национального исследовательского университета «Высшая школа экономики», Москва, Россия (e-mail: evgeniy.hse@outlook.com).

¹ В их числе создание апелляционных и кассационных судов в системе судов общей юрисдикции, расширение сферы действия упрощённых производств в гражданском и арбитражном процессах, введение так называемой адвокатской монополии на осуществление судебного представительства.

правосудия»? Термин «доступность правосудия» пока что не нашёл на страницах научной литературы единообразной дефиниции. Актуальны эти вопросы далеко не только для России: лишь за 2017–2018 годы судебные реформы прошли в целом ряде европейских государств: Украине, Польше, Македонии, Сербии, Черногории, Армении, Болгарии, по состоянию на июль 2018 года не завершена судебная реформа в Румынии. Примечательно, что, судя по официальной статистике Европейского Суда по правам человека (*далее* – ЕСПЧ, Европейский Суд), именно из этих стран наблюдается рост жалоб по статье 6 Конвенции о защите прав человека и основных свобод (*далее* – Конвенция). Можно ожидать, что и в этих государствах в обозримом будущем встанет вопрос о том, обеспечили ли реформы более доступное правосудие или нет.

Сказанное провоцирует интерес не столько к проблемам доступности правосудия в отдельных государствах, сколько к общетеоретическому осмыслению данной категории, её эволюции и развитию. Хорошо известно, что значительное влияние на конкретизацию идей доступности правосудия оказала прецедентная практика ЕСПЧ. Практика ЕСПЧ по вопросам доступа к суду (доступа к правосудию) неоднократно анализировалась в научной литературе. Вместе с тем эта практика очень обширна и постоянно эволюционирует, что обуславливает целесообразность выявления в ней системных связей как между отдельными элементами/условиями доступности правосудия, так и с другими элементами права на справедливое судебное разбирательство. Этой цели и посвящена настоящая статья.

Как будет отмечено в статье, терминологические различия понятийного аппарата (доступ к суду, доступность правосудия, право на доступ к суду) минимальны, поэтому анализ в большей степени акцентирует внимание на существенных характеристиках доступности правосудия, сформулированных ЕСПЧ, и в меньшей степени на терминологических вопросах.

2. Теоретическое осмысление идей доступности правосудия

Российские исследователи уже предпринимали попытку историко-правового анализа

идей доступности правосудия. К таким работам относятся диссертационные исследования Е. В. Власова², В. М. Сидоренко³. Вместе с тем данные авторы рассматривали лишь российский опыт (начиная с судебной реформы 1864 года), а основное внимание уделяли не столько теоретическим идеям, сколько их законодательному отражению.

В свою очередь, история государства и права знает и более ранние попытки осмысления проблематики доступности правосудия. Так, ещё в римском праве можно найти первые попытки урегулирования вопросов доступа в суд. Римский гражданский процесс прошёл через три исторические формы: легисакционный, формулярный и экстраординарный процессы⁴. Не вдаваясь в детали данных видов судопроизводства, отметим, что развитие римского гражданского процесса шло по пути постепенного сокращения формализованных ритуалов и расширения возможностей судебной защиты.

В дальнейшем история также знала примеры принятия государственных решений, направленных на повышение возможностей судебной защиты. Так, основатель королевской династии Бурбонов король Генрих IV принял решение о снижении бремени судебных расходов для населения, исходя из необходимости сделать правосудие более доступным⁵. Нельзя не отметить, что спустя несколько столетий вопрос о соотношении стоимости правосудия и возможностей судебной защиты станет одним из центральных в концепции доступности правосудия. Много позднее во Франции вопрос о соотношении финансовых возможностей и доступности правосудия стал получать закрепление и в конституционных документах. Так, Декрет об организации судопроизводства 1790 года, а впоследствии и Конституция Франции 1791 года содержали норму о беспопытливости осуществления правосудия. При этом было бы непра-

² См.: Власов Е. В. Доступность правосудия в административном судопроизводстве : дис. ... канд. юрид. наук. М., 2017. С. 14–31.

³ См.: Сидоренко В. М. Принцип доступности правосудия и проблемы его реализации в гражданском и арбитражном процессе : дис. ... канд. юрид. наук. Екатеринбург, 2001. С. 37–64.

⁴ См.: Салогубова Е. В. Римский гражданский процесс. М. : Городец-издат, 2002. С. 39.

⁵ См.: Уваров П. Ю. Под сводами Дворца правосудия. Семь юридических коллизий во Франции XVI века. М. : ООО «Новое литературное обозрение». 2017. С. 148.

вильно говорить, что исторически правовое регулирование шло по пути именно расширения возможностей судебной защиты. Тот же самый Декрет прямым текстом запрещал рассматривать иски против государства и государственных органов: «Под страхом обвинения в должностном преступлении судьи не будут каким бы то ни было образом мешать работе административных учреждений или вызывать чиновников в суд в связи с исполнением ими своих обязанностей».

Косвенно вопросы доступности правосудия затрагивались и философами. Так, Шарль Луи Монтескьё в труде «О духе законов» подчёркивал, что «законы [в аристократических государствах с республиканской формой правления. — Е. Ф.] должны во что бы то ни стало заставить знать обеспечивать правосудие для народа»⁶. Законы по Монтескьё обеспечивали как обособление судебной власти от иных властей, так и возможности беспрепятственной судебной защиты.

В своих воззрениях на гражданское общество Георг Фридрих Вильгельм Гегель выделял так называемое «право искать суда»: «член гражданского общества имеет право искать суда, так же как и обязан предстать перед судом и получить своё спорное право лишь от суда»⁷. Исторически возникновение данного права Гегель объяснял тем, что на смену «праву в себе» приходит «право справедливое в своём существовании»: вместо реагирования на правонарушение в форме мести появляется суд, благодаря которому осуществляется подлинное применение права, а не произвольное возмездие.

Вместе с тем стоит признать, что вышеуказанные примеры иллюстрируют лишь косвенные попытки осмысления вопросов доступности правосудия, какой-либо полноценной и самостоятельной концепции сформировано ещё не было.

В XIX веке в развитии научной мысли произошли заметные перемены. Произошло полномасштабное переосмысление места и роли процессуального права — оно выдвинулось в отдельную, самостоятельную науку и перестало восприниматься как придаток права материального.

Примером подобного переосмысления можно считать работу немецко-австрийского учёного-правоведа Оскара Бюлова «Учение о процессуальных возражениях и предпосылках»⁸. Особое (если не центральное) внимание учёный уделял условиям возникновения процесса. Возможность возникновения процесса Бюлов связывал с соблюдением предпосылок, под которыми в свою очередь понимались предписания и предварительные условия допустимости возникновения процессуальных правоотношений (и тем самым процесса как такового). При этом «порок» хотя бы одной предпосылки считался препятствием для возникновения процесса. Например, подобным препятствием являлась подача иска неправомочным лицом.

В это же время проводились и другие исследования проблематики права на иск. Можно отметить работы Б. Виндшайда⁹, Г. Пухта¹⁰, а также российских дореволюционных учёных (например, В. М. Гордона¹¹). Осмысление проблематики права на иск во многом стало необходимой предпосылкой к дальнейшему расширению научных исследований, так или иначе затрагивающих вопросы доступа к суду.

Наконец, в начале XX века вновь произошла некоторая перестройка системы научного знания. Так, именно на рубеже XIX и XX веков началось развитие социологической науки. Это развитие было довольно стремительным, собственно социологические исследования в скором времени переросли в исследование междисциплинарного характера. Уже в 1913 году была опубликована работа Ойгена Эрлиха «Основоположение социологии права»¹², а в 1921 году увидело свет исследование Бенджамина Кардозо «Природа судебного процесса»¹³, в котором впервые была предпринята попытка исследовать правосу-

⁸ См.: *Bülow O.* Die Lehre von den Processseinreden und die Processvoraussetzungen. Gissen : Verlag von Emil Roth, 1868.

⁹ См.: *Windscheid B.* Die Actio des Römischen Civilrechts vom Standpunkt des Heutigen Rechts. Düsseldorf : Verlag von Julius Bubbeus, 1856.

¹⁰ См.: *Puchta G. F.* Pandekten. 2 Bde. Leipzig : Barth, 1832—1838—1844.

¹¹ См.: *Гордон В. М.* Иски о признании. Ярославль : Тип. Губ. правл., 1906.

¹² *Эрлих О.* Основоположение социологии права / пер. с нем. М. В. Антонова ; под ред. В. Г. Графского, Ю. И. Гревцова. СПб. : ООО «Университетский издательский консорциум», 2011.

¹³ *Cardozo B. N.* The Nature of Judicial Process. New Haven, CT : Yale University Press, 1921.

⁶ *Монтескьё Ш. Л.* О духе законов. М. : Гослитиздат, 1955. С. 147.

⁷ *Гегель Г.* Сочинения. М. ; Л. : Соцэкгиз, 1934. Т. VII. С. 241.

дие, в том числе с точки зрения социологии. Б. Кардозо фактически сформулировал категорию общественного интереса к правосудию и первым в юридической науке (хотя он и не был учёным как таковым) зафиксировал, что общественный запрос не может не влиять на содержание судебной деятельности и правосудие в целом. Важно это и для дальнейших рассуждений о природе доступности правосудия. Исключение социологического подхода из исследований доступности правосудия не позволит отделить декларативные возможности обращения за судебной защитой от реальных. Лишь опора на общественные представления, общественные запросы, а иногда и на общественную критику позволяет уяснить, есть ли в данном отдельно взятом обществе реальная возможность защитить свои права в судебном порядке или нет.

Окончательное формирование концепции доступности правосудия произошло в 70-е годы XX века и связано с проведением так называемого Флорентийского проекта. Проект проходил под эгидой ЮНЕСКО и имел целью осмысление неких универсальных фундаментальных основ судебной власти, базовых процессуальных прав. В основе проекта лежали доклады европейских стран, которые в совокупности должны были продемонстрировать и проиллюстрировать общие тенденции развития правосудия в мире, в том числе общие проблемы и вызовы. Стоит отметить, что указанные доклады не ограничивались какими-то частными вопросами процессуального права. Напротив, в национальных докладах была предпринята попытка рассмотреть существенные черты правосудия в соответствующей стране, а также сопоставить указанные черты с общими тенденциями развития правосудия в современном мире. Иными словами, можно констатировать, что Флорентийский проект был направлен на формирование новой философии правосудия.

Ядром и сердцем Флорентийского проекта стала работа профессора Мауро Каппеллетти¹⁴ «Доступность правосудия: общий сравнительный доклад»¹⁵. Отправной точкой дан-

ного труда является изменение теоретико-правового подхода к правосудию. М. Каппеллетти критикует преобладавший в то время либерально-буржуазный подход к праву и к правосудию, подразумевающий формализованно-позитивистское понимание права на судебную защиту. При таком подходе со стороны государства имеет место значительная пассивность по отношению к естественным правам: государство не отрицает факта их существования, однако активных действий, направленных на содействие в их реализации, не совершает¹⁶.

При этом одной из особенностей и в то же время одним из достоинств научных трудов М. Каппеллетти было удачное соотношение теоретических и практических подходов к доступности правосудия. Между строк работ учёного отчётливо прослеживался практико-ориентированный метод: М. Каппеллетти явно не считал концепцию доступности правосудия самоцелью своего исследования, уделяя основное внимание прикладным вопросам и аспектам. Так, например, учёный не стал заниматься построением некой единой и универсальной дефиниции доступности правосудия, но при этом стремился выявить существенные признаки и общие условия доступности правосудия. М. Каппеллетти первым из учёных рассмотрел природу барьеров в доступе к правосудию. С одной стороны, он признавал, что определённые барьеры при обращении в суд оправданны: доступ к суду не может быть беспорядочным и хаотичным, в связи с чем процедура обращения в суд должна быть так или иначе урегулирована. С другой же стороны, такие барьеры не должны быть неоправданно и неразумно затруднительными для преодоления, иначе есть высокая вероятность того, что право на судебную защиту станет формальным и эфемерным, а его реализация невозможной. Так, среди подобных барьеров М. Каппеллетти выделял организационные, финансовые, экономические и административные препятствия. К примеру, он утверждал, что возможности конкретного лица по обращению в суд зависят подчас не от положений процессуального законодательства, а

¹⁴ Мауро Каппеллетти (1927–2004) — профессор права, работавший в разные годы своей жизни в Университете Флоренции, Европейском университете (во Флоренции), в Стэнфордской школе права.

¹⁵ Cappelletti M., Garth B., Trocker T. Access to Justice: Comparative General Report // *Rabels Zeitschrift für ausländisches und*

internationales Privatrecht=The Rabel Journal of Comparative and International Private Law. 40. Jg. 1976. H. 3–4. S. 669–717. URL: <https://www.repository.law.indiana.edu/facpub/2485> (дата обращения: 22.10.2018).

¹⁶ См.: Ibid. P. 670.

от финансовых ресурсов лица, достаточности их для покрытия затрат на участие в судебной процедуре.

Много внимания учёный уделял и неравенству сторон: в значительном количестве споров стороны при формальном равенстве не равны фактически. В качестве наиболее яркого примера можно привести спор гражданина с государством или же спор гражданина с предприятием значительных масштабов. В этих спорах очевидны различия финансовых возможностей сторон, их уровня юридической подготовки и опыта.

Одним из итогов Флорентийского проекта и научных разработок М. Каппеллетти стало так называемое «движение за доступ к правосудию» (англ.: “access to justice movement”) — комплекс мер, направленных на обеспечение реального характера судебной защиты¹⁷. Такие меры М. Каппеллетти классифицировал в три группы, которые назвал «волнами». Каждая «волна», по сути, была производна от барьера, препятствующего доступу к правосудию:

1) устранение социальных препятствий (реформирование рынка юридической помощи, оптимизация системы распределения судебных расходов);

2) реформирование институтов защиты прав группы лиц;

3) внедрение систем альтернативного разрешения споров¹⁸.

Завершая краткий обзор идей М. Каппеллетти, хотелось бы ещё раз подчеркнуть их значение для осмысления доступности правосудия в частности и процессуально-правовой науки в целом. Такое значение сводится к тому, что воззрения на доступность правосудия были систематизированы, приведены к одному знаменателю и сведены в единую концепцию. В свою очередь, отличительной чертой данной концепции является не только её практическая ориентированность, но и её междисциплинарный характер: фактически

теория М. Каппеллетти вобрала в себя наработки философии и социологии права, теории права, отчасти других наук. Кроме того, концепция доступности правосудия была свободна и от рамок какой-то одной отрасли законодательства, она объединяла положения конституционного, международного, процессуального права.

К концу XX века вопросы доступности правосудия окончательно перешли из теоретической плоскости в практическую. Так, на рубеже веков в Великобритании была проведена масштабная судебная реформа — реформа Вульфа. Проведению реформы предшествовало осмысление проблематики доступности правосудия на самом высоком уровне: в 1992 году лорд-канцлер Джеймс Маккей прочитал лекцию в Ассоциации потребителей Великобритании и фактически признал множество проблем и препятствий в доступе к правосудию, имевших на тот момент место в Соединённом Королевстве¹⁹. Впоследствии идеи доступности правосудия в ходе проводимой реформы стали одними из центральных²⁰.

Наконец, на современном этапе интерес зарубежных учёных к проблематике доступности правосудия не ослаб, а только усилился. Так, например, У. Маттеи предпринял попытку некоторой ревизии трудов М. Каппеллетти применительно к современным реалиям²¹. При этом У. Маттеи произвёл некоторую конкретизацию методов исследования проблематики доступности правосудия, предложив четыре тезиса, которые должны стать фундаментом исследования:

1) различие фактических возможностей сторон спора;

2) опора на междисциплинарные подходы;

3) использование методов разных школ права, а не только западной;

4) учёт различий между правом в теории и правом на практике.

¹⁹ См.: *The Lord Mackay of Clashfern. Access to Justice* // RSA Journal. Vol. 141. 1992. No. 5435. P. 21–32, 21.

²⁰ Подробнее об английской судебной реформе см., например: *Кудряцева Е. В.* Современная реформа английского гражданского процесса : автореф. дис. ... д-ра юрид. наук. М., 2008. При этом тезис о том, что в Соединённом Королевстве обеспечено «наиболее доступное правосудие», отнюдь не бесспорен.

²¹ См.: *Mattei U.* Access to Justice. A Renewed Global Issue // Electronic Journal of Comparative Law. Vol. 11.3. 2007. P. 1. URL: <http://www.ejcl.org/113/article113-14.pdf> (дата обращения: 22.10.2018).

¹⁷ См.: *Cappelletti M., Garth B.* Access to Justice: The Newest Wave in the Worldwide Movement to Make Rights Effective // Buffalo Law Review. Vol. 27. 1978. No. 2. P. 181–292. URL: <https://www.repository.law.indiana.edu/facpub/1142> (дата обращения: 20.10.2018).

¹⁸ Подробнее о «движении за доступ к правосудию» см. также: *Аболонин В. О.* Принципы добросовестности и сотрудничества в «новом» гражданском процессе // Арбитражный и гражданский процесс. 2013. № 8. С. 2–8.

«Обновлённое» исследование доступности правосудия показало значительное усложнение проблем, обозначенных Флорентийским проектом. Например, расширение и развитие систем бесплатной юридической помощи привело к новой проблеме: зачастую оказывалось так, что власти того или иного государства признавали необходимость таких систем, однако воздерживались от их финансовой поддержки. В конечном счёте это приводило к закономерным затруднениям и делало работу систем бесплатной юридической помощи фактически невозможной.

Развитие систем альтернативного разрешения споров, о необходимости которых многократно писал М. Каппеллетти, также привело к новым вызовам. Так, У. Маттеи отметил, что альтернативное разрешение споров нередко открывает доступ не к правосудию, а к некому компромиссу и консенсусу между конфликтующими сторонами. Вследствие этого возникает немало вопросов: а что представляет большую ценность — правосудие или гармония между сторонами? Можно ли утверждать, что правосудие становится чем-то исключительным, к чему стоит прибегать лишь в крайних ситуациях?

Нельзя не сказать и о том, что У. Маттеи был автором масштабного социологического исследования, проведённого в значительном количестве государств и имевшего целью выяснение реального отношения людей к вопросам доступности правосудия.

Таким образом, можно увидеть, что длительное время (фактически до второй половины XX века) идеи доступности правосудия не получали чёткого научного выражения, они были нераздельно связаны с иными концепциями и теоретическими воззрениями. Ценность Флорентийского проекта состоит в конкретизации этих идей, приведении их к единому знаменателю. Представляется, что подобный результат Флорентийского проекта и, в частности, исследований М. Каппеллетти стал возможным в результате междисциплинарного подхода. Это позволило не только наглядно продемонстрировать современные проекту проблемы, но и показать, что доступность правосудия зависит от ряда условий (в том числе зачастую лежащих вне поля законодательного регулирования) и связана с необходимостью преодоления ряда барьеров.

3. Российская наука в поисках понятийного аппарата доступности правосудия

Современный этап развития идей доступности правосудия характеризуется значительным разнообразием понятийного аппарата: на страницах научной литературы можно встретить такие понятия, как «доступность правосудия», «доступ к суду», «право на доступ к суду», «отказ в доступе к правосудию». Нельзя не обратить внимание на то, что необходимость разграничения данных понятий несколько преувеличена. Зарубежная доктрина (исследования М. Каппеллетти — яркий тому пример) преимущественно оперирует термином «access to justice», а многообразие терминов появилось уже на страницах российской научной литературы. Тем не менее отдельные зарубежные исследования разграничивают широкий и узкий смысл доступности правосудия (обозначенной термином «access to justice»). В узком смысле — это формальная возможность появиться в суде, в широком смысле — это понятие предполагает необходимость преодоления различных барьеров в судебной системе и связано с общим социально-экономическим контекстом²².

Прочтение доступности правосудия как некой формальной возможности инициирования судебного процесса хорошо знакомо и российской науке. Именно с акцентом на возможность судиться (и реализацию этой возможности на отдельных стадиях процесса) доступность правосудия рассматривали И. А. Приходько²³, О. В. Жукова²⁴, Р. М. Масаладжиу²⁵.

При ещё одном варианте узкого подхода в российской литературе речь идёт, как правило, о различных организационных аспектах: географическая близость судов к населению,

²² См.: What is Access to Justice? Five Different Ways of Considering Access to Justice. URL: <http://www.aclrc.com/what-is-access-to-justice> (дата обращения: 15.07.2018).

²³ См.: Приходько И. А. Доступность правосудия в арбитражном и гражданском процессе: основные проблемы. СПб.: Изд-во юридического факультета Санкт-Петербургского государственного университета, 2005.

²⁴ См.: Жукова О. В. Доступность правосудия в стадии кассационного производства: дис. ... канд. юрид. наук. Тверь, 2006.

²⁵ См.: Масаладжиу Р. М. Проблемы обеспечения доступности правосудия на стадии надзорного производства в гражданском и арбитражном процессах: дис. ... канд. юрид. наук. М., 2010.

использование информационных технологий, наличие информации о работе суда. Через организационную проблематику доступность правосудия (она же «доступ к правосудию», «доступ к суду») в отдельных исследованиях рассматривали М. С. Шакарян²⁶, В. М. Жуйков²⁷, С. В. Баранов²⁸.

Вместе с тем на сегодняшний день несколько более приоритетным видится широкий подход к доступности правосудия. На первый план при этом подходе выходит реальный характер судебной защиты и содержательные характеристики правосудия, а не отдельные возможности и организационные механизмы. Доступность правосудия можно считать реализованной и обеспеченной, когда сама судебная деятельность обладает всеми признаками правосудия. Одно из наиболее удачных понятий правосудия даёт И. А. Банников, который рассматривает правосудие как особый вид государственно-властной деятельности по рассмотрению гражданских, административных, уголовных, иных дел и их окончательному разрешению путём вынесения общеобязательных постановлений с целью защиты прав, свобод и законных интересов человека и гражданина, осуществляемый на основе универсальной компетенции в процессуальной форме²⁹. Это понятие позволяет определить, обеспечивается ли национальным законодательством доступность именно правосудия или же чего-то квазисудебного. При втором варианте говорить о доступности правосудия не приходится. Иными словами, в понятии «доступность правосудия» акцент необходимо делать на слове «правосудие», а не на слове «доступность». Дробление данного понятия и попытки его сопоставления со смежными, в целом синонимичными категориями представляются нецелесообразными как с точки зрения практи-

ки (и интересов конкретной личности, столкнувшейся с формальным правосудием), так и с точки зрения подходов ЕСПЧ, которые будут приведены ниже.

Наконец, отметим, что ещё одним российским подходом является рассмотрение доступности правосудия как принципа процессуального права. Этот подход впервые был предложен советским учёным В. М. Семёновым³⁰, а в настоящее время его придерживаются В. В. Ярков³¹, Т. Б. Юсупов и С. В. Никитин³². Отчасти такой подход является сугубо российским, незнакомым зарубежной доктрине. Вместе с тем в документах Организации Объединённых Наций доступность правосудия рассматривается как принцип *верховенства права*, что видится несколько более точным³³. Однако и этот подход никак не отменяет того обстоятельства, что в доступности правосудия на первый план должны выходить содержательные характеристики правосудия. Целесообразность дискуссии о том, является ли доступность правосудия принципом или чем-то иным, видится несколько преувеличенной.

4. Дело *Golder v. the United Kingdom*: уроки для сегодняшнего дня

Доступ к суду не относится к числу элементов права на справедливое судебное разбирательство, прямо закреплённых в тексте статьи 6 Конвенции. Практика ЕСПЧ по вопросам доступности правосудия берёт своё начало с дела *Голдер против Соединённого Королевства* (далее — дело *Голдера*), постановление по которому было вынесено в 1975 году³⁴ и фактически утвердило доступность правосудия в качестве одного из элементов права на справедливое судебное разбирательство. Это дело уже неоднократно так или иначе анализировалось в научной лите-

²⁶ См.: Шакарян М. С. Проблемы доступности и эффективности правосудия в судах общей юрисдикции // Материалы научно-практической конференции «Проблемы доступности и эффективности правосудия в арбитражном и гражданском судопроизводстве». URL: <https://legist.ru/conf/Shakaryan.htm> (дата обращения 18.01.2018).

²⁷ См.: Жуйков В. М. Судебная реформа: проблемы доступа к правосудию. М.: Статут, 2006. С. 9.

²⁸ См.: Баранов С. В. Доступность суда как условие реализации конституционного права на судебную защиту: дис. ... канд. юрид. наук. М., 2011. С. 92–124.

²⁹ См.: Банников И. А. Принцип осуществления правосудия только судом в гражданском судопроизводстве: дис. ... канд. юрид. наук. М., 2017. С. 86.

³⁰ См.: Семёнов В. М. Демократические основы гражданского судопроизводства в законодательстве и судебной практике: учеб. пособие. Свердловск: УрГУ, 1979. С. 59.

³¹ См.: Арбитражный процесс / под ред. В. В. Яркова. М.: Статут, 2017. С. 80.

³² См.: Арбитражный процесс: учеб. / под ред. С. В. Никитина. М.: РГУП, 2017 (авторы главы — Т. Б. Юсупов, С. В. Никитин). С. 27.

³³ См.: Access to Justice. URL: <https://www.un.org/ruleoflaw/thematic-areas/access-to-justice-and-rule-of-law-institutions/access-to-justice/> (дата обращения: 22.10.2018).

³⁴ *Golder v. the United Kingdom*. Application no. 4451/70. Judgment of 21 February 1975. § 26–35.

ратуре³⁵. Вместе с тем для дальнейшего изучения практики ЕСПЧ по вопросам доступности правосудия анализ данного дела видится уместным и целесообразным (в том числе и для уяснения связей данного дела с теоретическими воззрениями второй половины XX века).

Так, очевидны некоторые исторические параллели: дело *Голдера* рассматривалось ЕСПЧ фактически одновременно с проведением Флорентийского проекта, и вряд ли Суд мог изолировать себя от общеевропейской тенденции переосмысления подходов к судебной власти и правосудию.

Фабула дела сама по себе была достаточно проста. С. Э. Голдер в период отбывания наказания в виде лишения свободы столкнулся с необходимостью предъявить иск о диффамации сотруднику тюрьмы. Для совершения данного действия ему требовались консультации адвоката, но руководством пенитенциарной системы отказало С. Э. Голдеру в контактах с адвокатом и тем самым воспрепятствовало как возможности получения юридических консультаций, так и обращению в суд.

Проблемы, обнаружившиеся в данном деле (это прежде всего проблемы С. Э. Голдера, возникшие при попытках инициировать судебное разбирательство), без преувеличения можно назвать иллюстрацией к научным трудам М. Каппеллетти о доступности правосудия. Так, в данном деле имели место значительные и ощутимые организационные барьеры: очевидно, что фактические возможности у заключённого и руководства пенитенциарного учреждения, мягко говоря, не равны. Английское законодательство также не содержало каких-либо конкретных гарантий права осуждённого на получение консультаций адвоката и обращение в суд. Указанные обстоятельства в конечном счёте явились причиной обращения в ЕСПЧ.

ЕСПЧ большинством голосов признал нарушение статьи 6 Конвенции, а также статьи 8 (оно выразилось в воспрепятство-

вании переписки С. Э. Голдера с адвокатом). Наибольший интерес представляют рассуждения суда «о праве доступа», в которых ЕСПЧ фактически впервые вывел из текста нормы Конвенции новое право. Впоследствии дело *Голдера* дало почву не только для осмысления вопросов доступности правосудия, но и для формирования ряда судебных доктрин в практике ЕСПЧ. Так, например, выведение стандарта доступности правосудия стало возможным вследствие того, что Суд рассмотрел судебный процесс не через призму текстуального толкования статьи 6 Конвенции, а прежде всего через призму эффективности правовой защиты. Отрицание существования стандарта доступа к суду могло бы привести к неэффективности всей статьи 6 Конвенции. Об этом указывает и сам ЕСПЧ, отмечая в постановлении по делу *Голдера*, что право на справедливое судебное разбирательство охватывает не только уже начатый процесс, но и саму возможность инициировать судебную процедуру. В современной научной литературе также отмечается, что дело *Голдера* дало старт формированию в прецедентной практике ЕСПЧ доктрины эффективности: к подобному выводу приходит, например, Х. И. Гаджиев³⁶.

Дело *Голдера* вполне обоснованно отождествляется с конкретизацией права на доступ к суду. Но вместе с тем представляется, что само по себе рассмотрение вопроса о том, предусматривает ли Конвенция некий стандарт доступа к суду, является далеко не единственной заслуживающей данного постановления — это лишь своего рода вершина того айсберга, с которым столкнулся Европейский Суд. Фундаментальный вопрос, затронутый делом *Голдера*, можно обозначить как вопрос о том, что именно делает судебный процесс эффективным. Рассуждения Европейского Суда об эффективности и доступности правосудия в контексте их тесной взаимосвязи стали своего рода ответом на позицию британского правительства, которое делало акцент именно на текстуальном толковании статьи 6 Конвенции и отсутствии права на доступ к суду в тексте

³⁵ См., например: *Jones D.L.* Article 6 ECHR and Immunities Arising in Public International Law // *The International and Comparative Law Quarterly*. Vol. 52. 2003. No. 2. P. 463–472; *Harlow C.* Access to Justice as a Human Right: The European Convention and the European Union // *The EU and Human Rights* / ed. by Ph. Alston, M. Bustelo, J. Heenan. Oxford ; New York : Oxford University Press, 1999. P. 187–214.

³⁶ См.: *Гаджиев Х.И.* Правовые доктрины, содействующие эффективности имплементации Конвенции в национальный правовой порядок // *Имплементация решений Европейского Суда по правам человека в российской правовой системе: концепции, правовые подходы и практика обеспечения*. М. : Норма, 2018. С. 93.

Конвенции. В этом был один из главных выводов дела *Голдера*: текстуальное, по большому счёту позитивистское толкование Конвенции откровенно вредит механизму судебной защиты и даже может его сделать бесполезным.

Можно также отметить, что дело *Голдера* стало предпосылкой и для другой, оформившейся несколько позднее доктрины — доктрины эволютивного толкования, сводящейся к тому, что Конвенция является «живым инструментом» и практика её применения должна учитывать реалии современности³⁷. Возможно, по состоянию на год принятия Конвенции проблематика доступа к суду ещё не была так актуальна (или, по крайней мере, очевидна). Тем не менее усложнение общественной жизни, правовых отношений поставило перед Европейским Судом новые вопросы и проблемы, которые в середине XX века ещё не могли предполагаться³⁸.

Любопытно и ещё одно обстоятельство. ЕСПЧ словно предугадывал возможную критику в адрес своей правовой позиции, в связи с чем в § 34 Постановления по делу *Голдера* отметил, что подобное прочтение статьи 6 является не расширительным толкованием, а толкованием сообразно целям и смыслу Конвенции, в свете её задач и функций. При этом сама методология толкования, применённая в настоящем деле, была отнюдь не произвольной: постановление содержит ссылки на Венскую конвенцию о праве международных договоров 1969 года.

Анализ дела *Голдера* был бы незавершённым без обзора особых мнений судей, не согласившихся с необходимостью выведения из текста статьи 6 Конвенции права на доступ к суду. Так, в особых мнениях отдельных судей была вновь подчёркнута связь между доступностью правосудия и эффективностью судебного разбирательства. В частности, судья Зекиа, подчёркивая такую взаимосвязь, настаивал на том, что право на доступ к суду

предполагается не в статье 6 Конвенции, а в статье 13, закрепляющей право на эффективное средство правовой защиты.

Широко известно особое мнение судьи Фицмориса, в котором он критически (а местами и с иронией) оценил доводы своих коллег о необходимости выведения из текста статьи 6 Конвенции права на доступ к суду. Судья Фицморис исходил из того, что Европейский Суд в постановлении по делу *Голдера* допустил ряд логических ошибок и противоречий, а право на доступ к суду имеет несколько искусственный характер. Одна из таких ошибок, по мнению судьи, была допущена при анализе обстоятельств дела: обстоятельства конфликта С. Э. Голдера с администрацией пенитенциарного учреждения создавали почву для дискуссии о праве на доступ к юридической помощи (в частности, услугам адвоката), но никак не для дискуссии о праве на доступ к правосудию. При этом ограничения права на доступ к адвокату/правосудию носили временный характер, С. Э. Голдер не был ограничен в доступе к правосудию в принципе, данные ограничения существовали лишь в период его пребывания в местах лишения свободы. Что же касается самого смысла статьи 6 Конвенции, то судья Фицморис (как и судья Зекиа) видел его в требованиях к уже начатому процессу, к судебному делу, переданному конкретному судье, при этом вопросы возбуждения судебной процедуры, обращения в суд статьёй 6 не охватываются. Судья Фицморис не отрицал значения и ценности права на доступ к суду, однако он исходил из того, что данное право имеет недвусмысленное и конкретное содержание; точно так же недвусмысленно и конкретно оно должно быть закреплено в Конвенции, в противном же случае тезис о том, что Конвенция предусматривает и право на доступ к суду, является логически неверным и ошибочным. Наконец, закреплённые в постановлении позиции судьи Фицморис расценил как «лозунги законодательствующих судей», что, по его мнению, было неприемлемо для судей Европейского Суда по правам человека, не обладающих правотворческими полномочиями³⁹.

Так или иначе, в особых мнениях судей Европейского Суда не шла речь об отрицании

³⁷ Уже через три года после дела *Голдера* было принято постановление по делу *Tyler (Tyler v. the United Kingdom. Application no. 5856/72. Judgment of 25 April 1978)*, которое окончательно закрепило данную доктрину в практике ЕСПЧ.

³⁸ Подробнее о доктрине эволютивного толкования см.: *Ковлер А. И. Явление судейского активизма: особые мнения судей Европейского Суда по правам человека // Российский ежегодник Европейской Конвенции по правам человека. № 2 (2016): «Автономное толкование» Конвенции и «судейский активизм». М.: Статут, 2016. С. 30–57, 41.*

³⁹ Отметим, что вопрос о том, осуществляют ли суды правотворческие функции, остаётся дискуссионным.

ценности права на доступ к суду. Скорее, критиковалось то, что данное право появилось «не в том месте, не в то время». В частности, судья Фицморис не был противником права на доступ к суду, он скорее был противником судебного правотворчества и оппонентом тех судей, которые фактически взяли на себя законодательные функции.

Тем не менее постановление по делу *Голдера* дало старт развитию новых подходов в практике Европейского Суда. Более того, отдельные идеи данного постановления оказались восприняты и другими органами. Так, например, тезис о том, что доступ к правосудию является элементом более общей концепции верховенства права несколько десятилетий спустя получил развитие в аналитических материалах Европейской комиссии за демократию через право (Венецианской комиссии Совета Европы). Так, проблематике доступности правосудия уделяется значительное внимание в докладе 2011 года, посвящённом верховенству права⁴⁰. Не меньший интерес представляет и подготовленный Венецианской комиссией Совета Европы Контрольный список вопросов для оценки соблюдения верховенства права⁴¹. В этом документе содержится целый ряд вопросов, анализ которых применительно к конкретному государству позволяет прийти к выводам о степени реализации в данном государстве стандарта доступа к суду. При этом стоит заметить, что в обоих документах доступность правосудия несколько смешивается со смежными принципами — независимостью и беспристрастностью суда, правовой определённости, исполнимостью судебных решений.

Несмотря на то что после вынесения постановления по делу *Голдера* прошло уже более сорока лет, представляется однозначным, что данное дело не утратило актуальности и сегодня. Дело *Голдера* и современная прак-

тика ЕСПЧ по проблемам доступности правосудия соотносятся примерно так же, как римское право и современное гражданское право. Постановление по данному делу стало одним из первых примеров реакции ЕСПЧ на формализм и создание искусственных барьеров в вопросах судебной защиты. Как обоснованно замечают Д. Харрис, М. О'Бойл, К. Уорбрик, постановление по делу *Голдера* закрепило не просто право на доступ к суду, а право на *эффективный* доступ к суду⁴². Эта ключевая идея не утратила актуальности и сегодня.

5. Пределы права на доступ к суду

Сформулировав и конкретизировав в деле *Голдера* право на доступ в суд, ЕСПЧ закономерно столкнулся с необходимостью обозначения пределов и границ данного права. Эти пределы были обозначены в деле *Эшингдейн против Соединённого Королевства*⁴³ — через десять лет после дела *Голдера*. Европейский Суд сформулировал позицию, что право на доступ к суду не является абсолютным и может быть ограничено, однако при этом ограничения не должны подрывать саму суть права. Доступ к суду не может быть хаотичным, поэтому государство имеет широкие пределы усмотрения в вопросе его регулирования. При этом, однако, данное регулирование не должно создавать необоснованных, неразумных барьеров в доступе к правосудию. «Рецепт», который предложил ЕСПЧ в деле *Эшингдейн* для определения разумности и неразумности ограничений, заключался в сопоставлении целей: необходимо было уяснить, с одной стороны, какие цели преследовал законодатель при установлении ограничений, а с другой — какие цели имеют место у заявителя, столкнувшегося с барьерами. Так, в деле *Эшингдейн против Соединённого Королевства* заявитель, содержащийся в закрытой психиатрической клинике и страдающий от непростого психического заболевания, столкнулся с необходимостью испрашивать разрешения у Высокого суда Англии и Уэльса на подачу иска. Подобное ограничение ЕСПЧ расценил как соразмерное и ра-

⁴⁰ См.: Доклад о верховенстве права, утверждённый Венецианской комиссией Совета Европы на 86-й пленарной сессии (Венеция, 25–26 марта 2011 года), CDL-AD(2011)003rev. C. 14. URL: [http://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdfile=CDL-AD\(2011\)003rev-rus](http://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdfile=CDL-AD(2011)003rev-rus) (дата обращения: 27.04.2018).

⁴¹ См.: Контрольный список вопросов для оценки соблюдения верховенства права (Принят на 106-м пленарном заседании Венецианской комиссии Совета Европы, Венеция, 11–12 марта 2016 г.). С. 38. URL: <http://www.venice.coe.int/images/SITE%20IMAGES/Publications/Rule%20of%20Law%20Check%20List%20-%20Russian.pdf> (дата обращения: 27.04.2018).

⁴² См.: Харрис Д., О'Бойл М., Бейтс Э., Бакли К. Право Европейской Конвенции по правам человека. М.: Развитие правовых систем, 2018. С. 538.

⁴³ *Ashingdane v. the United Kingdom*. Application no. 8225/78. Judgment of 28 May 1985. § 59.

циональное: оно, по сути, было необходимо, чтобы оценить, способен ли потенциальный истец отдавать отчёт в своих действиях при принятии решения об обращении в суд. При этом практика о необходимости ограничения у психически нездоровых лиц права на доступ к суду не является универсальной. Например, в деле *Станев против Болгарии*⁴⁴ ЕСПЧ, напротив, признал нарушение права на доступ к суду у заявителя, который безуспешно пытался восстановить свою дееспособность в судебном порядке. Не менее известно и российское дело *Штукатуров против России*⁴⁵, где речь шла о том, что национальные суды фактически отказали заявителю в полноценном участии в судебных заседаниях и реализации права на судебную защиту.

Есть примеры и других дел, в которых ЕСПЧ не раз сталкивался с необходимостью оценить соразмерность ограничений в реализации права на доступ к суду. Так, в деле *Филис против Греции*⁴⁶ таким необоснованным барьером было признано отсутствие у заявителя-инженера права самостоятельно подавать иски о взыскании невыплаченной заработной платы (такие иски могла подавать только профессиональная организация). В ещё одном греческом деле нарушение статьи 6 Конвенции было усмотрено в отсутствии у конкретных греческих монастырей права подавать иски о защите собственности — право на иск, согласно греческому законодательству, принадлежало Греческой церкви⁴⁷.

Ограничения доступа к правосудию могут быть вызваны необходимостью предотвратить злоупотребление правом. Так, в деле *Икс. против Соединённого Королевства*⁴⁸ ЕСПЧ установил, что заявитель не преследовал цели защиты нарушенных прав, а занимался сутяжничеством, в связи с чем обязанность запрашивать согласие на подачу иска в вышестоящем суде была признана правомерным ограничением.

Не было установлено нарушения и в деле *Литгоу и другие против Соединённого Королевства*⁴⁹, в котором заявители — акционеры национализированной компании оказались лишены возможности подать иск каждый по отдельности. ЕСПЧ признал, что ограничение в праве на иск связано с необходимостью оптимизации количества подаваемых исков во избежание большого количества однотипных дел. Это дело также увязывается с развитием научных теорий, обосновавших необходимость существования механизма защиты коллективных интересов.

Ещё одним допустимым барьером в доступе к правосудию является обязанность уплаты государственной пошлины и несения судебных издержек. Функции данного барьера понятны и не вызывают особых дискуссий. Во-первых, государственная пошлина имеет целью частично покрыть затраты государства на рассмотрение дела. Во-вторых, есть и психологический эффект: вопрос о необходимости инициирования именно судебной процедуры истец должен рассматривать через призму обязанности несения расходов. Вместе с тем очевидно и то, что данный барьер должен быть гибким и не создавать непреодолимых препятствий. На сегодняшний день ЕСПЧ рассмотрел немало дел, в которых ставился вопрос о соответствии размеров судебных издержек требованиям статьи 6 Конвенции. В каждом из таких дел Европейский Суд стремился оценить соразмерность возлагаемых на заявителя расходов требованиям соразмерности и разумности. Так, например, в деле *Кройц против Польши*⁵⁰ размер государственной пошлины был признан неадекватно завышенным. В деле же *Янкаускас против Литвы*⁵¹ размер государственной пошлины, напротив, был признан соразмерным. Не вызвала критики со стороны ЕСПЧ и обязанность проигравшего дело истца возмещать судебные расходы ответчику⁵².

⁴⁴ *Stanev v. Bulgaria*. Application no. 36760/06. Judgment of 17 January 2012 [GC]. § 241.

⁴⁵ *Shtukaturov v. Russia*. Application no. 44009/05. Judgment of 27 March 2008. § 74.

⁴⁶ *Philis v. Greece*. Applications nos. 12750/87; 13780/88; 14003/88. 27 August 1991. § 59–61.

⁴⁷ См.: *Holy Monasteris v. Greece*. Application no. 10/1993/405/483-484. Judgment of 1 September 1997. § 80.

⁴⁸ *X. v. the United Kingdom*. Application no. 8083/77. Judgment of 18 October 1985. § 58.

⁴⁹ *Lithgow and Others v. the United Kingdom*. Applications nos. 9006/80; 9262/81; 9263/81; 9265/81; 9266/81; 9313/81; 9405/81. Judgment of 8 July 1986. § 199.

⁵⁰ *Kreuz v. Poland*. Application no. 28249/95. Judgment of 19 June 2001. § 58.

⁵¹ *Jankauskas v. Lithuania*. Application no. 59304/00. Judgment of 16 December 2003. § 27.

⁵² См.: *Collectif national d'information et d'opposition à l'usine Melox — Collectif stop Melox et Mox v. France*. Application no. 75218/01. Judgment of 12 June 2007. § 14.

Таким образом, можно отметить, что стадия возбуждения дела в суде, подразумевающая определённые обязанности со стороны истца, стала предметом внимательного изучения ЕСПЧ. С одной стороны, Европейский Суд признаёт, что стадия возбуждения дела может оказаться при определённых обстоятельствах не только первой, но и последней. С другой же стороны, в практике ЕСПЧ отчётливо прослеживаются требования к этой стадии, заключающиеся в гибкости, справедливости и разумности.

6. Доступность правосудия и содержательные характеристики судебной деятельности

Представляется совершенно однозначным, что доступность правосудия считается реализованной и обеспеченной, только если сама судебная деятельность (к которой заявитель получил доступ) обладает всеми признаками правосудия. Вместе с тем практика ЕСПЧ знает множество примеров, когда стороны сталкивались с формализмом и неэффективным правосудием в национальных судах.

Так, в деле *Даттель (№ 2) против Люксембурга* национальный суд фактически самоустранился от рассмотрения дела по существу, мотивируя это неясностью и бессвязностью текста искового заявления⁵³. Европейским Судом было установлено нарушение статьи 6 Европейской Конвенции (прежде всего права на доступ к правосудию), так как суд имеет возможность (и, по сути, обязанность) конкретизации заявленных требований.

Широко известным является и дело *Хирвисаари против Финляндии*⁵⁴. В постановлении по данному делу ЕСПЧ подчеркнул значение надлежащего обоснования судебных актов: оно позволяет сторонам подготовить полноценную апелляционную жалобу на состоявшееся решение (увидеть, какие доводы суд принял, а какие отверг); апелляционная инстанция, в свою очередь, получает больше возможностей для оценки позиции суда нижестоящей инстанции; у общественности возникает доступ к содержательному

изучению деятельности суда. Аналогичную позицию ЕСПЧ занял несколько ранее в деле *Хаджианастасиу против Греции*⁵⁵, указав, что суд должен приводить в судебном решении чёткие и ясные формулировки, позволяющие понять, на каких выводах оно основано.

Неоднократно предметом внимания со стороны ЕСПЧ становились и российские подходы к обоснованию судебных решений.

В деле *Кузнецов против России*⁵⁶ суды в судебных актах не высказали своей позиции по вопросу, который имел ключевое значение для спора. В деле *Хамидов против России*⁵⁷ одно из заявленных требований (требование о взыскании сумм компенсации морального ущерба) вообще не получило никакой оценки в решении суда. Особым формализмом отметились дело *Зылков против России*⁵⁸, в котором Пресненский районный суд города Москвы передал по подсудности в «районный суд города Вильнюса» требование о взыскании с Российской Федерации (в лице посольства) сумм детского пособия.

Указанные дела при всей «оригинальности» национальных судов во многом объединяет одно: конкретные заявители, получив доступ к суду и судебной процедуре, не получили доступа к эффективному и реальному правосудию. Иначе говоря, доступность правосудия подразумевает не снятие каких-то излишних организационных барьеров (хотя и это, конечно, тоже), но и особый характер деятельности суда, подразумевающий, что каждому из доводов сторон будет дана содержательная, ясная и чёткая характеристика со стороны суда в судебном постановлении. Таким образом, практика ЕСПЧ подтверждает тезис о существовании так называемого права быть услышанным (англ.: right to be heard), которое уже неоднократно обосновывалось и выделялось как зарубежными⁵⁹, так

⁵³ *Dattel (No. 2) v. Luxembourg*. Application no. 18522/06. Judgment of 30 July 2009. § 30.

⁵⁴ *Hirvisaari v. Finland*. Application no. 49684/99. Judgment of 27 September 2001. § 58.

⁵⁵ *Hadjianastassiou v. Greece*. Application no. 12945/87. Judgment of 16 December 1992. § 23.

⁵⁶ *Kuznetsov and Others v. Russia*. Application no. 184/02. Judgment of 11 January 2007. § 83–84.

⁵⁷ *Khamidov v. Russia*. Application no. 72118/01. Judgment of 15 November 2007. § 155–156.

⁵⁸ *Zylkov v. Russia*. Application no. 5613/04. Judgment of 21 June 2011. § 28–29.

⁵⁹ См.: *Goldstein S. The Proposed ALI/UNIDROIT Principles and Rules of Transnational Civil Procedure: The Utility of Such Harmonization Project // Uniform Law Review*. Vol. 6. 2001. No. 4. P. 789–801, 793.

и российскими⁶⁰ учёными. Это же право следует признать неотъемлемым элементом более широкого права на доступ к правосудию.

Наконец, реальный характер судебной защиты подразумевает и исполнимость вынесенного судебного решения. ЕСПЧ связывает неисполнение судебных решений с отказом в правосудии, даже если все судебные процедуры состоялись с соблюдением всех процессуальных гарантий⁶¹. Стоит оговориться, что практика ЕСПЧ разграничивает случаи, когда судебное решение вынесено против государственных органов и учреждений (наиболее известно в этом плане дело *Бурдов против России*⁶²), и случаи, когда решение вынесено против частных лиц. В первой ситуации на государстве лежит однозначная обязанность по исполнению судебного акта. Во втором же случае у государства присутствует лишь косвенная обязанность, выражающаяся в обязанности по оказанию содействия в исполнении состоявшегося судебного постановления⁶³.

7. Доступ к правосудию в системе иных элементов права на справедливое судебное разбирательство

Общий анализ практики ЕСПЧ по вопросам доступности правосудия показывает, что нарушение права на доступ к правосудию нередко бывает сопряжено с нарушением иных стандартов справедливого судебного разбирательства, предусмотренных статьёй 6 Европейской Конвенции.

Так, например, существует значительная зона пересечения права на доступ к суду и права на суд, созданный на основании закона. Эта взаимосвязь была подчёркнута в деле *Бентем против Нидерландов*⁶⁴, в ко-

торой ЕСПЧ указал, что оба данных права содержат требования доступа к институту судебной власти, способному выносить обязательные, а не рекомендательные постановления.

Взаимосвязанные нарушения права на доступ к суду и стандарта «законного суда» нередко вызваны коллизиями подведомственности и подсудности, когда в силу противоречий законодательного регулирования невозможно однозначно уяснить, какой именно суд компетентен рассматривать дело. В данном плане показательным делом является *Безьянная против России*⁶⁵, в котором российские арбитражные суды полагали, что дело подведомственно судам общей юрисдикции, а суды общей юрисдикции в свою очередь исходили из подведомственности дела арбитражным судам. Указанные обстоятельства в конечном счёте привели к фактическому нерассмотрению дела и нарушению требований статьи 6 Конвенции.

Стоит отметить также значительную взаимозависимость доступности правосудия от соблюдения требования разумных сроков судопроизводства. Применительно к праву на судопроизводство в разумный срок у Европейского Суда сложилась широкая прецедентная практика⁶⁶. В рамках настоящей работы отметим лишь, что при нарушении требования разумных сроков судопроизводства происходит фактический отказ в доступе к правосудию — после возбуждения дела стороны сталкиваются с волокитой, а не с окончательным и своевременным устранением правового конфликта.

Наконец, очевидна взаимосвязь доступности правосудия и принципа правовой определённости (*res judicata*). Правосудие подразумевает окончательность и стабильность состоявшегося судебного решения и вместе с тем ограниченность и конкретизацию оснований для его пересмотра и отмены. В данном контексте уместно вспомнить значительное количество дел ЕСПЧ, в которых на соответствие требованию правовой определённости проверялись различные модификации над-

⁶⁰ См.: Шерстюк В. М. Право быть выслушанным и услышанным — принцип гражданского процессуального права // Заметки о современном гражданском и арбитражном процессуальном праве / под ред. М. К. Треушникова. М.: Городец, 2004. С. 57–63, 60.

⁶¹ См.: *Okuyay and Others v. Turkey*. Application no. 36220/97. Judgment of 12 July 2005. § 72–74; *Kyrtatos v. Greece*. Application no. 41666/98. Judgment of 22 May 2003. § 40–43.

⁶² *Burdov v. Russia (No. 2)*. Application no. 33509/04. Judgment of 15 January 2009. § 65–70.

⁶³ См.: *Fuklev v. Ukraine*. Application no. 71186/01. Judgment of 7 June 2005. § 64–65.

⁶⁴ *Bentham v. the Netherlands*. Application no. 8848/80. Judgment of 23 October 1985. § 41–43.

⁶⁵ *Bezmyannaya v. Russia*. Application no. 21851/03. Judgment of 22 December 2009. § 28–34.

⁶⁶ Одним из наиболее знаковых дел по данному вопросу является дело *Фридлендер против Франции (Frydlander v. France)*. Application no. 30979/96. Judgment of 27 June 2000.

зорной инстанции в российском судопроизводстве⁶⁷. Применительно к вопросу о доступности правосудия отметим, что возможность произвольной отмены судебного акта противоречит идеям доступности правосудия: в данном случае судебное решение как акт правосудия приобретает условный характер, не обеспечивая реальной защиты нарушенных прав и законных интересов.

Указанные краткие примеры позволяют утверждать, что вопросы доступности правосудия тесно взаимосвязаны с иными требованиями к справедливому судебному разбирательству, закреплёнными в статье 6 Европейской Конвенции. В связи с этим очевидно, что при выявлении нарушения права на доступ к правосудию в новых делах ЕСПЧ не обойдётся и без нарушений иных элементов права на справедливое судебное разбирательство.

Многое будет зависеть и от национальных законодателей. Возникновение новых процессуальных институтов или кардинальное реформирование старых институтов закономерно приводит к вопросам о соответствии обновлённого законодательства требованиям статьи 6 Конвенции. Остаётся надеяться, что при развитии процессуального законодательства стандарты справедливого правосудия, а вместе с тем прецедентная практика ЕСПЧ останутся в поле внимания национальных властей и будут ориентиром при принятии тех или иных решений.

В завершение следует отметить, что, несмотря на то что данная статья рассматривала доступность правосудия в основном с точки зрения цивилистического процесса, указанная проблематика во многом актуальна и для уголовно-правовой сферы. Особенности доступности правосудия в данной сфере заслуживают детального и подробного рассмотрения в отдельной статье. Вместе с тем среди наиболее интересных подходов ЕСПЧ можно отметить позицию, согласно которой доступ к эффективному правосудию предполагает в том числе и доступ к эффективному расследованию уголовного дела. Эта позиция была закреплена, например, в деле *Гонгадзе про-*

*тив Украины*⁶⁸, а также в недавнем деле *Мазепа и другие против России*⁶⁹.

8. Заключение

В том или ином виде попытки осмысления идей доступности правосудия предпринимались ещё с древних времён, однако эти попытки носили бессистемный характер и были связаны со смежными политико-правовыми концепциями и теориями. В наиболее конкретизированном, системном виде данные идеи оформились во второй половине XX века благодаря Флорентийскому проекту в трудах профессора М. Каппеллетти, который впервые обобщил условия доступности правосудия и возможные препятствия при её реализации.

Российская научная мысль пока ещё находится на стадии формирования собственной концепции доступности правосудия. Вместе с тем уже на сегодняшний день возможно утверждать, что наметились тенденции к смещению акцентов в исследовании проблем доступности правосудия: на первый план постепенно выходят содержательные характеристики правосудия как важнейшие условия его доступности, а не различные аспекты организационно-технического характера.

Рассматривая дела, в которых ставится вопрос о нарушении права на доступ к правосудию, ЕСПЧ стремится к уяснению того, носила ли судебная защита реальный характер или же была исключительно формальной. При этом ограничения доступа к правосудию возможны, но не должны подрывать саму суть права. Оценивая обоснованность тех или иных ограничений, ЕСПЧ использует метод сопоставления целей, рассматривая, какие цели преследовали власти при установлении ограничений и какие цели преследовал заявитель в конкретном деле.

Библиографическое описание:

Фокин Е. Эволюция идей доступности правосудия в правовой науке и практике Европейского Суда по правам человека // *Международное правосудие.* 2018. № 4 (28). С. 97–112.

⁶⁷ Подробнее о данных делах см.: *Ковлер А.И.* Надзорная инстанция в системе гражданского судопроизводства России: Взгляд из Страсбурга // *Закон.* 2009. № 5. С. 121–128.

⁶⁸ *Gongadze v. Ukraine.* Application no.34056/02. Judgment of 8 November 2005. § 175–180.

⁶⁹ *Mazepa and Others v. Russia.* Application no. 15086/07. Judgment of 17 July 2018. § 73.

The evolution of ideas of access to justice in the legal studies and practice of the European Court of Human Rights

Evgeniy Fokin

Research fellow, Institute of Legislation and Comparative Law under the Government of the Russian Federation; Postgraduate student, Department of judicial power at the Higher School of Economics, Moscow, Russia (e-mail: evgeniy.hse@outlook.com).

Abstract

The problem of access to justice continues to be relevant both in the practice of the European Court of Human Rights and at the level of national legal regulation. The purpose of this article is to systematize the accumulated theoretical ideas about access to justice and analyze their practical implementation by the ECHR. The study begins with a historical overview of views on access to justice. It is concluded that this problem has been indirectly understood by mankind since the time of Roman law, but systematization and specification were obtained only in the second half of the twentieth century. The article then gives a brief comparative analysis of the concepts of "access to justice", "the right to access to justice" and "access to court". This analysis is based, among other things, on Russian legal doctrine. The main part of the article is devoted to the practice of the ECHR. Thus, the analysis of the practice begins with a review of the case of *Golder v. the United Kingdom*, which became the basis for further positions of the ECHR. It also provides an overview of the dissenting opinions of judges who have not accepted the need to ensure access to justice as an independent element of the right to a fair trial. Further, the article describes the approaches of the ECHR to restrictions on the right of access to justice, compares the legal position of the ECHR, when such restrictions are possible, and when they violate the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms (European Convention). Finally, considerable attention is paid to the question of what essential features justice should possess for the purposes of the right of access to justice. At the end of the article, a brief overview of the areas where access to justice intersects with other elements of the right to a fair trial is given. The article is based on comparative legal and historical methods of analysis.

Keywords

access to justice; fair trial; the right to access to justice; the practice of the ECHR; the initiation of proceedings in court; the effectiveness of justice.

Citation

Fokin E. (2018) Evolyutsiya idey dostupnosti pravosudiya v pravovoy nauke i praktike Evropeyskogo Suda po pravam cheloveka [The evolution of ideas of access to justice in the legal studies and practice of the European Court of Human Rights]. *Mezhdunarodnoe pravosudie*, vol. 8, no. 4, pp. 97–112. (In Russian).

References

Abolonin V. O. (2013) Printsipy dobrosovestnosti i sotrudnichestva v "novom" grazhdanskom protsesse [Principles of integrity and cooperation in the "new" civil process]. *Arbitrazhnyy i grazhdanskiy protsess*, no. 8, pp. 2–8. (In Russian).

Bannikov I. A. (2017) Printsipy osushchestvleniya pravosudiya tol'ko sudom v grazhdanskom sudoproizvodstve: dis. ... kand. yurid. nauk [The execution of justice solely by a court as a principle in civil proceedings: Cand. (Ph.D.) of science in Law dis.], Moscow. (In Russian).

Bülw O. (1868) *Die Lehre von den Processeinreden und die Processvoraussetzungen*, Gissen: Verlag von Emil Roth.

Cappelletti M., Garth B. (1978) Access to Justice: The Newest Wave in the Worldwide Movement to Make Rights Effective. *Buffalo Law Review*, vol. 27, no. 2, pp. 181–292. Available at: <https://www.repository.law.indiana.edu/facpub/1142> (accessed: 20.10.2018).

Cappelletti M., Garth B., Trocker T. (1976) Access to Justice: Comparative General Report. *The Rabel Journal of Comparative and International Private Law*. vol. 40, no. 3–4, pp. 669–717. Available at: <https://www.repository.law.indiana.edu/facpub/2485> (accessed: 22.10.2018).

Cardozo B. N. (1921) *The Nature of Judicial Process*, New Haven, CT: Yale University Press.

Erlikh O. (2011) Osnovopolozhenie sotsiologii prava [Fundamental principles of the sociology of law], Antonov M. V. (transl.), Grafskiy V. G., Grevtov Yu. I. (eds.), Saint Petersburg: OOO "Universitetskii izdatel'skiy konsortsiy". (In Russian).

Gegel' G. (1934) *Sochineniya* [Compositions], vol. 7, Moscow; Leningrad: Socekiz. (In Russian).

Goldstein S. (2001) The Proposed ALI/UNIDROIT Principles and Rules of Transnational Civil Procedure: The Utility of Such Harmonization Project. *Uniform Law Review*, vol. 6, no. 4, pp. 789–801.

Gordon V. M. (1906) *Iski o priznanii* [Claims for declaration], Yaroslavl: Tipografiya Gubernskogo Pravitel'stva. (In Russian).

Hajiyev Kh. I. (2018) Pravovye doktriny, sodeystviyushchie effektivnosti implementatsii Konventsii v natsional'nyy pravovoy poryadok [Legal doctrines promoting the effectiveness of the implementation of the Convention in the national legal order]. In: *Implementatsiya resheniy Evropeyskogo Suda po pravam cheloveka v rossiyskoy pravovoy sisteme: kontseptsii, pravovye podhody i praktika obespecheniya* [Implementation of the Judgments of the European Court of Human Rights in the Russian Legal System: concepts, legal approaches and practice: monograph], Moscow: Institut zakonodatel'stva i sravnitel'nogo pravovedeniya pri Pravitel'stve RF. (In Russian).

Harlow C. (1999) Access to Justice as a Human Right: The European Convention and the European Union. In: Alston Ph., Bustelo M., Heenan J. (eds.) *The EU and Human Rights*, Oxford; New York: Oxford University Press, pp. 187–214.

Harris M., O'Boyle M., Warbrick K. (2016) *Pravo Evropeyskoy konventsii po pravam cheloveka* [Law on the European Convention on Human Rights], Moscow: Razvitie pravovykh sistem. (In Russian).

Jones D. L. (2003) Article 6 ECHR and Immunities Arising in Public International Law. *The International and Comparative Law Quarterly*, vol. 52, no. 2, pp. 463–472.

Kovler A. I. (2016) Yavlenie sudeyskogo aktivizma: osobyie mneniya sudey Evropeyskogo suda po pravam cheloveka [The phenomenon of judicial activism: dissenting opinions of judges of the European Court of Human Rights]. In: *Rossiyskiy ezhegodnik Evropeyskoy konventsii po pravam cheloveka No. 2 (2016): "Avtonomnoe tolkovanie" Konventsii i "sudeyskiy aktivizm"* [Russian Yearbook of the European Convention on Human Rights. No. 2 (2016): "Autonomous interpretation" of the Convention and "judicial activism"], Moscow: Statut, pp. 30–57. (In Russian).

Kovler A. I. (2009) Nadzornaya instantsiya v sisteme grazhdanskogo sudoproizvodstva Rossii: Vzglyad iz Strasburga [Supervisory instance in the civil procedure of Russia: A look from Strasbourg], *Zakon*, no. 5, pp. 121–128. (In Russian).

- Mattei U. (2007) Access to Justice. A Renewed Global Issue. *Electronic Journal of Comparative Law*, vol. 11. Available at: <http://www.ejcl.org/113/article113-14.pdf> (accessed: 22.10.2018).
- Montes'k'e Sh. (1955). *O dukhe zakonov* [On the spirit of laws], Moscow: Goslitizdat. (In Russian).
- Prikhod'ko I. A. (2005) *Dostupnost' pravosudiya v arbitrazhnom i grazhdanskom protsesse: osnovnye problemy* [Access to justice in commercial and civil procedure: relevant issues], Saint-Petersburg: Izdatel'stvo yuridicheskogo fakul'teta Sankt-Peterburgskogo gosudarstvennogo universiteta. (In Russian).
- Puchta G. F. (1832–1834) *Pandekten*, in 2 vols., Leipzig: Barth.
- Salogubova E. V. (2002) *Rimskiy grazhdanskiy protsess* [Roman civil procedure], Moscow: Gorodets. (In Russian).
- Sherstyuk V. M. (2004) Pravo byt' vyslyshannym i uslyshannym – printsip grazhdanskogo protsessual'nogo prava [The right to be heard is a principle of civil procedural law]. In: Treushnikov M. K. (ed.) *Zametki o sovremennom grazhdanskom i arbitrazhnom protsessual'nom prave* [Notes about modern civil and commercial procedural law], Moscow: Gorodets, pp. 57–63. (In Russian).
- The Lord Mackay of Clashfern (1992) Access to Justice. *RSA Journal*, vol. 141, no. 5435, pp. 21–32.
- Uvarov P.Yu. (2017) *Pod svodami Dvortsa pravosudiya. Sem' yuridicheskikh kolliziy v Frantsii XVI veka* [Under the arches of the Palace of Justice. Seven legal conflicts in France of the 16th century], Moscow: OOO "Novoe literaturnoe obozrenie". (In Russian).
- Windscheid B. (1856) *Die Actio des Römischen Civilrechts vom Standpunkt des Heutigen Rechts*, Düsseldorf: Verlag von Julius Bubbeus.
- Zhuykov V. M. (2006) *Sudebnaya reforma: problemy dostupa k pravosudiyu* [Judicial reform: problems of access to justice], Moscow: Statut. (In Russian).
- Yarkov V.V. (ed.) (2017) *Arbitrazhnyy protsess* [Arbitration process], Moscow: Statut. (In Russian).
- Nikitin S. V. *Arbitrazhnyy protsess: Uchebnik* [Arbitration process: Textbook], Moscow: RGUP. (In Russian).

Реформа инвестиционного арбитража глазами Европейского Союза: проблемы и перспективы

Софья Пименова*

С точки зрения автора, существующая модель урегулирования споров между иностранными инвесторами и государствами переживает кризис и нуждается в реформировании. На протяжении последних нескольких лет отечественной и зарубежной доктриной, практикующими юристами и государствами рассматривалось множество вариантов подобной реформы, включая учреждение постоянно действующей апелляционной инстанции, создание специализированного международного инвестиционного суда. Импульсом к новому витку дискуссий о будущем инвестарбитража стало появление в 2015 году проекта Европейской Комиссии, предлагающего вместо *ad hoc* арбитражных трибуналов создание постоянно действующего Инвестиционного суда. В настоящей статье приводится всесторонний анализ этих предложений, а также рассматриваются сценарии дальнейшего развития событий. Автор приходит к выводу о том, что ценность ряда плюсов проекта, таких как создание апелляционной инстанции, гарантия права на справедливое судебное разбирательство и упразднение права сторон на выбор арбитров, серьёзно снижается за счёт не менее очевидных минусов. К их числу можно отнести несовместимость предполагаемого Инвестиционного суда с Вашингтонской конвенцией о порядке разрешения инвестиционных споров между государствами и иностранными лицами 1965 года, отсутствие механизмов признания и исполнения решений такого суда национальными судами третьих стран, а также тот факт, что Суд Европейского Союза способен полностью остановить эту реформу, признав создание Инвестиционного суда противоречащим праву ЕС. Тем не менее автор подчёркивает, что вето Суда ЕС не означает полного отказа от инвестиционного арбитража в мировой практике, а только прекращение использования инвестарбитражных механизмов в инвестиционных договорах с участием Европейского Союза и его государств-членов с третьими странами. Успех предлагаемой Комиссией ЕС реформы будет означать параллельное существование новых механизмов разрешения инвестиционных споров и традиционного инвестарбитража (в соглашениях между странами, не входящими в ЕС). Актуальность данной статьи состоит в том, что проект реформы Европейской Комиссии практически не был исследован российской наукой.

DOI: 10.21128/2226-2059-2018-4-113-125

→ *Международный инвестиционный арбитраж; международные инвестиционные соглашения; реформа инвестиционного арбитража; Европейская Комиссия; Суд Европейского Союза*

1. Введение

В международном экономическом праве, пожалуй, найдётся не так много тем, вызывающих не только жаркие академические споры, но и дебаты в национальных парламентах и среди широкой публики. Именно к таким темам относится современный инвестиционный

арбитраж (*далее* — инвестарбитраж) как механизм разрешения споров между инвестором и принимающим государством. Однако, по нашему мнению, в настоящий момент инвестарбитраж переживает острый кризис, из которого его могут вывести лишь кардинальные изменения системы, которые позволили бы устранить существующие в ней структурные проблемы.

Новый виток дискуссий о реформе инвестиционного арбитража вызвал обнародованный в 2015 году проект Европейской Комис-

* Пименова Софья Дмитриевна — магистрант кафедры международного права юридического факультета МГУ им. М. В. Ломоносова, Москва, Россия (e-mail: sofia.pimenova@inbox.ru).

сии (*далее* — Комиссия), о котором пойдёт речь в данной статье¹. По замыслу Комиссии, предложенный новый механизм разрешения инвестиционных споров должен прийти на смену классическому инвестарбитражу. Комиссия стремится распространить этот механизм на все соглашения о защите иностранных инвестиций, заключённых Европейским Союзом (*далее* — ЕС) или государствами — членами ЕС. Кроме того, Комиссия стремится совместно с другими государствами начать работу по созданию постоянно действующего международного инвестиционного суда, который мог бы рассматривать споры, вытекающие не только из соглашений с участием ЕС, но и из соглашений других стран, при условии согласия на то их участников. Поскольку на сегодняшний день из существующих в мире примерно 3 300 международных соглашений о защите инвестиций² на долю стран ЕС приходится почти половина³, речь идёт о наиболее радикальной реформе инвестиционного арбитража с момента его появления.

2. Проблемы современного инвестиционного арбитража

По мнению автора, объективный и комплексный анализ предложений Комиссии будет как минимум затруднён без исследования того контекста, в котором разрабатывались эти предложения. Во-первых, это нарастающая критика инвестиционного арбитража не только в академических кругах⁴, но и в глазах общественности как результат серьёзных струк-

турных проблем, с которыми столкнулся современный инвестиционный арбитраж и о которых будет упомянуто ниже. Это сделало вопрос реформы инвестиционного арбитража политически чувствительным и потребовало соответствующей реакции. Во-вторых, со вступлением в силу Лиссабонского договора регулирование прямых иностранных инвестиций стало исключительной компетенцией Европейского Союза, поэтому Комиссия считала не только своим правом, но и обязанностью возглавить этот процесс на уровне ЕС.

Стоит отметить, что для того, чтобы рассматривать различные варианты реформ инвестиционного арбитража, необходимо сначала кратко обозначить системные проблемы современного инвестиционного арбитража, обострившиеся до такой степени, что дискуссии ведутся не о том, реформировать инвестарбитраж или нет, а о том, насколько серьёзно его реформировать, вплоть до полного отказа от инвестарбитража⁵.

Инвестиционный арбитраж, который сегодня многими воспринимается как одно из самых противоречивых явлений современного международного права⁶, появился в 1950—1960-х годах в двусторонних соглашениях о защите иностранных инвестиций на фоне преобладающих представлений о том, что инвестиционные споры будут возникать между инвесторами из развитых стран и принимающими инвестиции развивающимися государствами. С учётом этого идея о выводе таких споров из-под юрисдикции национальных судов развивающихся стран и их передаче на рассмотрение арбитража, созданного по модели коммерческого арбитража, казалась весьма рациональной и прогрессивной. Более того, на тот момент существовали вполне обоснованные сомнения в непредвзятости и профессионализме судов стран, только что получивших независимость.

Однако сегодня стало очевидным, что те плюсы, которые отличают коммерческий арбитраж, используемый при разрешении спо-

¹ См.: The European Union's proposal for Investment Protection and Resolution of Investment Disputes. URL: http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2015/november/tradoc_153955.pdf (дата обращения: 30.09.2018); <http://investmentpolicyhub.unctad.org/IIA> (дата обращения: 27.10.2018).

² См.: Навигатор ЮНКТАД по международным инвестиционным соглашениям. URL: <http://investmentpolicyhub.unctad.org/IIA> (дата обращения: 27.10.2018).

³ Политика Европейского Союза в сфере иностранных инвестиций. URL: <http://ec.europa.eu/trade/policy/accessing-markets/investment> (дата обращения: 27.10.2018).

⁴ См., например: *Franck S.D.* The Legitimacy Crisis in Investment Arbitration: Privatizing Public International Law through Inconsistent Decisions // *Fordham Law Review*. Vol. 73. 2005. No. 4. P. 1521—1625; *Kahale G., III.* Is Investor-State Arbitration Broken? // *Transnational Dispute Management*. 2012. No. 7. P. 25—27; *Paauwelyn J.* At the Edge of Chaos? Foreign Investment Law as a Complex Adaptive System, How It Emerged and How It Can Be Reformed // *ICSID Review: Foreign Investment Law Journal*. Vol. 29. 2014. No. 2. P. 372—418; *Trakman L.E.* The ICSID Under Siege // *Cornell International Law Journal*. Vol. 45. 2012. No. 3. P. 603—665.

⁵ См.: *Рачков И.* Реформа международно-правового урегулирования споров между иностранными инвесторами и государствами // *Международное правосудие*. 2016. № 3(19). С. 118—136.

⁶ См.: *Исполинов А.С.* Куда идёт современный инвестиционный арбитраж? // *Российский юридический журнал*. 2015. № 3. С. 80—96, 81.

ров между двумя частными предприятиями, стали крайне серьёзными минусами в случае с инвестиционным арбитражем, где одной из сторон (и всегда ответчиком) выступает государство.

Во-первых, необходимо отметить, что инвестиционный арбитраж, заимствовав из коммерческого арбитража возможность сторон назначать арбитров, перенял также связанные с этой возможностью риски пристрастности арбитров. Именно эта возможность вызвала неприятие со стороны общественности. Зачастую инвестарбитраж ассоциируется с несправедливым, элитарным и плохо контролируемым со стороны общественности способом рассмотрения споров⁷. По мнению ряда исследователей, существующий порядок, при котором арбитры получают вознаграждение от сторон спора, приводит в конечном счёте к тому, что гонорар арбитров напрямую зависит от количества рассматриваемых ими дел и длительности их рассмотрения, что вызывает вполне понятные опасения в пагубном влиянии этой практики на объективность арбитров⁸. Любая система разрешения споров (и инвестарбитраж здесь не исключение) будет вызывать гораздо больше доверия, если будет держаться на неких институциональных гарантиях независимости и беспристрастности судей или арбитров, а не на уверенности в их личных качествах⁹.

Во-вторых, крайне расширительное толкование арбитрами как вопросов своей компетенции, так и применимых норм материального права в сочетании с перенятой из коммерческого арбитража окончательностью решений привело к противоречащим друг другу решениям, при которых невозможно сформировать единообразную и устойчивую практику. Этому мешает сам характер инвестарбитражного процесса, при котором трибунал

создаётся только для рассмотрения конкретного спора, и в следующий раз те же нормы международного права будут рассматриваться совершенно другими арбитрами, которые никак не связаны выводами и аргументами предшественников и не обязаны им следовать. Арбитражные трибуналы разошлись в своих оценках по целому ряду основных вопросов международного инвестиционного права, таких как однозначное толкование понятий «иностранные инвестиции»¹⁰ и «зонтичная оговорка»¹¹, а также по вопросам

¹⁰ Первоначально арбитражные трибуналы МЦУИС, устанавливая свою юрисдикцию по рассматриваемому спору, исходили в своих рассуждениях именно из определения «инвестиции», данного в тексте международных соглашений. Однако начиная с 2001 года ряд арбитражных трибуналов при установлении своей юрисдикции начал вырабатывать свои квалифицирующие критерии оценки активов в качестве инвестиций, выходящие за рамки соответствующих инвестиционных соглашений. Эти «объективные» (то есть независимые от воли государства — участников соглашения) критерии получили название критериев Salini, так как в совокупности впервые были сформулированы в решении трибунала по делу *Salini*. См.: International Centre for Settlement of Investment Disputes (далее — ICSID). *Salini Costruttori S.p.A. and Italstrade S.p.A. v. Kingdom of Morocco*. Case No. ARB/00/4. Decision on Jurisdiction of 16 July 2001. § 52. Поскольку решение о наличии или отсутствии этих признаков является исключительно субъективным, инвестор во многих случаях лишён возможности предсказать, будет ли его проект признан инвестицией. Это подтверждается практикой применения данного признака арбитрами: не соответствующим данному признаку был признан юридический бизнес (см.: ICSID. *Patrick Mitchell v. Democratic Republic of Congo*. Case No. ARB/99/7. Decision on the Application for Annulment of the Award of 1 November 2006), проект по поднятию со дна Тихого океана груза затонувшего несколько веков назад судна (см.: ICSID. *Malaysian Historical Salvors SDN BHD v. The Government of Malaysia*. Case No. ARB/05/10. Award on Jurisdiction of 17 May 2007. § 145), долгосрочная поставка сложного оборудования (см.: ICSID. *Joy Mining Machinery Limited v. Arab Republic of Egypt*. Case No. ARB/03/11. Award on Jurisdiction of 6 August 2004. § 57, 62).

¹¹ В самом общем виде эта оговорка требует от государства соблюдать любые свои обязательства, вытекающие или связанные с инвестициями из другого государства. В настоящее время более 40 % двусторонних инвестиционных соглашений в мире имеют «зонтичную оговорку». См.: ICSID. *SGS Société Générale de Surveillance S.A. v. Republic of the Philippines*. Case No. ARB/02/6. Decision on Jurisdiction of 29 January 2004. Начиная с решения по данному делу, крайне широкое толкование рядом арбитражных трибуналов этого положения привело к тому, что любое нарушение государством своих обязательств перед инвестором (даже в рамках инвестиционного контракта) можно объявить нарушением норм соответствующего двустороннего соглашения об иностранных инвестициях. Однако эта идея не была воспринята арбитрами при разрешении, например, следующих дел: ICSID. *SGS Société Générale de Surveillance, S.A. v. Islamic Republic of Pakistan*. Case No. ARB/01/13. Decision on Jurisdiction of 6 August 2003; *Eudoro Armando Olguin v. Republic of Paraguay*. Case No. ARB/98/5. Award of 26 July 2001; *Joy Mining Machinery Limited v. Arab Republic of Egypt*. Case No. ARB/03/11.

⁷ Статистика говорит сама за себя: 55 % решений инвестарбитражей вынесено группой из 15 арбитров, прозванной «внутренней мафией». См.: *Eberhardt P., Olivei C. Profiting from Injustice: How Law Firms, Arbitrators and Financiers are Fueling an Investment Arbitration Boom*. Corporate Europe Observatory and the Transnational Institute / ed. by H. Burley. Brussels ; Amsterdam : Corporate Europe Observatory ; Transnational Institute, 2012. P.38. URL: <https://corporateeurope.org/sites/default/files/publications/profitting-from-injustice.pdf> (дата обращения: 17.06.2018).

⁸ См.: *Исполинов А. С.* Куда идёт современный инвестиционный арбитраж? С. 84.

⁹ См.: Там же.

применимости положений о режиме наибольшего благоприятствования¹² к арбитражным оговоркам, что негативным образом сказало на правовой определённости и даже вызвало замешательство среди государств.

Кроме того, стоит отметить, что окончательность решений инвестиционного арбитража уже не представляется безусловным его достоинством, особенно если речь идёт о делах, связанных с обжалованием государственных мер общего характера или в которых истец требует многомиллионную компенсацию. Существующая в рамках созданного на основе Вашингтонской конвенции об урегулировании инвестиционных споров между государствами и физическими или юридическими лицами других государств 1965 года¹³ (далее — Вашингтонская конвенция) Международного центра по урегулированию инвестиционных споров (далее — МЦУИС) возможность аннулирования арбитражного решения не является полноценным апелляционным рассмотрением, так как оно возможно лишь по строго ограниченному процессуальному основаниям¹⁴ и не подразумевает пересмотр решения по существу или вынесения нового решения.

Стоит отметить, что идея создания апелляционной инстанции в МЦУИС поддерживалась рядом государств, в том числе и США, однако затем вопрос был снят с повестки дня, оставшись, впрочем, предметом оживлённых академических дискуссий. Равным образом не была реализована идея апелляционной ин-

станции в уже заключённых двусторонних соглашениях.

В-третьих, современный инвестиционный арбитраж отошёл от своей первоначальной модели, согласно которой он использовался для разрешения споров между инвестором и развивающимся государством. Появление среди ответчиков развитых стран, равно как и оспаривание инвесторами в арбитражах мер общего характера (повышение налогов, ужесточение экологических требований¹⁵), стало восприниматься как признак недоверия к национальным судам развитых стран.

Активное использование международных инвестиционных соглашений странами Латинской Америки, внедрение инвестарбитражного механизма в рамках НАФТА и Энергетической хартии коренным образом изменили «портрет» потенциального ответчика в инвестиционных спорах. Вместо бедных стран Африки ответчиками всё чаще оказываются развитые страны с авторитетной и эффективной судебной системой (так, по данным ЮНКДАД, в 2017 году более двух третей инвестиционных споров было инициировано против развитых стран¹⁶). Одновременно стали резко расти суммы как заявляемых требований, так и присуждаемых компенсаций¹⁷. Удовлетворение одних исков влекло появление других, более крупных. Государства, получив многомиллионный иск от компании (иногда даже под надуманным предлогом), не представляя, чем закончится процесс ввиду отсутствия устоявшейся практики. Поэтому государства всё чаще предпочитают решать такие споры мировым соглашением с выплатой крупных отступных.

Как высказался по этому поводу один исследователь, «инвестиционные договоры, которые первоначально были направлены на уменьшение риска инвестирования за рубежом, сейчас превратились в инструмент, который используется для атаки на крайне ши-

¹² Целый ряд арбитражных трибуналов считает, что вопросы юрисдикции трибунала необходимо рассматривать не из текста применимого инвестиционного соглашения, а использовать для этих целей положения другого соглашения, содержащего более благоприятные для инвестора условия. См.: ICSID. *Emilio Agustín Maffezini v. The Kingdom of Spain*. Case No. ARB/97/7. Decision of the tribunal on objections to jurisdiction of 25 January 2000. § 63.

¹³ Конвенция об урегулировании инвестиционных споров между государствами и физическими или юридическими лицами других государств (Вашингтон, 18 марта 1965 года). URL: <http://base.garant.ru/2540235/> (дата обращения: 30.09.2018).

¹⁴ Так, согласно статье 52(1) Вашингтонской Конвенции об урегулировании инвестиционных споров между государствами и гражданами других государств 1965 года, каждая из сторон вправе требовать отмены решения арбитража по следующим основаниям: а) в случае, если арбитраж был учреждён ненадлежащим образом; б) в случае, если арбитраж превысил свои полномочия; в) в случае, если имел место подкуп одного из арбитров; г) в случае, если имело место существенное отступление от правил процедуры; или д) в случае, если решение арбитража не было надлежащим образом обосновано.

¹⁵ См.: *Исполинов А. С.* Куда идёт современный инвестиционный арбитраж? С. 84.

¹⁶ См.: UNCTAD Special Update on Investor-State Dispute Settlement: Facts and Figures. URL: unctad.org/en/PublicationsLibrary/diaepcb2017d7_en.pdf (дата обращения: 30.09.2018).

¹⁷ См.: *Rosert D. The Stakes Are High: A Review of The Financial Costs of Investment Treaty Arbitration*. URL: <https://www.iisd.org/sites/default/files/publications/stakes-are-high-review-financial-costs-investment-treaty-arbitration.pdf> (дата обращения: 30.09.2018).

рокий круг действий принимающего государства»¹⁸.

Наконец, к недостаткам инвестиционного арбитража относят его дороговизну и средний срок рассмотрения дела, составляющий три-четыре года. Так, например, на почти десятилетнее разбирательство по делу ЮКОСа Российской Федерации пришлось потратить 27 млн долларов США (это включает как гонорары юристов, так и иные расходы, прежде всего выплаты экспертам), а затраты заявителей (бывших акционеров ЮКОСа) составили почти 90 млн долларов США¹⁹.

Такой системный и структурный кризис легитимности инвестиционного арбитража привёл тому, что дискуссии о его реформе перешли из теоретической в практическую плоскость, а некоторые страны стали вообще отказываться от арбитражного рассмотрения инвестиционных споров. Так, Венесуэла, Боливия и Эквадор стали первыми странами в практике МЦУИС, вышедшими из Вашингтонской конвенции, а Индия, ЮАР и Индонезия пересмотрели свои инвестиционные соглашения, устранив из них положения об инвестиционном арбитраже. Увеличение числа инвестиционных споров в рамках Договора об Энергетической хартии заставило Италию выйти из этого соглашения после отмены ею льгот инвесторам по проектам, связанным с развитием возобновляемых нетрадиционных источников энергии²⁰.

3. Анализ предложений Европейской Комиссии

Стоит отметить, что ещё до появления предложений Европейской Комиссии выдвигались различные идеи реформирования инвестарбитража, например: 1) учреждение постоянно действующей апелляционной инстанции (например, при МЦУИС) по подобию Апелля-

ционного органа ВТО²¹; 2) создание специализированного международного инвестиционного суда для разрешения споров между инвесторами и государствами, вытекающих из инвестиционных соглашений²²; 3) односторонние действия государств по пересмотру уже существующих соглашений и ограничительный подход к заключению новых соглашений²³.

Как уже указывалось выше, в 2015 году Европейская Комиссия обнародовала свои предложения о реформе инвестиционного арбитража. Считается, что Комиссия пошла на этот беспрецедентный шаг, во-первых, пытаясь «спасти» Соглашение между ЕС и США о создании Трансатлантического торгового и инвестиционного партнёрства (*далее* – ТТИП), вызвавшего резкое неприятие в Европе во многом из-за включённого в него инвестарбитражного механизма, а во-вторых, стремясь ответить на жёсткую критику современного инвестарбитража со стороны научного сообщества и широкой публики. Как уже указывалось выше, с учётом того, что сегодня существует примерно 3300 международных соглашений о защите инвестиций, а на долю стран ЕС приходится почти половина из них (1400), речь может пойти о самой радикальной реформе инвестиционного арбитража с момента его появления.

Решающим фактором для Европейской Комиссии стала позиция Европарламента, согласно которому необходимо было получить для вступления в силу ТТИП. Европарламент фактически потребовал заменить существующий механизм разрешения инвестиционных споров постоянным судом, в котором была бы создана апелляционная инстанция²⁴.

¹⁸ Choudhury B. Recapturing Public Power: Is Investment Arbitration's Engagement of the Public Interest Contributing to the Democratic Deficit? // Vanderbilt Journal of Transnational Law. Vol. 41. 2008. No. 3. P.775–832, 782.

¹⁹ См.: Kaldunski M. Some Reflections on Arbitration in the *Yukos v. The Russian Federation* // Comparative Law Review. Vol. 18. 2014. P.141–167, 163.

²⁰ См.: De Luca A. Renewable Energy in the EU, the Energy Charter Treaty, and Italy's Withdrawal Therefrom // Transnational Dispute Management. 2015. No.3. P.8. URL: <https://ssrn.com/abstract=2657395> (дата обращения: 30.09.2018).

²¹ См.: Possible Improvements of the Framework for ICSID Arbitration: Discussion paper. October 22, 2004. Part VI and Annex "Possible Features of an ICSID Appeals Facility". P.3. URL: <https://icsid.worldbank.org/en/Documents/resources/Possible%20Improvements%20of%20the%20Framework%20of%20ICSID%20Arbitration.pdf> (дата обращения: 30.09.2018); Tams Ch.J. An Appealing Option?: The Debate about an ICSID Appellate Structure // Essays in Transnational Economic Law. 2006. No. 57. P.23.

²² См.: Van Harten G. A Case for International Investment Court: Society for International Economic Law (SIEL) Inaugural Conference 2008 Paper. P.3. URL: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1153424 (дата обращения: 30.09.2018).

²³ См.: Исполинов А. С. Куда идёт современный инвестиционный арбитраж? С. 92.

²⁴ См.: European Parliament resolution of 8 July 2015 containing the European Parliament's recommendations to the European Commission on the negotiations for the Transatlantic Trade and

Европейская Комиссия серьёзно подошла к практической имплементации своих предложений, и в декабре 2015 года было объявлено о завершении переговоров о торговом Соглашении с Вьетнамом²⁵, которое в главе об инвестициях содержало уже новый механизм для разрешения споров между государствами и инвесторами в полном соответствии с предложениями Комиссии. В феврале 2016 года было объявлено, что соответствующие изменения были внесены в главу об инвестициях в уже разработанном торговом Соглашении между ЕС и Канадой²⁶, которое именно в таком виде рекомендовано к подписанию. Таким образом, реформа инвестарбитража, объявленная Европейским Союзом, начала приобретать видимые очертания, вопреки тому, что сам проект создания ТТИП был снят с повестки дня из-за позиции новой администрации США. Необходимо подчеркнуть, что проект реформы при этом не потерял своей актуальности, так как Комиссия преисполнена решимости внедрить данный механизм во все инвестиционные соглашения ЕС²⁷.

Предлагаемый Комиссией механизм разрешения инвестиционных споров предусматривает вместо *ad hoc* арбитражей создание постоянно действующей Системы инвестиционного суда (англ.: Investment Court System). Эта система будет включать в себя Трибунал первой инстанции, в состав которого войдут 15 судей (по 5 представителей ЕС, США и третьих стран) и Апелляционный Трибунал, состоящий из 6 судей (по 2 представителя ЕС, США и третьих стран). Чтобы подчеркнуть отличие новой системы от прежней, проект

использует понятие «судьи» вместо понятия «арбитры». Судьи назначаются на 6-летний срок (с возможностью повторного назначения) специальным комитетом, состоящим из представителей государств — участников соглашения. Таким образом, право инвесторов назначать своих арбитров уходит в прошлое, а вместе с этим решается и проблема их возможной пристрастности.

Более того, одна треть судей и президенты трибуналов обеих инстанций всегда должны быть гражданами третьих стран. Это очень важный момент, так как именно президенты трибуналов формируют составы из трёх судей для рассмотрения конкретного спора. Председателем состава всегда должен быть гражданин третьей страны.

При наличии согласия обеих сторон спор может быть разрешён одним судьёй — гражданином третьей страны, что позволит сократить процессуальные издержки и облегчить доступ малых и средних предприятий к механизму разрешения инвестиционных споров. Срок разрешения споров не будет превышать двух лет, в том числе рассмотрение дела Трибуналом первой инстанции может занять до 18 месяцев и пересмотр решения Апелляционным трибуналом — до 180 дней.

Проект подчёркнуто дистанцируется от существующей ныне практики выплаты вознаграждения арбитрам сторонами спора и берёт за основу схему, принятую в Апелляционном органе ВТО. Как известно, избираемые на четыре года 7 членов Апелляционного органа ВТО получают от Секретариата ВТО ежемесячное вознаграждение (англ.: *retainer*) в размере 5300 долларов США лишь за то, чтобы они могли по первому требованию собраться в Женеве, а их гонорар составляет 514 долларов США за каждый день работы над делом²⁸. Такой же подход планируется применить и к судьям инвестиционных трибуналов, которые будут получать вознаграждение из средств специального фонда, создаваемого государствами — участниками инвестиционного соглашения. При этом проект оставляет за государствами право перейти к фиксированному вознаграждению судей. В

Investment Partnership (ТТИП) (2014/2228(INI). URL: <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//NONSGML+TA+P8-TA-2015-0252+0+DOC+PDF+V0//EN> (дата обращения: 30.09.2018).

²⁵ См.: Соглашение о свободной торговле между ЕС и Вьетнамом (EU-Vietnam Free Trade Agreement). URL: <http://trade.ec.europa.eu/doclib/press/index.cfm?id=1437> (дата обращения: 30.09.2018).

²⁶ См.: Всестороннее экономическое и торговое соглашение между ЕС и Канадой (EU-Canada Comprehensive Economic and Trade Agreement). URL: <http://ec.europa.eu/trade/policy/in-focus/ceta/ceta-chapter-by-chapter/> (дата обращения: 30.09.2018).

²⁷ См.: Commission Staff Working Document. Impact Assessment. Multilateral Reform of Investment Dispute Resolution. Brussels, 13 September 2017. SWD(2017) 302 final. URL: <https://ec.europa.eu/transparency/regdoc/rep/10102/2017/EN/SWD-2017-302-F1-EN-MAIN-PART-1.PDF> (дата обращения: 27.10.2018).

²⁸ См.: *Hughes V. The Strengths, Weaknesses, and Future of WTO Appellate Review // The WTO: Governance, Dispute Settlement & Developing Countries / ed. by M. E. Janow, V. Donaldson, A. Yanovich. Huntington, NY : Juris Publishing, Inc., 2007. P. 471–504, 495.*

этом случае судьи должны прекратить заниматься какой-либо иной деятельностью.

В отношении требований к кандидатам на должность судьи проект содержит ряд объективных требований и ограничений. Так, судьи должны либо соответствовать критериям, предъявляемым для занятия высших судебных должностей в своих странах, либо быть юристами с признанной квалификацией. В совокупности с установкой, что судьи должны иметь знания и опыт в международном публичном праве, очевидно, что наибольшими шансами обладают вышедшие в отставку судьи международных судов. С момента назначения судьёй должна быть прекращена любая иная деятельность, связанная с инвестиционными спорами по любым иным инвестиционным соглашениям. Это требование уже породило вполне обоснованные опасения, что возникнут значительные сложности с поиском кандидатур на должности судей, так как далеко не каждый специалист, имеющий опыт рассмотрения инвестиционных споров, согласится прекратить свою профессиональную деятельность в обмен на неопределённую на данный момент нагрузку²⁹.

Проект также устанавливает определённое условие для инвестора: на случай проигрыша инвестор обязан депонировать на счёт суда сумму в размере ожидаемых судебных расходов обеих сторон. Кроме того, инвестор должен раскрыть информацию о финансировании его судебных действий третьей стороной.

Спустя два года после обнародования своих предложений Европейская Комиссия внесла существенные изменения в план реформы, понимая очевидные практические неудобства создания новой системы для каждого инвестиционного соглашения. Теперь первостепенной задачей становится создание постоянно действующего международного инвестиционного суда³⁰. Помимо формирования единообразного подхода к толкованию и применению ключевых положений последних, переход к системе назначаемых на длитель-

ный срок судей, получающих фиксированную заработную плату, будет означать появление тех самых институциональных гарантий независимости и беспристрастности, которых сегодня так недостаёт инвестиционному арбитражу. В данном случае обязательно наличие контрольного механизма в виде апелляционной инстанции.

4. Взгляд научного сообщества

Мнения научного сообщества по данному вопросу существенно разделились. Так, французский исследователь в области международного арбитража К. Тити полагает, что предложения Комиссии создают для ЕС возможность не только влиять на разработку стандартов международных инвестиционных договоров, но и улучшить международное инвестиционное право «беспрецедентными способами». По её мнению, «мы стоим на пороге нового поколения инвестиционных договоров, которые навсегда изменят лицо международного инвестиционного права, которое мы знаем»³¹. Возражая К. Тити, М. Папаринскис занимает более сдержанную и скорее нейтральную позицию. Автор поддерживает смелость Европы, указывая на то, что на самом деле, в части материальных норм предложения ЕС — это современная и немного улучшенная версия практики США десятилетней давности³².

Как и любое компромиссное предложение, реформистские идеи Комиссии были подвергнуты жёсткой критике как со стороны приверженцев сохранения статус-кво, так и со стороны тех, кто оказался недоволен недостатком радикализма в подходе Комиссии. Открыто в поддержку существующей системы инвестарбитража выступили Европейская Федерация инвестиционного права и арбитража³³ и Американская торговая палата в

²⁹ См.: *Baetens F.* The European Union's Proposed Investment Court System: Addressing Criticisms of Investor-State Arbitration While Raising New Challenges // *Legal Issues of Economic Integration*. Vol. 43. 2016. No. 4. P.367–384, 370.

³⁰ См.: *Multilateral investment court: A new system for resolving disputes between foreign investors and states in a fair and efficient way*. URL: http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2017/september/tradoc_156042.pdf (дата обращения: 30.09.2018).

³¹ *Titi C.* International Investment Law and the European Union: Towards a New Generation of International Investment Agreements // *The European Journal of International Law*. Vol. 26. 2015. No. 3. P.639–661, 661.

³² См.: *Papariniskis M.* International Investment Law and the European Union: A Reply to Catharine Titi // *The European Journal of International Law*. 2015. Vol. 26. No. 3. P.663–670, 670.

³³ См.: *Task Force Paper regarding the proposed International Court System (ICS)*. European Federation for Investment Law and Arbitration. URL: http://eifila.org/wp-content/uploads/2016/02/EFILA_TASK_FORCE_on_ICs_proposal_1-2-2016.pdf (дата обращения: 30.09.2018).

ЕС³⁴. К ним присоединился известный своими проинвесторскими настроениями бывший Президент Международного Суда ООН Стивен Швобель, выступивший с критикой планов Комиссии, увидев в них угрозу независимости арбитров и попытку разрушить существующую систему защиты прав инвесторов.

Со стороны другого лагеря прозвучало мнение крайне авторитетной в Европе Ассоциации немецких судей и прокуроров, которая в своём заявлении³⁵ отметила, что проект Комиссии обходит молчанием вопрос о принципиальной необходимости использовать инвестиционный арбитраж в государствах с развитой судебной системой, открыто демонстрируя недоверие к национальным судам и дискриминируя национальные предприятия. Судьи фактически призвали конституционные суды стран ЕС и сам Суд Европейского Союза (далее — Суд ЕС) обратить внимание на данную проблему и вмешаться в дискуссию.

Примечательно, что Совет Европы также принимает активное участие в дискуссии о судьбе инвестиционного арбитража. Так, 27 января 2017 года прошли слушания в Парламентской Ассамблее Совета Европы о совместимости инвестарбитража с верховенством права, демократией и правами человека³⁶.

Один из наиболее известных критиков инвестиционного арбитража Г. Ван Хартен детально разбирает предложения Комиссии и убедительно доказывает, что они не устраняют основные структурные проблемы инвестиционного арбитража, такие как дискриминация между иностранными и внутренними инвесторами в развитых странах и высокий уровень недоверия к национальным судам государств — членов ЕС и к Суду ЕС³⁷.

Признанный эксперт в современном инвестиционном праве Ф. Байтенс поднимает весьма важный вопрос о том, станет ли Система инвестиционного суда более справедливой, чем нынешняя система *ad hoc* арбитражей³⁸. Автор отмечает, что Европейская Комиссия предприняла достойные попытки по рассмотрению основных критических замечаний путём внедрения кодекса поведения судей, принятия Правил ЮНСИТРАЛ о прозрачности³⁹, урегулирования вмешательства третьих сторон, введения испытательного срока и ограничения по затратам и, наконец, создания системы апелляционного пересмотра споров.

Оценивая предложения Комиссии, исследователь в области международного разрешения споров А. Рейнш рассматривает план реформ с точки зрения исполнения решений Инвестиционного суда. В рамках современного инвестиционного арбитража вынесенные решения исполняются в порядке, предусмотренном Вашингтонской конвенцией, либо в порядке, предусмотренном Конвенцией о признании и приведении в исполнение иностранных арбитражных решений 1958 года⁴⁰ (далее — Нью-Йоркская конвенция). Нью-Йоркская конвенция касается лишь решений, принятых коммерческим арбитражем, и по умолчанию была распространена на решения инвестиционных арбитражей. Для исполнения решения инвестор должен обратиться в национальный суд за признанием и исполнением решения арбитража. Однако возникает вопрос: будут ли национальные суды стран, не входящих в ЕС, признавать решения Инвестиционного суда в качестве арбитражных для целей их исполнения, даже с учётом того, что такой суд в понимании Европейской Ко-

³⁴ См.: AmCham EU response to EU proposal for investment protection and Court System for TTIP. URL: http://www.amcham.eu/system/files/position_papers/amcham_eu_response_to_eu_proposal_for_investment_protection_and_court_system_for_ttip_-_26.02.2016.pdf (дата обращения: 30.09.2018).

³⁵ См.: The German Magistrates Association Opinion on the establishment of an investment tribunal in TTIP — the proposal from the European Commission on 16.09.2015 and 11.12.2015. URL: https://www.foeeurope.org/sites/default/files/eu-us_trade_deal/2016/english_version_deutsche_richterbund_opinion_ics_feb2016.pdf (дата обращения: 30.09.2018).

³⁶ См.: Human rights compatibility of investor-State arbitration in international investment protection agreements. URL: <http://assembly.coe.int/nw/xml/XRef/Xref-DocDetails-EN.asp?fileid=23488> (дата обращения: 17.06.2018).

³⁷ См.: Van Harten G. Key Flaws in the European Commission's Proposals for Foreign Investor Protection in TTIP. Osgoode Le-

gal Studies Research Paper Series Paper No. 16/2016. P. 10. URL: <https://ssrn.com/abstract=2692122> (дата обращения: 30.09.2018).

³⁸ См.: Baetens F. Op. cit. P.382.

³⁹ См.: Правила ЮНСИТРАЛ о прозрачности в контексте арбитражных разбирательств между инвесторами и государствами на основе международных договоров (дата вступления в силу: 1 апреля 2014 года). URL: <http://www.uncitral.org/pdf/russian/texts/arbitration/rules-on-transparency/Rules-on-Transparency-R.pdf> (дата обращения: 30.09.2018).

⁴⁰ См.: Конвенция Организации Объединённых Наций о признании и приведении в исполнение иностранных арбитражных решений (Нью-Йорк, 10 июня 1958 года). URL: <http://www.uncitral.org/pdf/russian/texts/arbitration/NY-convention/New-York-Convention-R.pdf> (дата обращения: 30.09.2018).

миссии сочетает в себе черты как арбитража, так и суда⁴¹?

Кроме того, необходимо отметить, что предложенный Европейской Комиссией вариант обходит принципиальным молчанием существующую авторитетную и эффективную систему разрешения инвестиционных споров, предусмотренную Вашингтонской конвенцией, в рамках которой сейчас рассматривается большинство инвестиционных споров.

Проект также оставляет открытым такой принципиальный вопрос, как взаимодействие создаваемого механизма разрешения инвестиционных споров и национальных судов. Сегодня международной практикой допускается лишь довольно ограниченный контроль со стороны национальных судов за решениями инвестиционного арбитража. Такие решения можно попытаться отменить по узкому кругу процессуальных оснований в национальном суде по месту нахождения арбитража, либо просить национальный суд по месту исполнения арбитражного решения отказать в исполнении этого решения, но опять-таки только по ограниченным процессуальным основаниям, либо на основе противоречия решения нормам публичного порядка. При этом, согласно положениям Вашингтонской конвенции, какой-либо контроль со стороны национальных судов за решениями арбитражей, которые были созданы в рамках МЦУИС, отсутствует. Решения таких арбитражей признаются окончательными решениями национальных судов и должны быть немедленно исполнены.

5. Позиция Суда Европейского Союза

Суд ЕС уже трижды признавал не соответствующими праву ЕС соглашения, предусматривающие создание международных судов, которые могли бы угрожать его исключительной юрисдикции. Во-первых, в Заключении 1/09⁴² Суд ЕС признал противоречащим праву ЕС создание специализированного Европейского патентного суда, не входящего ни в

систему национальных судов, ни в систему судов ЕС. Во-вторых, в Заключении 1/91⁴³ Суд ЕС запретил Европейскому Союзу участвовать в создании Суда единого экономического пространства. Наконец, последний раз это было сделано в Заключении 2/13⁴⁴, в котором Суд ЕС признал противоречащим праву ЕС проект соглашения о присоединении Европейского Союза к Конвенции о защите прав человека и основных свобод 1950 года. В этом проекте речь шла о праве Европейский Суд по правам человека проверять нормы права ЕС на их соответствие положениям Конвенции, что Суду ЕС показалось недопустимым вмешательством в его компетенцию⁴⁵.

Ещё более интересным явилось Заключение 2/15⁴⁶ касательно Соглашения о свободной торговле между Европейским Союзом и Сингапуром, которое было выпущено Судом ЕС 16 мая 2017 года. Перед Судом ЕС был поставлен вопрос о том, уполномочен ли Европейский Союз самостоятельно подписывать данное Соглашение, а именно: какие положения подпадают под исключительную компетенцию ЕС, какие под совместную компетенцию, а какие под исключительную компетенцию государств — членов ЕС. Судом было принято решение о том, что вопросы, касающиеся защиты инвестиций и разрешения инвестиционных споров, находятся в совместной компетенции Европейского Союза и государств-членов. Более того, в Заключении есть оговорка, адресованная национальным судам государств ЕС, которых Суд ЕС всегда считал своими союзниками. Так, в параграфе 292 указано, что режим, который выводит споры из-под юрисдикции национальных судов государств — членов ЕС (а именно это лежит в основе идеи инвестиционного арбитража и всегда воспринималось как покушение на их права судами развитых стран, в том числе и судами государств — членов ЕС), не может устанавливаться без согла-

⁴¹ См.: *Reinisch A.* Will the EU's Proposal Concerning an Investment Court System for CETA and TTIP Lead to Enforceable Awards? — The Limits of Modifying the ICSID Convention and the Nature of Investment Arbitration // *Journal of International Economic Law*. Vol. 19. 2016. No. 4. P. 761—786, 783.

⁴² См.: *European Court of Justice (далее — ECJ). Opinion 1/09.* Opinion of the Court (Full Court) of 8 March 2011.

⁴³ См.: *ECJ. Opinion 1/91.* Opinion of the Court of 14 December 1991.

⁴⁴ См.: *ECJ. Opinion 2/13.* Opinion of the Court (Full Court) of 18 December 2014.

⁴⁵ О таком внешнем применении Заключения Суда ЕС 02/13 см.: *Исполинов А.* Суд Европейского Союза против присоединения ЕС к Европейской Конвенции по правам человека (причины и следствия) // *Международное правосудие*. 2015. № 1 (13). С. 118—134.

⁴⁶ См.: *ECJ. Opinion 2/15.* Opinion of the Court (Full Court) of 16 May 2017.

сия государств-членов. Таким образом, Суд ЕС достиг двух целей сразу. Во-первых, он показал, что понимает обеспокоенность национальных судов и готов отстаивать их интересы, и, во-вторых, заявил, что Соглашение с Сингапуром должно быть подписано и ратифицировано не только Европейским Союзом, но и всеми 28 государствами — членами ЕС. Однако в таком случае существует вероятность, что отказ хотя бы одного из государств — членов ЕС подписать Соглашение перечеркнёт 5 лет переговоров с Сингапуром, открыто нарушая принцип взаимного лояльного сотрудничества⁴⁷, предусмотренного Лиссабонским договором.

6. Будущее реформы инвестиционного арбитража

После того как Суд ЕС признал совместную компетенцию ЕС и государств-членов в Заклучении 2/15, у него появилось право получать запросы не только от Европейской Комиссии, но и от национальных правительств. Так, в сентябре 2017 года от Правительства Бельгии поступил запрос в Суд ЕС, в котором оно просило проверить соответствие нового механизма в Соглашении с Канадой праву Европейского Союза⁴⁸. Бельгия, так же как и остальные государства — члены ЕС, должна ратифицировать данное Соглашение. Временно оно уже вступило в силу.

По нашему мнению, будущее инвестарбитража сейчас напрямую зависит от позиции, занимаемой Судом ЕС. В связи с этим можно обозначить следующие сценарии развития событий.

Вариант 1. Суд ЕС признаёт инвестарбитражный механизм в Соглашении с Канадой *соответствующим* праву ЕС, давая, таким образом, ход реформе. В таком случае возникает вопрос: как обеспечить вовлечённость Суда ЕС в решение этих вопросов? Можно предусмотреть некий компромиссный

вариант, например наделить инвестиционные суды правом запрашивать преюдициальные заключения Суда ЕС. Это могло бы снизить критический настрой Суда ЕС, который считает инвестарбитраж «клоном» коммерческого арбитража и отказывается признавать его надлежащим судом, имеющим право на такие запросы. Со стороны может показаться, что преобразование инвестарбитража в постоянный суд, созданный государствами, может побудить Суд ЕС смягчить свою позицию. Однако проблема в том, что созданные в результате реформы инвестиционные суды не будут считаться в глазах Суда ЕС судами национальными, о которых говорят учредительные договоры ЕС. Кроме того, остаётся открытым вопрос о том, как принудить инвестиционные суды обращаться в Суд ЕС с такими запросами и тем более их исполнять. Это снижает практическую ценность таких предложений.

Вариант 2. Суд ЕС наложит *тотальное вето*, признав механизм разрешения инвестиционных споров противоречащим праву ЕС, причём речь пойдёт не только о реформированном инвестарбитраже, но также о традиционном инвестарбитраже. В этом случае потребуются внести изменения не только в Соглашение с Канадой, но и во все 1400 инвестиционных договоров государств — членов ЕС с третьими странами, в которых содержатся инвестарбитражные оговорки. Страны ЕС окажутся перед необходимостью убедить третьи страны исключить эти положения, заменив их на нечто другое, либо в случае, если согласие на такие изменения не будет получено, расторгнуть эти соглашения и заменить их на договоры, предусматривающие исключительную юрисдикцию национальных судов. Необходимо отметить, что на данный момент существует лишь 2 инвестиционных договора, в которых Европейский Союз является стороной (Соглашения с Канадой и Вьетнамом). Речь же идёт о замене всего массива инвестиционных соглашений ЕС, большая часть которого — соглашения, заключённые государствами — членами ЕС.

При этом необходимо понимать, что не все третьи страны захотят изменять существующие соглашения, включив в него новый механизм (в случае его одобрения Судом ЕС) либо полностью исключив инвестарбитражные механизмы (в случае вето Суда ЕС). Всегда найдутся государства, которые не захотят

⁴⁷ См.: Пункт 3 статьи 3(а) Лиссабонского договора: "Pursuant to the principle of sincere cooperation, the Union and the Member States shall, in full mutual respect, assist each other in carrying out tasks which flow from the Treaties".

⁴⁸ См.: Multilateral Investment Court — Belgium Seeks Opinion to CJEU while EU Commission Requests Authorisation to Open Multilateral Negotiations. URL: <http://international-litigation-blog.com/mic-belgium-seeks-opinion-to-cjeu-eu-commission-requests-authorisation-to-open-multilateral-negotiations/> (дата обращения: 30.09.2018).

включить инвестарбитражные оговорки о разрешении инвестиционных споров в соглашения. Тогда инвестарбитраж между Европейским Союзом и третьими странами будет исключён, а инвесторы начнут направлять иски в национальные суды государств — членов ЕС. С течением времени прежние договоры будут заменены на соглашения, в которых будет отсутствовать инвестарбитражная оговорка. В противном случае, исходя из той же практики Суда ЕС, эти договоры будут денонсированы, а с учётом того, что инвестиционные договоры государств — членов ЕС с третьими странами составляют порядка половины от всех имеющихся в мире соглашений такого рода, для международного инвестиционного права и для инвестиционного сообщества это будет настоящим потрясением. Впрочем, необходимо помнить о так называемой “sunset clause”, защищающей инвестора от подобных рисков, позволяя ему инициировать жалобы в течение 20 лет после прекращения договора (статья 30.9(2) Соглашения с Канадой).

По нашему мнению, более вероятен сценарий, в котором Суд ЕС признает новый порядок не соответствующим праву ЕС. Суд уже заложил для этого основы, которые позволяют предположить, что его отношение к инвестарбитражу отрицательное, так как инвестарбитражные механизмы, с точки зрения Суда, вторгаются в полномочия национальных судов. Так, 6 марта 2018 года Суд ЕС вынес знаковое решение по делу *Achmea*⁴⁹ о несоответствии праву ЕС двусторонних инвестиционных соглашений (*далее* — ДИС), заключённых между странами ЕС (англ.: intra-EU BITs), отметив их неблагоприятное влияние на автономию права ЕС⁵⁰. Решение было вынесено по запросу Верховного суда Германии, в который обратилась Словакия после того, как трибунал ЮНСИТРАЛ признал наличие юрисдикции по рассмотрению спора (местом арбитража являлся Франкфурт-на-Майне). Суд ЕС постановил, что если суд или трибунал вынесет решение по вопросу, охватываемому правом ЕС, и если этот суд или трибунал

находится за пределами судебной системы ЕС, то автономия права ЕС окажется под угрозой, даже если право ЕС только изредка применяется к спорам, в отношении которых арбитражные трибуналы осуществляют юрисдикцию. Также Суд ЕС указал, что инвестиционный трибунал не может быть признан «судом или трибуналом ЕС» в понимании статьи 267 Договора о функционировании Европейского Союза, поэтому он не может направлять преюдициальные запросы в Суд ЕС, что, в свою очередь, является «краеугольным камнем» правовой системы ЕС, обеспечивающим её гармоничность и последовательность. При этом процедура приведения в исполнение арбитражного решения в национальных судах стран ЕС не может восполнить данный пробел, поскольку полномочия судов по пересмотру арбитражных решений в таких делах ограничены. Таким образом, Суд решил, что статья 8 ДИС между Нидерландами и Словакией противоречит статьям 267 и 344 Договора о функционировании Европейского Союза, поскольку данная процедура позволяет трибуналам применять или толковать право ЕС без должного участия Суда ЕС⁵¹. Данное решение не только ставит под вопрос правомерность всех инвестиционных арбитражных разбирательств, инициированных на основе ДИС, заключённых между странами ЕС, но и расценивается некоторыми комментаторами как некий «приговор» проекту реформы инвестарбитража Европейской Комиссии⁵².

Хотелось бы подчеркнуть, что вето Суда ЕС не будет означать отказ всех стран в мире от инвестарбитражных механизмов в целом. Речь в данном случае пойдёт о прекращении их использования в договорах с участием Европейского Союза и его государств-членов. Кроме того, даже в случае успеха реформы, начатой ЕС, прежний арбитраж останется, сохранив своих сторонников среди тех государств, которые не захотят перейти к новым механизмам, предложенным ЕС. Это будет означать начало периода сосуществования

⁴⁹ См.: ECJ. *Slovakische Republik v. Achmea*. Case C-284/16. Judgment of the Court (Grand Chamber) of 6 March 2018.

⁵⁰ См.: *Achmea — a perspective from international (investment) law*. URL: <https://europeanlawblog.eu/2018/03/15/achmea-a-perspective-from-international-investment-law/> (дата обращения: 30.09.2018).

⁵¹ См.: ECJ. *Slovakische Republik v. Achmea*. Case C-284/16. Judgment of the Court (Grand Chamber) of 6 March 2018. § 37, 49, 53, 59, 60.

⁵² См.: *Thym D. The CJEU ruling in Achmea: Death Sentence for Autonomous Investment Protection Tribunals*. URL: <http://eulawanalysis.blogspot.com/2018/03/the-cjeu-ruling-in-achmea-death.html> (дата обращения: 28.10.2018).

конкурирующих между собой европейской и старой моделей. Разумеется, этот вариант возможен лишь при условии, если Суд согласится на реформу. В любом случае данный процесс с большой долей вероятности затянется на годы.

7. Заключение

На современном этапе наиболее популярным вариантом реформы инвестиционного арбитража является создание апелляционной инстанции, и с этой позиции создание такой инстанции в рамках МЦУИС является наиболее рациональным решением. Однако Европейская Комиссия настойчиво предлагает третьим странам включить в торгово-экономические соглашения именно свой собственный вариант⁵³ разрешения инвестиционных споров, который радикально отличается от сегодняшнего инвестиционного арбитража.

При всей привлекательности предложений Комиссии нерешёнными остаются вопросы совместимости Системы инвестиционного суда, предлагаемой ЕС, и существующей Вашингтонской конвенции о создании Международного центра по урегулированию инвестиционных споров, который на сегодня является самым популярным и эффективным механизмом разрешения споров между инвестором и принимающим государством.

Однако наиболее уязвимым моментом предложений ЕС можно считать проблему признания и исполнения решений, вынесенных в рамках Системы инвестиционного суда, национальными судами третьих стран, если принять во внимание то, что Нью-Йоркская конвенция говорит именно об арбитражных, а не о судебных решениях.

По оценкам некоторых исследователей, в попытке снизить накал критики в адрес инвестарбитража, Комиссия стремится решить лишь некоторые наиболее злободневные проблемы при отсутствии цельного и комплексного подхода к вопросу разрешения инвестиционных споров⁵⁴. Однако необходимо

иметь в виду, что если повестка дня реформ в ЕС в значительной степени будет проводиться для политического умиротворения, то это может нанести ущерб международному инвестиционному режиму в целом⁵⁵.

Тем не менее наибольшим риском для предложений Комиссии является позиция Суда ЕС, который может в своём новом заключении признать данный реформированный механизм противоречащим праву Европейского Союза, как он уже это сделал в случае с проектом Соглашения о присоединении ЕС к Конвенции о правах и основных свободах человека 1950 года.

Остаётся лишь предполагать, какую позицию займёт Суд ЕС в заключении по данному запросу. Парадокс сегодняшней реформы инвестиционного арбитража состоит в том, что она происходит не по вертикали, а по горизонтали. С одной стороны, реформа исходит от Европейского Союза (Комиссии), чьи действия затрагивают значительную часть действующих в мире инвестиционных соглашений. С другой стороны, эта инициатива может быть полностью «похоронена» Судом ЕС, и тогда речь пойдёт не о реформе инвестиционного арбитража, а о полном его исключении из инвестиционной политики и практики Европейского Союза.

Библиографическое описание:

Пименова С. Реформа инвестиционного арбитража глазами Европейского Союза: проблемы и перспективы // *Международное правосудие*. 2018. № 4 (28). С. 113–125.

Investment arbitration reform in the eyes of the European Union: problems and perspectives

Sofia Pimenova

Graduate student, International Law Department, Faculty of Law, Lomonosov Moscow State University, Moscow, Russia (e-mail: sofia.pimenova@inbox.ru).

Abstract

The author suggests that the existing model of dispute resolution between foreign investors and host states finds itself in a deep crisis and needs to be substantially reformed. Over the past years, several options for such reform have been suggested by academics, practitioners, and states. Such options

⁵³ См.: The European Union's proposal for Investment Protection and Resolution of Investment Disputes. URL: http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2015/november/tradoc_153955.pdf (дата обращения: 30.09.2018).

⁵⁴ См.: *Van Harten G.* The European Union's Emerging Approach to ISDS: A Review of the Canada-Europe CETA, Europe-Singapore FTA, and European-Vietnam FTA // *University of Bologna Law Review*. Vol. 1. 2016. No. 1. P. 138–165.

⁵⁵ См.: *Dickson-Smith K. D.* Does the European Union Have New Clothes? Understanding the EU's New Investment Treaty Model // *Journal of World Investment & Trade*. Vol. 17. 2016. No. 5. P. 773–822, 813.

include the establishment of a permanent appellate authority or a specialized international investment court, as well as unilateral actions by states regarding revision of existing investment protection agreements and restrictive approach to concluding new ones. Given that all parties to this discussion pursue their own interests, it may be difficult to come to any universally accepted multilateral solution on the future of investment arbitration. The impetus to the new wave of discussion about the reform of investment arbitration had been given by the release of a European Commission Concept paper, proposing the creation of a permanent investment court instead of *ad hoc* arbitration and, accordingly, the replacement of arbitrators with judges. This article provides a comprehensive analysis of this proposal, as well as scenarios for further development. The author concludes that while the proposal of the EU Commission has some obvious advantages – such as the creation of an appellate instance as a guarantee of the right to a fair trial and the abolition of the right of disputants to appoint arbitrators – the proposal suffers from significant disadvantages. Among these are the incompatibility of the proposed investment court with the ICSID Convention and a lack of mechanisms for recognition and enforcement of the investment court's judgments by the national courts of third countries, as well as a potential veto by the European Court of Justice, especially considering its negative attitude toward investment arbitration and its mechanisms which, in the Court's view, may seriously compromise the unity of the EU legal order. Nevertheless, the author emphasizes that the veto of the European Court of Justice does not mean an overall refusal of the states to use current investment arbitration mechanism, but only in agreements concluded by the European Union and its member states. In the event of a successful reformation, there will be co-existence and even competition between the new and old models of investment dispute resolution. The relevance of this article is that the proposal of the EU Commission to reform investment arbitration has not yet attracted the attention of Russian researchers.

Keywords

international investment arbitration; international investment agreements; reform of investment arbitration; European Commission; European Court of Justice.

Citation

Pimenova S. (2018) Reforma investitsionnogo arbitrazha glazami Evropeyskogo Soyuza: problemy i perspektivy [Investment arbitration reform in the eyes of the European Union: problems and perspectives]. *Mezhdunarodnoe pravosudie*, vol. 8, no. 4, pp. 113–125. (In Russian).

References

Baetens F. (2016) The European Union's Proposed Investment Court System: Addressing Criticisms of Investor-State Arbitration While Raising New Challenges. *Legal Issues of Economic Integration*, vol. 43, no. 4, pp. 367–384.

Choudhury B. (2008) Recapturing Public Power: Is Investment Arbitration's Engagement of the Public Interest Contributing to the Democratic Deficit? *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, vol. 41, no. 3, pp. 775–832.

De Luca A. (2015) Renewable Energy in the EU, the Energy Charter Treaty, and Italy's Withdrawal Therefrom. *Transnational Dispute Management*, no. 3.

Dickson-Smith K. D. (2016) Does the European Union Have New Clothes? Understanding the EU's New Investment Treaty Model. *Journal of World Investment & Trade*, vol. 17, no. 5, pp. 773–822.

Eberhardt P., Olivet C. (2012) Profiting from Injustice: How Law Firms, Arbitrators and Financiers are Fueling an Investment Arbitration Boom, H. Burley (ed.), Brussels; Amsterdam: Corporate Europe Observatory; Transnational Institute. Available at: <https://corporateeurope.org/sites/default/files/publications/profitting-from-injustice.pdf> (accessed: 17.06.2018).

Franck S. D. (2005) The Legitimacy Crisis in Investment Arbitration: Privatizing Public International Law through Inconsistent Decisions. *Fordham Law Review*, vol. 73, no. 4, pp. 1521–1625.

Hughes V. (2007) The Strengths, Weaknesses, and Future of WTO Appellate Review. In: Janow M. E., Donaldson V., Yanovich A. (eds.). *The WTO: Governance, Dispute Settlement & Developing Countries*, Huntington, NY: Juris Publishing, pp. 471–504.

Ispolinov A. (2015) Sud Evropeyskogo Soyuza protiv prisoedineniya ES k Evropeyskoy Konventsii po pravam cheloveka (prichiny i sledstviya) [The European Court of Justice against the EU's accession to the European Convention of Human Rights (causes and consequences)]. *Mezhdunarodnoe pravosudie*, vol. 5, no. 1, pp. 118–134. (In Russian).

Ispolinov A. S. (2015) Kuda idyot sovremennyy investitsionnyy arbitrazh? [Where is modern investment arbitration going?] *Rossiyskiy yuridicheskiy zhurnal*, no. 3, pp. 80–95. (In Russian).

Kahale G., III (2012) Is Investor-State Arbitration Broken? *Transnational Dispute Management*, no. 7, pp. 25–27.

Kaldurinski M. (2014) Some Reflections on Arbitration in the *Yukos v. The Russian Federation*. *Comparative Law Review*, vol. 18, pp. 141–167.

Pauwelyn J. (2014) At the Edge of Chaos? Foreign Investment Law as A Complex Adaptive System, How It Emerged and How It Can Be Reformed. *ICSID Review: Foreign Investment Law Journal*, vol. 29, no. 2, pp. 372–418.

Reinisch A. (2016) Will the EU's Proposal Concerning an Investment Court System for CETA and TTIP Lead to Enforceable Awards? – The Limits of Modifying the ICSID Convention and the Nature of Investment Arbitration. *Journal of International Economic Law*, vol. 19, no. 4, pp. 761–786.

Rosert D. *The Stakes Are High: A Review of The Financial Costs of Investment Treaty Arbitration*. Available at: <https://www.iisd.org/sites/default/files/publications/stakes-are-high-review-financial-costs-investment-treaty-arbitration.pdf> (accessed: 30.09.2018).

Titi C. (2015) International Investment Law and the European Union: Towards a New Generation of International Investment Agreements. *The European Journal of International Law*, vol. 26, no. 3, pp. 639–661.

Trakman L. E. (2012) The ICSID Under Siege. *Cornell International Law Journal*, vol. 45, no. 3, pp. 603–665.

Van Harten G. (2008) *A Case for International Investment Court: Society for International Economic Law (SIEL) Inaugural Conference 2008 Paper*. Available at: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1153424 (accessed: 30.09.2018).

Van Harten G. (2016) Key Flaws in the European Commission's Proposals for Foreign Investor Protection in TTIP: Osgoode Legal Studies Research Paper Series Paper 16. Available at: <https://ssrn.com/abstract=2692122> (accessed: 30.09.2018).

Van Harten G. (2016) The European Union's Emerging Approach to ISDS: A Review of the Canada-Europe CETA, Europe-Singapore FTA, and European-Vietnam FTA. *University of Bologna Law Review*, vol. 1, no. 1, pp. 138–165.

Экономические санкции глазами российских судей: между защитой публичного порядка и интересов бизнеса*

Владислав Старженецкий, Валерия Бутырина, Юлия Драгунова**

В данной статье авторы анализируют формирующиеся подходы российских судов (Конституционного Суда РФ, арбитражных судов и судов общей юрисдикции) по квалификации отношений, связанных с экономическими санкциями, введенными западными государствами в отношении России в 2014 году. Российские суды исходят из того, что указанные экономические санкции являются незаконными с точки зрения международного права; по этой причине действие иностранных правовых предписаний и соответствующих положений коммерческих контрактов, направленных на исполнение санкционных ограничений, блокируется на территории России на основании норм о защите публичного порядка. В этом контексте судебную практику можно рассматривать как продолжение общей государственной политики России, направленной на отрицание легитимности односторонних ограничительных мер экономического характера, которые вводятся в обход компетенции Совета Безопасности ООН и которые считаются недружественными действиями со стороны иностранных государств, представляющими угрозу суверенитету России. В то же время в ряде случаев российские суды стараются смягчить негативные юридические последствия от действия санкций для российского и зарубежного бизнеса в отечественной юрисдикции. Судебная практика находится в поиске сбалансированных подходов применительно к ответственности за соблюдение иностранных санкций частными лицами, достаточно нейтрально относится к положениям в контрактах, направленных на предупреждение коллизий, вызванных экономическими санкциями (антисанкционным оговоркам), а также в целом придерживается справедливых правовых решений, основанных на разграничении вопросов предпринимательского риска и влияния объективных обстоятельств на поведение частных лиц, в ситуациях, когда невыполнение обязательств было вызвано санкционными ограничениями.

→ *Экономические санкции; контрсанкции; форс-мажор; существенное изменение обстоятельств; антисанкционные оговорки; публичный порядок*

DOI: 10.21128/2226-2059-2018-4-126-139

1. Введение

В 2014 году Европейским Союзом и многими западными государствами были введены различные экономические санкции¹ в отношении Российской Федерации и российских фи-

зических и юридических лиц, включающие среди прочего запрет на осуществление финансовых операций, торговлю товарами, оказание услуг, передачу технологий². С учётом

* Статья написана с использованием СПС «КонсультантПлюс».

** *Старженецкий Владислав Валерьевич* — кандидат юридических наук, доцент кафедры международного публичного и частного права Национального исследовательского университета «Высшая школа экономики», Москва, Россия (e-mail: vstarzhenetskiy@hse.ru); *Бутырина Валерия Андреевна* — стажер-исследователь научно-учебной лаборатории исследований в области защиты государственных интересов в условиях экономических санкций НИУ «Высшая школа экономики», Москва, Россия (e-mail: vabutyrina@edu.hse.ru); *Драгунова Юлия Валерьевна* — магистрант факультета права НИУ «Высшая школа экономики», Москва, Россия (e-mail: yuvdragunova@edu.hse.ru).

¹ Здесь и далее термин «экономические санкции» используется для обозначения ограничительных мер экономического характера, вводимых иностранными государствами и международными организациями.

² См., в частности: Решение Совета Европейского Союза 2014/145/CFSP от 17 марта 2014 года «Об ограничительных мерах в отношении действий, подрывающих или угрожающих территориальной целостности, суверенитету и независимости Украины». URL: <https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2014:078:0016:0021:EN:PDF> (дата обращения: 07.11.2018); Решение Совета Европейского Союза 2014/386/CFSP от 23 июня 2014 года «Об ограничительных мерах на товары, происходящие из Крыма или Севастополя, в ответ на незаконную аннексию Крыма и Севастополя». URL: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:>

активного участия российских хозяйствующих субъектов в трансграничных торгово-экономических отношениях, а также значительного присутствия многих западных компаний на российском рынке это не могло не повлиять на уже сложившиеся частноправовые взаимоотношения, заключённые контракты и будущее сотрудничество российских лиц с зарубежными контрагентами.

Ни для кого не секрет, что применение санкций в частноправовой сфере вызывает массу сложных и комплексных вопросов, которые активно обсуждаются в российской и зарубежной юридической литературе³. Национальные и международные суды⁴ также вы-

нуждены давать квалификацию многим спорным моментам, связанным с правомерностью и влиянием экономических санкций на хозяйственный оборот. Не остались в стороне и российские суды. К настоящему моменту они рассмотрели «критическую массу» дел, судебные решения по которым уже позволяют говорить о складывающихся подходах и тенденциях в российской правоприменительной практике.

В данной статье мы постараемся через призму судебной практики систематизировать основные правовые проблемы, возникающие в связи с экономическими санкциями, проследить складывающиеся тенденции, а также обозначить правовые подходы, свойственные российской правовой системе в исследуемой сфере.

2. Правовая квалификация экономических санкций

Хорошо известно, что Российская Федерация является последовательным критиком концепции односторонних ограничительных мер экономического характера, которые вводятся в обход компетенции Совета Безопасности ООН⁵. Данные меры считаются недружественными действиями со стороны иностранных государств, представляющими угрозу территориальной целостности или направленными на экономическую и политическую дестабилизацию Российской Федерации⁶.

32014D0386&from=EN (дата обращения: 07.11.2018); Решение Совета Европейского Союза 2014/512/CFSP от 31 июля 2014 года «Об ограничительных мерах в отношении действий России, направленных на дестабилизацию ситуации на Украине» (вводящие секторальные санкции). URL: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=OJ:JOL_2014_229_R_0003&from=EN (дата обращения: 07.11.2018); Исполнительный приказ Президента Соединённых Штатов Америки 13660 от 6 марта 2014 года «О блокировке собственности дополнительных лиц, способствующих ситуации в Украине». URL: https://www.treasury.gov/resource-center/sanctions/Programs/Documents/ukraine_eo3.pdf (дата обращения: 07.11.2018); Исполнительный приказ Президента Соединённых Штатов Америки 13662 от 24 марта 2014 года «О блокировке собственности дополнительных лиц, способствующих ситуации в Украине», вводящий секторальные санкции. URL: https://www.treasury.gov/resource-center/sanctions/Programs/Documents/ukraine_eo3.pdf (дата обращения: 07.11.2018); Исполнительный приказ Президента Соединённых Штатов Америки 13685 от 19 декабря 2014 года «О блокировке собственности отдельных лиц и о запрете некоторых сделок в отношении Крымской области Украины». URL: https://www.treasury.gov/resource-center/sanctions/Programs/Documents/ukraine_eo4.pdf (дата обращения: 07.11.2018).

³ См., например: Экономические санкции против России: правовые вызовы и перспективы : сб. статей / под ред. С. В. Гландина, М. Г. Дораева. М. : Инфотропик Медиа, 2018; Бахин С. В., Ерёмко И. Ю. Односторонние экономические «санкции» и международное право // Закон. 2017. № 11. С. 162–175; Савельев А. И. Односторонние экономические санкции США: взгляд со стороны американского и российского права // Закон. 2015. № 5. С. 108–131; Lin T. C. W. Financial Weapons of War // Minnesota Law Review. Vol. 100. 2016. No. 4. P. 1377–1440; Caytas J. Sanctions, Real and Imaginary: Experiences with Russia in the Ukraine Crisis // Amsterdam Law Forum. Vol. 9. 2017. No. 2. P. 26–47. URL: <http://amsterdamlawforum.org/article/view/379/548> (дата обращения: 10.11.2018); Handbook of Export Controls and Economic Sanctions / ed. by K. C. Georgi, P. M. Lalonde. Chicago, IL : ABA Section of International Law, 2013.

⁴ См., например: Court of Justice of the European Union. *PJSC Rosneft Oil Company v Her Majesty's Treasury and Others*. Case C-72/15. Judgment of the Court (Grand Chamber) of 28 March 2017; *Arkady Romanovich Rotenberg v. Council of the European Union*. Case T-720/14. Judgment of the General Court (Ninth Chamber) of 30 November 2016; *Bank for Development and Foreign Economic Affairs (Vnesheconombank) v. Council of the European Union*. Case T-737/14. Judgment of the General Court (Sixth Chamber) of 13 September 2018.

⁵ См., например: Стенографический отчёт о пленарном заседании Петербургского международного экономического форума с участием В. В. Путина. URL: <http://www.kremlin.ru/events/president/news/21080> (дата обращения: 07.11.2018); Большая пресс-конференция Владимира Путина. URL: <http://www.kremlin.ru/events/president/news/47250> (дата обращения: 07.11.2018); Выступление министра иностранных дел России С. В. Лаврова на заседании Совета Безопасности ООН министерского уровня по проблематике безопасности урегулирования, Нью-Йорк, 27 сентября 2018 года. URL: http://www.mid.ru/ru/press_service/minister_speeches/-/asset_publisher/7OvQR5KJWVmR/content/id/3354592 (дата обращения: 07.11.2018); Совместное заявление Президента Российской Федерации В. В. Путина и Председателя Государственного Совета и Совета Министров Республики Куба М. Диас-Канеля Бермудеса об общих подходах в международных делах. URL: <http://www.kremlin.ru/supplement/5354> (дата обращения: 07.11.2018); Брифинг официального представителя МИД России М. В. Захаровой, Москва, 8 февраля 2018 года. URL: http://www.mid.ru/web/guest/foreign_policy/news/-/asset_publisher/cKNonkJE02Bw/content/id/3062808 (дата обращения: 07.11.2018).

⁶ Статья 1 Федерального закона от 4 июня 2018 года № 127-ФЗ «О мерах воздействия (противодействия) на недружествен-

В связи с этим довольно закономерным выглядит подход, отраженный в постановлении Конституционного Суда Российской Федерации (*далее* — КС России) от 13 февраля 2018 года № 8-П по делу о проверке конституционности положений пункта 4 статьи 1252, статьи 1487 и пунктов 1, 2 и 4 статьи 1515 Гражданского кодекса Российской Федерации в связи с жалобой общества с ограниченной ответственностью «ПАГ», посвящённом проблеме параллельного импорта.

КС России отметил, что экономические санкции устанавливаются «вне надлежущей международно-правовой процедуры и в противоречии с многосторонними международными договорами, участником которых является Российская Федерация»⁷. Иными словами, с точки зрения международного и российского права, экономические санкции, введённые иностранными государствами в отношении России и российских лиц, являются незаконными *per se*.

В этом ключе, по всей видимости, необходимо рассматривать и зеркальную возможность России прибегать к подобным ограничительным мерам со своей стороны и по своей инициативе. Исходя из позиции КС России, такие действия будут противоречить международному праву, и Россия должна воздерживаться от использования экономических санкций в отношениях с иностранными суверенами и международными организациями, включая введение односторонних запретов и ограничений для соответствующих физических и юридических лиц.

Однако вряд ли такая же логика применима в случае с так называемыми «контрсанкциями»⁸. Хотя КС России не затрагивал дан-

ную проблему, с международно-правовой точки зрения, квалификация и детальная правовая регламентация российских контрсанкций также является очень актуальной, так как довольно много вопросов возникает в связи с тем, какие конкретно условия и критерии должны приниматься в расчёт (в частности, необходимость, пропорциональность, временные рамки подобных мер, возможность индивидуальных исключений, вопросы причинно-следственной связи).

Принципиальная позиция России заключается в том, что ограничения, вводимые ею в ответ на санкции со стороны иностранных государств, не считаются нарушением международных обязательств, равно как и положений российского права, так как являются специальными экономическими мерами⁹, которые применяются в случаях, требующих безотлагательной реакции на международно-противоправное деяние либо недружественное действие иностранного государства, представляющие угрозу интересам и безопасности Российской Федерации. Такую интерпретацию дал Верховный Суд России в своём решении от 11 ноября 2014 года № АКПИ14-1124¹⁰ по делу об оспаривании введённых «контрсанкций» открытым акционерным обществом «Мурманский рыбокомбинат», которое считало, со своей стороны, что введение соответствующих запретов на импорт продовольственных товаров противоречит основным целям государственной политики в области развития малого и среднего предпринимательства в Российской Федерации, способствует росту цен в Российской Федерации для потребителя, банкротству и ликвидации сотен перерабатывающих заводов в Российской Федерации, смещению потоков сырья из города Мурманска и города Санкт-

ные действия Соединённых Штатов Америки и иных иностранных государств».

⁷ К сожалению, КС России не привёл развёрнутой мотивировки по данному аргументу и не указал, каким именно договорам и международным обязательствам противоречат экономические санкции.

⁸ См. указы Президента РФ: от 6 августа 2014 года № 560 «О применении отдельных специальных экономических мер в целях обеспечения безопасности Российской Федерации»; от 24 июня 2015 года № 320 «О продлении действия отдельных специальных экономических мер в целях обеспечения безопасности Российской Федерации»; от 29 июня 2016 года № 305 «О продлении действия отдельных специальных экономических мер в целях обеспечения безопасности Российской Федерации»; от 30 июня 2017 года № 293 «О продлении действия отдельных специальных экономических мер в целях обеспечения безопасности Российской Федерации». См. также: Постановление Правительства РФ от 7 августа 2014 года

№ 778 «О мерах по реализации указов Президента Российской Федерации от 6 августа 2014 года № 560, от 24 июня 2015 года № 320, от 29 июня 2016 года № 305 и от 30 июня 2017 года № 293».

⁹ См.: Федеральный закон от 30 декабря 2006 года № 281-ФЗ «О специальных экономических мерах».

¹⁰ Решение Верховного Суда РФ от 11 ноября 2014 года № АКПИ14-1124 «Об отказе в удовлетворении заявления о признании частично недействующим перечня сельскохозяйственной продукции, сырья и продовольствия, страной происхождения которых являются Соединённые Штаты Америки, страны Европейского Союза, Канада, Австралия и Королевство Норвегия и которые сроком на один год запрещены к ввозу в Российскую Федерацию, ут. Постановлением Правительства РФ от 7 августа 2014 года № 778».

Петербурга в Белоруссию и последующему вывозу в Российскую Федерацию готовой продукции, а также нарушает права и законные интересы общества в сфере предпринимательской и иной экономической деятельности.

В указанном решении Верховный Суд России отметил, что ответные меры были приняты Правительством Российской Федерации в пределах своих полномочий и что суды не вправе обсуждать вопрос о целесообразности принятия органом или должностным лицом оспариваемого акта, поскольку это относится к исключительной компетенции органов государственной власти Российской Федерации. Суд также указал, что запрет на ввоз на территорию Российской Федерации сельскохозяйственной продукции, сырья и продовольствия не препятствует ОАО «Мурманский рыбокомбинат» приобретать для переработки живую рыбу у российских производителей либо ввозить её из государств, на которые «контрсанкции» не распространяются.

3. Действие норм иностранного права об экономических санкциях в российской правовой системе

Очевидно, что в силу императивных норм своего законодательства иностранные компании, ведущие бизнес с российскими лицами или на территории России, обязаны соблюдать те ограничения, которые на них наложены и которые имеют экстерриториальный эффект. Это, в свою очередь, может подразумевать как обязанность воздерживаться от совершения соответствующих сделок с российскими компаниями, операций на российском рынке, так и осуществление активных действий, направленных на соблюдение установленного санкционного режима (получение необходимых разрешений, согласований, лицензий от компетентных органов, внедрение внутренних процедур комплаенс-контроля, принятие соответствующих политик на уровне компаний). Зачастую у иностранных лиц просто нет иного выбора, так как за несоблюдение норм об экономических санкциях установлена административная или даже уголовная ответственность. В связи с этим неудивительно, что многие внешнеэкономические контракты содержат развёрнутые положения, направленные на предотвращение возмож-

ных конфликтных ситуаций, связанных с экономическими санкциями.

При этом сложность состоит в том, что здесь мы имеем дело с ситуацией, когда юрисдикции разных государств по вопросам регулирования внешнеэкономических отношений пересекаются, а правовые предписания, установленные для бизнеса, носят взаимоисключающий характер. Может возникнуть ситуация, когда иностранной компании, а также её дочерним лицам необходимо будет отстаивать свои интересы, связанные с необходимостью соблюдения императивных норм иностранного законодательства, но уже на территории Российской Федерации и в российском суде. Например, когда речь идёт о сделках на территории Российской Федерации, которые запрещены законодательством иностранного государства, а также соответствующим контрактом между иностранной компанией и российским лицом (в частности, несанкционированная перепродажа товара или предоставление прав третьим лицам). Смогут ли иностранная компания или её дочерние лица добиться в российском суде удовлетворения своих требований, основанных на необходимости экстерриториального соблюдения иностранных экономических санкций?

Именно такая ситуация стала предметом оценки российских судов в делах с участием компаний группы «Сименс». В первом деле¹¹ немецкий концерн «Сименс АГ» и ООО «Сименс технологии газовых турбин» (*далее* — «СТГТ») подали иск против ОАО и ООО «Технопромэкспорт» (*далее* — «ТПЭ») в Арбитражный суд города Москвы о признании недействительным контракта 2015 года на поставку четырёх газовых турбин, заключённого между «СТГТ» (совместным предприятием немецкого концерна «Сименс АГ» и «Силовых машин») и ОАО «ТПЭ», а также договора купли-продажи ОАО «ТПЭ» с ООО «ТПЭ», по которому газовые турбины были поставлены в Крым. «Сименс АГ» и «СТГТ» также требовали применения последствий недействительности сделок в виде возврата спорных турбин поставщику.

В суде истцы настаивали на том, что обе структуры «Ростеха» незаконно поставили газотурбинные установки на территорию Крымского полуострова, которые по контракту бы-

¹¹ Дело № А40-126531/17-68-571.

ли закуплены для технологически схожего проекта в Тамани в Краснодарском крае. Контракт на поставку четырёх газовых турбин ООО «СТГТ» заключило с ОАО «ТПЭ». Однако впоследствии газовые турбины были выкуплены ООО «ТПЭ», осуществляющим строительство электростанций, используемых исключительно для электроснабжения энергосистемы полуострова Крым. В соответствии с санкционными ограничениями в оспариваемом контракте был закреплён запрет на использование оборудования в иных местоположениях, помимо указанных в контракте. Истцы также утверждали, что контракт был заключён с ОАО «ТПЭ» под влиянием обмана и существенного заблуждения, так как ОАО «ТПЭ» сообщило ООО «СТГТ» недостоверную информацию и нарушило условия контракта, содержащие антисанкционные гарантии. Так, если бы ООО «СТГТ» знало, что поставляемые турбины будут использованы не на территории, предусмотренной контрактом, а в Крыму, то не заключило бы оспариваемый контракт, а «Сименс АГ» не допустил бы поставку оборудования ООО «СТГТ».

В декабре 2017 года Арбитражный суд города Москвы отклонил требования¹² концерна «Сименс АГ» и ООО «СТГТ», посчитав недоказанным факт совершения ООО «СТГТ» сделки под влиянием существенного заблуждения либо обмана со стороны ответчиков и преднамеренного создания ответчиками «не соответствующего действительности представлени[я] о характере сделки, её условиях, личности участников, предмете, других обстоятельствах, которые повлияли на решение истца заключить оспариваемый контракт». Данное решение было поддержано судами апелляционной¹³ и кассационной¹⁴ инстанций, а также Верховным Судом России¹⁵.

Истцом во втором деле¹⁶ выступало совместное предприятие «СТГТ», подавшее иск

против ОАО «ТПЭ» и ООО «ТПЭ» в Арбитражный суд города Москвы о признании недействительным контракта 2015 года на поставку четырёх газовых турбин, заключённого «СТГТ» с ОАО «ТПЭ», и об истребовании имущества из незаконного владения ООО «ТПЭ». В этом деле истец также ссылался на заключение сделки под влиянием обмана и существенного заблуждения. Так, по словам истца, ОАО «ТПЭ» обмануло его, предоставив заверения об использовании оборудования исключительно на территории Таманского полуострова, при этом изначально намереваясь устанавливать оборудование на электростанциях, расположенных на территории полуострова Крым, о чём недобросовестно умолчало. По словам истца, если бы он знал о данных обстоятельствах заранее, то не стал бы заключать оспариваемый контракт, так как фактическое исполнение обязательств противоречит экономическим санкциям, введённым Европейским Союзом (*далее* — ЕС) против России.

10 января 2018 года Арбитражный суд города Москвы отказал¹⁷ в удовлетворении иска по аналогичным основаниям, что и в первом деле. Данное решение было также поддержано судами апелляционной¹⁸ и кассационной¹⁹ инстанций, а также Верховным Судом России²⁰.

В отличие от первого дела, в рамках которого суды ограничились только квалификацией отношений по российскому обязательственному праву, суды дали отдельную оценку доводам истца (российской компании) о том, что у него существует обязанность соблюдать экспортные ограничения, наложенные Европейским Союзом, в части поставок оборудования в Крым. Рассматривая данный аргумент истца, суды первой и апелляционной инстанций подчеркнули, что «*последствием удовлетворения требований истца являлось бы де-юре применение экономических санкций, введённых Европейским Союзом, на территории Российской Федерации...*

¹² См.: Решение Арбитражного суда города Москвы от 21 декабря 2017 года по делу № А40-126531/17-68-571.

¹³ См.: Постановление Девятого арбитражного апелляционного суда от 1 ноября 2017 года № 09АП-51432/2017 по делу № А40-126531/17; Постановление Девятого арбитражного апелляционного суда от 7 марта 2018 года № 09АП-5140/2018 по делу № А40-126531/17.

¹⁴ См.: Постановление Арбитражного суда Московского округа от 21 июня 2018 года по делу № А40-126531/17.

¹⁵ См.: Определение Верховного Суда РФ от 15 октября 2018 года № 305-ЭС18-16082 по делу № А40-126531/17.

¹⁶ Дело № А40-171207/17-111-1562.

¹⁷ Решение Арбитражного суда города Москвы от 17 января 2018 года по делу № А40-171207/17-111-1562.

¹⁸ См.: Постановление Девятого арбитражного апелляционного суда от 10 апреля 2018 года № 09АП-9815/2018 по делу № А40-171207/2017.

¹⁹ См.: Постановление Арбитражного суда Московского округа от 27 июня 2018 года по делу № А40-171207/2017.

²⁰ См.: Определение Верховного Суда РФ от 29 октября 2018 года № 305-ЭС18-16459 по делу № А40-171207/2017.

что явно противоречило бы публичному порядку Российской Федерации, нанося ущерб суверенитету государства». Суды также отметили со ссылкой на статью 1193 ГК РФ, что общие начала применения иностранного права на территории Российской Федерации не предусматривают обязанность исполнения российских юридическими лицами запретов (экспортных ограничений), введённых международными организациями или иностранными государствами против Российской Федерации.

Таким образом, мы можем сделать вывод о том, что применение норм иностранного права об экономических санкциях в российской правовой системе будет невозможным и будет автоматически блокироваться в силу противоречия российскому публичному порядку (статья 1193 ГК РФ). В ситуации, когда суд устанавливает, что действия стороны судебного разбирательства продиктованы необходимостью соблюдать эмбарго и/или торговые ограничения иностранного государства против Российской Федерации, он в первую очередь защищает свой внутренний публичный порядок и отказывается признавать такие притязания законными и достойными судебной защиты.

4. Ответственность за соблюдение иностранных экономических санкций

Следующим проблемным вопросом является широко обсуждаемая в настоящее время²¹ возможность привлечения иностранных и российских лиц к ответственности за соблюдение иностранных экономических санкций. Если исходить из того, что экономические санкции являются незаконными с точки зрения международного и российского права, а их действие противоречит российскому публичному порядку, то такая постановка вопроса вполне закономерна. Является ли соблюдение иностранных экономических санкций противоправным деянием, за которое предусмотрена ответственность с точки зре-

ния российского права? Могут ли лица, пострадавшие от иностранных экономических санкций, обращаться в российские суды и требовать возмещения причиненного вреда?

В этом вопросе судебная практика не даёт однозначного ответа.

С одной стороны, имеется судебная практика, когда суды отказывались привлекать к ответственности за действия, вызванные необходимостью соблюдать санкции. В качестве примера можно привести дело Москвкина А. В. к ООО «Мастеркард» о взыскании компенсации морального вреда, возникшего, по мнению истца, в связи с тем, что платёжная система «Мастеркард» в одностороннем порядке прекратила оказание платёжных услуг клиентам банка истца. В данном деле истец являлся держателем карты MasterCard, выданной ОАО «СМП-Банк». После введения США экономических санкций в отношении России и российских лиц в марте 2014 года участие указанного банка в платёжной системе «Мастеркард» было приостановлено, в связи с чем физическое лицо, являвшееся держателем карты, не смогло совершить необходимые покупки с помощью банковской карты. В данном деле суды отказались²² привлекать к ответственности российское юридическое лицо и иностранную компанию, указав на то, что в действиях ответчика нет вины, так как прекращение оказания платёжных услуг было связано с приостановлением лицензии ОАО «СМП-Банк» головной американской компанией ввиду наложения санкций указом президента США. Схожее решение было вынесено Ленинским районным судом города Севастополя 9 апреля 2015 года по делу № 2-1214/2015 по иску Мишина Д. А. к компании «Гугл ЛТД» и иным лицам из-за блокировки сервисов «Google Play» на территории Крыма вследствие санкций, введённых США. В данном деле суд сослался на особенности предоставления доступа к сервису «Google Play» согласно Условиям предоставления услуг, которые прямо допускали возможность соответствующих ограничений.

С другой стороны, если обратиться к постановлению КС России № 8-П от 13 февра-

²¹ См.: Проект Федерального закона «О внесении изменений в Уголовный кодекс Российской Федерации» в целях обеспечения реализации Федерального закона «О мерах воздействия (противодействия) на недружественные действия Соединённых Штатов Америки и иных иностранных государств». URL: <http://sozd.duma.gov.ru/bill/464757-7> (дата обращения: 07.11.2018).

²² См.: Решение Мещанского районного суда города Москвы от 15 октября 2014 по делу № 2-13647/2014; Апелляционное определение Московского городского суда от 16 января 2015 по гражданскому делу № 33-901.

ля 2018 года, мы увидим иной подход, в соответствии с которым поведение иностранных правообладателей, которые следуют режиму санкций и отказываются поставлять товары на российский рынок, по мнению КС России, «может само по себе рассматриваться как недобросовестное», а значит, и противоправное.

Если предположить, что приведенная правовая позиция не будет ограничиваться сферой защиты интеллектуальной собственности и может быть по аналогии распространена на иные сферы гражданско-правовых отношений (например, внешнеторговые договоры, оказание финансовых, страховых, и иных услуг, корпоративные отношения), то подход, предложенный КС России, создаёт основания для преследования в гражданско-правовом порядке всех, кто соблюдает экономические санкции, введённые западными странами против Российской Федерации, включая российских лиц.

Такой подход, очевидно, поднимает множество вопросов. Ведь отказ в совершении соответствующих хозяйственных операций в рассматриваемых условиях является для российского и иностранного бизнеса вынужденной мерой в ущерб себе, на которую он повлиять не может, рискуя попасть под уголовное или административное преследование в тех юрисдикциях, которые ввели экономические санкции. Можно ли в этом контексте автоматически квалифицировать поведение хозяйствующих субъектов в качестве недобросовестного или злостного?

Представляется, что такой вывод был бы слишком большим упрощением и вряд ли может служить общим правилом для всех ситуаций, так как, во-первых, может спровоцировать сворачивание деятельности или максимальное ограничение присутствия иностранного бизнеса на российском рынке, во-вторых, из-за широты и неопределённости термина «соблюдение санкций» сделает невозможным использование российскими лицами обычных бизнес-практик, направленных на минимизацию ущерба, возникшего от введения иностранных экономических санкций (в частности, использование антисанкционных оговорок, антисанкционный комплаенс, прекращение операций, адаптация или расторжение договоров с учётом новых обстоятельств и иное). Кроме этого, представляется,

что такой подход не вполне согласуется и с общими нормами российского гражданского права, которое относит введение иностранным государством запретов и ограничений в области предпринимательской деятельности, осуществления валютных операций, а также иных ограничительных и запретительных мер, действующих в отношении Российской Федерации или российских хозяйствующих субъектов, если такие меры повлияли на выполнение указанными лицами обязательств по внешнеторговым сделкам, к обстоятельствам непреодолимой силы (форс-мажору)²³.

Оптимальным решением представляется разработка специальных норм или процедур, которые позволят проводить комплексный анализ сложившейся ситуации применительно к каждому конкретному случаю.

5. Действительность антисанкционных оговорок

Предприниматели в частноправовых отношениях между собой, уважая публично-правовые предписания, действующие в своих национальных юрисдикциях, сами могут договориться о гибких и сбалансированных путях решения проблем, вызванных экономическими санкциями. Довольно распространённым в настоящее время является включение в контракт антисанкционных оговорок или пунктов о противоправности, которые основаны на лучших международных практиках, в частности пунктах 3.3.1–3.3.2 Принципов международных коммерческих договоров УНИДРУА 2016 года. Данные положения внешнеэкономических договоров могут подразумевать ограничение прав и обязательств сторон, имеющие своей целью адаптацию договора к публично-правовым предписаниям, включая экономические санкции, а также распределение соответствующих рисков между сторонами в случае введения санкций.

В связи с этим возникает вопрос, законна ли такая практика в свете того, что соблюдение иностранных экономических санкций по-

²³ См., например: Пункт 2.2 Положения о порядке свидетельства Торгово-промышленной палатой Российской Федерации обстоятельств непреодолимой силы (форс-мажор) (приложение к Постановлению правительства ТПП РФ от 23 декабря 2015 года № 173-14).

тенциально может являться противоправным деянием, как это было описано в предыдущем разделе.

Именно в таком ключе правовая проблема и была поставлена перед российскими судами во встречном иске в рамках дела № А40-126531/17-68-571 Арбитражного суда города Москвы. В своём встречном иске ОАО и ООО «ТПЭ» требовали признать ничтожными три пункта контракта 2015 года на поставку четырёх газовых турбин, заключённого между «СТГТ» и ОАО «ТПЭ», обязывающие ОАО «ТПЭ»: 1) сделать конечной точкой назначения оборудования страну или площадку, где строится объект; 2) устанавливать оборудование только на энергоблоках, подсоединённых к сетям Краснодарского края; а также пункт, 3) освобождающий поставщика от обязанности исполнять свои обязательства по сделке, если это исполнение затрудняется ограничениями, в том числе санкциями, введёнными США, ЕС, ООН и Россией²⁴.

В обоснование своих встречных исковых требований ОАО «ТПЭ» и ООО «ТПЭ» заявили, что единственная цель включения данных пунктов в контракт связана с соблюдением санкций, введённых ЕС против России. По их мнению, спорные пункты ничтожны как часть сделки, совершённой с целью, противоречащей основам правопорядка (статья 169 ГК РФ), а также противоречат запрету на действия, наносящие ущерб суверенитету Российской Федерации, принципам единства экономического пространства и свободного перемещения товаров на территории Российской Федерации, а следовательно, Конституции РФ. Таким образом, истцы по встречному иску считали, что спорные пункты нарушают требования законодательства и посягают на публичные интересы, права и охраняемые законом интересы третьих лиц (пункт 2 статьи 168 ГК РФ).

Однако суды не нашли правовых оснований для удовлетворения встречного иска, указав, что при заключении контракта стороны выразили свободное волеизъявление, впоследствии исполняли свои обязательства по

контракту, а оспариваемые положения последовали вполне законные цели: учёт в своей деятельности возможных публично-правовых ограничений, что позволяет участникам гражданских отношений совершать действия в соответствии с нормами действующего законодательства; обеспечение определённых технических характеристик оборудования и возможности его эксплуатации в течение гарантийных сроков в соответствии с установленными в договоре параметрами (применительно к указанию пункта назначения и условий подключения оборудования к сетям на электростанциях конкретной компании).

Примечательно, что суд кассационной инстанции в своём постановлении от 21 июня 2018 года прямо отметил, что отказ нижестоящих судов в удовлетворении встречного иска (как и изначального иска о признании сделки недействительной) фактически направлен на соблюдение баланса интересов субъектов предпринимательской деятельности и принципа правовой определённости, а также основан на общих принципах справедливости, соразмерности и недопустимости извлечения выгоды из недобросовестного поведения.

Описанная позиция судов в отношении действительности антисанкционных оговорок представляется достаточно осторожной и сбалансированной, нацеленной на сохранение *status quo* между сторонами договора. Можно согласиться с тем, что при включении подобных оговорок в контракт стороны не преследуют злого умысла, а их действия обусловлены вполне рациональными бизнес-интересами.

Проблема здесь, на наш взгляд, лежит в другой плоскости: как будут реализовываться эти контрактные предписания на практике с учётом того, что российские юридические лица не обязаны соблюдать запреты (экспортные ограничения), введённые международными организациями или иностранными государствами против России (см. раздел 1 настоящей статьи)? Ведь в этом случае действие и принудительная реализация закреплённых в антисанкционных оговорах условий, гарантий, прав и обязанностей сторон по договору могут быть полностью или частично заблокированы со ссылкой на публичный порядок Российской Федерации. Это может случиться на стадии исполнения договора, судебного или арбитражного разбирательства в Рос-

²⁴ См.: Фадеева А., Маринин В. «Дочка» «Ростеха» нашла в договоре с Siemens угрозу суверенитету России // РБК. 2017. 18 октября. URL: <https://www.rbc.ru/business/18/10/2017/59e6ed229a79472f395815b1> (дата обращения: 07.11.2018).

сийской Федерации или на стадии признания и исполнения иностранного судебного или арбитражного решения в Российской Федерации.

6. Неблагоприятные юридические последствия для иностранных компаний

Другая правовая проблема, выявленная российской судебной практикой, заключается в том, что иностранные компании, следующие режиму введённых против Российской Федерации экономических санкций, с точки зрения российского правопорядка также могут претерпевать различные негативные последствия. До сих пор эта проблема касалась в основном вопросов охраны интеллектуальной собственности, но с принятием Федерального закона от 4 июня 2018 года № 127-ФЗ «О мерах воздействия (противодействия) на недружественные действия Соединённых Штатов Америки и иных иностранных государств», который содержит открытый перечень мер воздействия в ответ на недружественные действия (статья 2 данного Закона), она может распространиться и на другие сферы экономической деятельности.

Центральным судебным актом по данной теме является постановление КС России № 8-П от 13 февраля 2018 года, в котором КС России сформулировал подход, позволяющий нейтрализовать «недобросовестное поведение» правообладателей, соблюдающих режим экономических санкций против Российской Федерации и препятствующих ввозу в Российскую Федерацию соответствующей продукции, маркированной товарным знаком. В таком случае КС России нацеливает на использование гражданско-правовых институтов противодействия злоупотреблению правом, что предполагает правомочие суда полностью или частично отказать в иске либо снизить размер неблагоприятных последствий (в частности, суммы компенсации за нарушение исключительных прав или убытков) для другой стороны спора. В данной конструкции права на интеллектуальную собственность хотя формально и будут признаваться за правообладателем, но они уже не смогут полноценно и эффективно реализовываться в российской правовой системе, если будет доказана связь между поведением правооб-

ладателя и режимом санкций против Российской Федерации.

Ещё одним проблемным аспектом с точки зрения охраны интеллектуальной собственности является тот факт, что иностранные правообладатели в силу санкционного режима в отношении Российской Федерации или российских контрсанкций могут оказаться не в состоянии использовать свои права на результаты интеллектуальной деятельности в силу имеющихся запретов на экспорт/импорт товаров и технологий. Особенно актуально это может быть для товарных знаков и патентов. Исходя из положений статьи 1486 ГК РФ правовая охрана товарного знака может быть прекращена досрочно вследствие неиспользования товарного знака в течение трёх лет. А согласно статье 1362 ГК РФ, если изобретение или промышленный образец не используется либо недостаточно используется патентообладателем в течение четырёх лет со дня выдачи патента, а полезная модель — в течение трёх лет со дня выдачи патента, то любое лицо, желающее и готовое использовать такие изобретение, полезную модель или промышленный образец, вправе обратиться в суд с иском к патентообладателю о предоставлении принудительной лицензии.

Данная проблема рассматривалась Судом по интеллектуальным правам (*далее* — СИП) в деле № СИП-601/2017²⁵ в связи с обращением АО «ДАНОН РОССИЯ» с иском о прекращении правовой охраны товарного знака вследствие его неиспользования. Представитель ответчика, в свою очередь, против удовлетворения иска возражал и указывал на тот факт, что был лишён возможности использовать товарный знак на территории Российской Федерации ввиду введённых запретов на импорт товаров, произведённых на территории ЕС в соответствии с Указом Президента РФ от 6 августа 2014 № 560 «О применении отдельных специальных экономических мер в целях обеспечения безопасности Российской Федерации».

При рассмотрении данного дела СИП установил, что ответчик, как производитель молочной продукции страны, входящей в со-

²⁵ Решение Суда по интеллектуальным правам от 26 июня 2018 года по делу № СИП-601/2017.

став ЕС, был лишён права на импорт молочной продукции на территорию Российской Федерации не по своей воле и не использовал товарный знак по не зависящим от него обстоятельствам, что является уважительной причиной, препятствующей досрочному прекращению охраны товарного знака.

Как мы видим, российские суды придерживаются дифференцированного подхода в отношении распространения на иностранные компании неблагоприятных юридических последствий, связанных с экономическими санкциями, и принимают во внимание различные обстоятельства, позволяющие им учитывать баланс публичных и частных интересов.

7. Влияние экономических санкций на внутренние правоотношения

Бесспорно, экономические санкции оказывают влияние не только на трансграничные отношения между российскими и иностранными компаниями. В связи с взаимозависимостью многих экономических процессов и интегрированностью российского бизнеса в глобальные цепочки поставок санкции могут негативно затронуть и внутренние отношения между российскими лицами. Это хорошо показывает судебная практика, где наблюдается большое количество споров о невыполнении контрактных и иных обязательств, тем или иным образом спровоцированных санкционными ограничениями.

В такого рода делах перед судами возникает проблема разграничения, с одной стороны, обычного предпринимательского риска, ответственность за который полностью несут хозяйствующие субъекты, и объективных обстоятельств, позволяющих освободить последних от ответственности или в некоторых случаях пересмотреть существующие гражданско-правовые обязательства, с другой стороны.

Обычно предприниматели ссылаются на положения статьи 401 ГК РФ, предусматривающие освобождение от ответственности, если надлежащее исполнение оказалось невозможным вследствие непреодолимой силы (форс-мажора), а также на положения статьи 451 ГК РФ, допускающие изменение или расторжение договора в связи с существенным изменением обстоятельств.

7.1. Экономические санкции и форс-мажор

Как уже отмечалось ранее, в российском порядке сложился подход, согласно которому введение иностранным государством запретов и ограничений в области предпринимательской деятельности относится к обстоятельствам непреодолимой силы (форс-мажору)²⁶. Однако введение соответствующих экономических санкций само по себе ещё не означает автоматического освобождения от ответственности, равно как и обострение внешнеполитической и внешнеэкономической обстановки²⁷. Суды учитывают дополнительные критерии.

Введение экономических санкций должно носить чрезвычайный и непредотвратимый характер для лица²⁸, что исключает форс-мажор в ситуациях, когда договор заключается уже после их введения, так как лицо может и должно предвидеть вероятность возникновения препятствий в ходе его исполнения. Вступив в такие договорные отношения, сторона принимает на себя предпринимательский риск, в том числе риск невозможности исполнения договора. Соответственно, в таком случае основания для освобождения от ответственности в связи с появлением непреодолимой силы в виде санкций отсутствуют²⁹.

В другом деле, рассмотренном Верховным Судом Республики Крым³⁰, анализировался вопрос о привлечении к ответственности банка (ПАО «Российский национальный коммерческий банк», далее — РНКБ), включённого в иностранные санкционные списки, за

²⁶ См., например: Пункт 2.2 Положения о порядке свидетельства Торгово-промышленной палатой Российской Федерации обстоятельство непреодолимой силы (форс-мажор) (приложение к Постановлению правления ТПП РФ от 23 декабря 2015 года № 173-14).

²⁷ См.: Выводы судов по делам № А14-11946/2014, № А40-113048/15.

²⁸ Требование чрезвычайности подразумевает исключительность рассматриваемого обстоятельства, наступление которого не является обычным в конкретных условиях. Если иное не предусмотрено законом, обстоятельство признаётся непредотвратимым, если любой участник гражданского оборота, осуществляющий аналогичную с должником деятельность, не мог бы избежать наступления этого обстоятельства или его последствий.

²⁹ См., например: Постановление Девятого арбитражного апелляционного суда от 3 мая 2017 года № 09АП-16401/2017 по делу № А40-216894/16; постановление Шестнадцатого арбитражного апелляционного суда от 21 декабря 2015 года № 16АП-4635/2015 по делу № А63-5765/2015.

³⁰ См.: Апелляционное определение Верховного Суда Республики Крым от 18 июля 2017 года № 33-4888/2017.

неосуществление банковского перевода в долларах США. Денежная сумма была списана со счёта истца, однако денежные средства не были перечислены получателю. При обращении истца с требованием об осуществлении перевода либо возврате денежных средств, банк сослался на международные санкции и блокировку средств банком-посредником. Отклоняя довод ответчика об отсутствии вины, суд указал, что санкции против РНКБ, введённые ЕС 30 июля 2014 года, не освобождают ответчика от исполнения договора, поскольку на дату совершения операции с денежными средствами истца ответчику было известно о введённых санкциях, однако РНКБ не сообщил истцу о соответствующих рисках непоступления денежных средств на счёт получателя. В этой ситуации РНКБ принял на себя обязательства по перечислению денежных средств, и, следовательно, принял на себя соответствующие риски наступления нежелательных последствий³¹.

Если банки заблаговременно предупреждают своих клиентов об имеющихся рисках³² или если движение средств изначально блокируется без вины банка, а от самих хозяйствующих субъектов в соответствии со сложившейся практикой требуется осуществление определённых действий по разблокировке платежей³³, то суды освобождают банки от ответственности за неисполнение гражданско-правовых обязательств по договорам банковского счёта.

Суд может признать введение экономических санкций форс-мажором, если лицо при заключении и исполнении договора не могло этого предположить. Так, при рассмотрении дела о взыскании с АО «Научно-производ-

ственное объединение им. С. А. Лавочкина» неустойки за несвоевременное исполнение обязательства по государственному контракту 2012 года Арбитражный суд Московской области и вышестоящие инстанции, проанализировав фактические обстоятельства дела, пришли к выводу, что обязательства не были выполнены по причине запрета импорта в Российскую Федерацию электронной компонентной базы иностранного производства (аналогов которой не существовало в Российской Федерации) из-за введения санкций ЕС, что обладало характером чрезвычайности и непредотвратимости³⁴.

Аналогичная позиция была занята судами в другом деле, связанном с введением отраслевых санкций. Суды сошлись во мнении, что стороны и контрагент исполнителя в 2013 году не могли ни предвидеть, ни предотвратить ухудшение международной обстановки в 2014 году, введение отраслевых экономических санкций и возникновение проблем с поставкой иностранной продукции в ракетно-космической отрасли, которая не могла быть заменена аналогичными изделиями отечественного производства. Соответственно, просрочка исполнения обязательств произошла вследствие непреодолимой силы (форс-мажор) — обстоятельство, на которые сторона не могла оказать влияния и за возникновение которых не несёт ответственности³⁵.

В другом деле № А56-89542/2016³⁶, где сложилась конфликтная ситуация в связи с нарушением сроков поставки медицинского оборудования в Республику Крым, суды анализировали длительное ожидание контрагентом ответчика (производителем оборудования) экспортной лицензии от иностранного государства. В итоге суд принял во внимание экспертное заключение, согласно которому обстоятельства, препятствовавшие своевременному исполнению обязательств по поставке оборудования, произошли на территории Германии. В частности, производителю оборудования, исходя из новых «Правил экспорта», выпущенных Бюро промышленной безопасности Министерства торговли США

³¹ См.: Апелляционное определение Верховного Суда Республики Крым от 18 июля 2017 года № 33-4888/2017.

³² Как это было сделано СМП-Банком, который своевременно направил своим клиентам соответствующие предостережения. См.: Определение Московского городского суда по делу № 4г/10-12474/16.

³³ В рамках дела А60-38121/2017 рассматривалась ситуация с блокировкой денежных средств (в долларах США), которые переводились со счёта в «Газпромбанке» через банк-корреспондент в США и впоследствии были заблокированы из-за действующих санкций в качестве подозрительного платежа. Суды установили, что для разблокировки данной суммы существовала определённая административная процедура, которую должен был инициировать клиент, подав заявление в Министерство финансов США, однако этого не сделал. Аналогичные выводы были сделаны судами по делу А56-56974/2017 и А40-222224/2016.

³⁴ См.: Дело № А41-73316/17.

³⁵ См.: Постановление Арбитражного суда Московского округа от 15 июня 2018 года № Ф05-8376/2018 по делу № А40-70413/2017.

³⁶ Определение Верховного Суда РФ от 20 августа 2018 года № 307-ЭС18-11373 по делу № А56-89542/2016.

в 2016 году, следовало получить экспортную лицензию этого Бюро, поскольку 25 % составляющих оборудования произведены на территории США. По мнению эксперта, из-за введения экономических санкций в отношении России существенно осложнилась процедура лицензирования экспорта оборудования, увеличилось время выдачи экспортных лицензий для российских потребителей. Указанное не зависело от воли производителя оборудования и его официальных дилеров, а являлось обстоятельством непреодолимой силы, которое не позволило компании «Сименс АГ» и обществу «Сименс Здравоохранение» выполнить обязательства перед обществом «ВТС» (ответчиком в деле), которое в итоге было освобождено от ответственности перед другим российским лицом на основании статьи 401 ГК РФ.

При оценке непредотвратимости экономических санкций перестают быть форс-мажором, если товары и услуги не являются уникальными и могут быть заменены на иные аналогичные российского или иностранного производства. Так, в одном из дел суд отклонил довод ответчика о наличии обстоятельств непреодолимой силы из-за введения иностранными государствами запретов на поставки оборудования в Российскую Федерацию, когда было установлено, что другие контрагенты истца беспрепятственно поставляют аналогичное оборудование на российский рынок и исполняют свои контрактные обязательства своевременно и в полном объёме³⁷.

В этом контексте суды также учитывают стандарты должной заботливости и осмотрительности, принимает ли должник после введения санкций разумные меры для исполнения обязательства надлежащим образом. К таким мерам могут относиться попытки замены импортных товаров или составляющих отечественными³⁸, поиск новых исполнителей, не попадающих под введённые санкции³⁹,

направление уведомлений о просрочке исполнения обязательств ввиду наложения санкций и согласование новых планов-графиков⁴⁰.

В одном из судебных актов⁴¹ судебная коллегия обратила внимание, что запросы о поставках запасных частей направлялись только иностранным поставщикам; поиск запасных частей в Российской Федерации у отечественных поставщиков не осуществлялся. Ввиду непредставления достаточных доказательств, свидетельствующих о невозможности приобретения запасных частей у российских организаций, суд не принял довод о том, что ненадлежащее исполнение обязательства было вызвано введением санкций.

Описанные выше подходы применяются судами и при рассмотрении дел о привлечении к административной ответственности⁴².

7.2. Экономические санкции и существенное изменение обстоятельств

В случае если нарушитель обязательства ссылается на введение экономических санкций как на факт, свидетельствующий о существенном изменении обстоятельств, из которых стороны исходили при заключении договора, ему следует доказать исключительность и объективную непредвидимость данного изменения, что является достаточно сложной задачей.

Наиболее иллюстративным в данной категории является дело А39-5782/2015, рассмотренное Верховным Судом России⁴³. В этом деле Банк ВТБ обратился в Арбитражный суд Республики Мордовия с иском к индивидуальному предпринимателю Бикмаевой Л. Ш. о расторжении договора от 20 января 2006 года аренды нежилого помещения. Существенно изменившимися обстоятельствами, послужившими основанием для предъявления требования к Бикмаевой Л. Ш. о

³⁷ См.: Постановление Девятого арбитражного апелляционного суда от 28 марта 2017 года № 09АП-5394/2017 по делу № А40-129109/16.

³⁸ См.: Постановление Десятого арбитражного апелляционного суда от 3 июля 2018 года № 10АП-8994/2018 по делу № А41-73316/17; Постановление Арбитражного суда Дальневосточного округа от 8 августа 2016 года № Ф03-3172/2016 по делу № А51-4622/2016.

³⁹ См.: Постановление Арбитражного суда Московского округа от 20 февраля 2018 года № Ф05-21409/2017 по делу № А40-39224/2017.

⁴⁰ См.: Решение Советского районного суда города Казани № 12-1881/2017 от 20 ноября 2017 года по делу № 12-1881/2017.

⁴¹ См.: Постановление Арбитражного суда Дальневосточного округа от 8 августа 2016 года № Ф03-3172/2016 по делу № А51-4622/2016.

⁴² См.: Постановление Арбитражного суда Московского округа от 16 апреля 2018 года № Ф05-3172/2018 по делу № А40-32123/2017-2-237.

⁴³ Определение Верховного Суда РФ от 23 мая 2017 года № 301-ЭС16-18586 по делу № А39-5782/2015.

досрочном расторжении договора аренды, по мнению Банка, являлось введение против него внешнеэкономических санкций (Банк был включён в санкционные списки Министерства финансов США, Канады и стран ЕС), что повлекло рост ключевой ставки Центрального банка, сокращение рынка заимствований, уменьшение чистой прибыли, в связи с чем для уменьшения размера расходов Банк вынужден ликвидировать структурные подразделения на территории России и за её пределами. Однако Верховный Суд России не признал данные обстоятельства исключительными, так как отношения между сторонами договора возникли при осуществлении предпринимательской деятельности, при этом Банк являлся профессиональным участником рынка финансовых услуг и не мог не учитывать риски при заключении спорного договора аренды; изменение международной, экономической и политической ситуации, как указала высшая судебная инстанция, не может влиять на правоотношения сторон в рамках заключённого договора, а риск негативных последствий для Банка в результате санкций не может быть возложен на арендодателя.

Схожим образом складывается судебная практика судов общей юрисдикции по искам об изменении условий кредитных договоров, заключённых в валюте. Суды отказываются признавать существенным изменением обстоятельств в правоотношениях между банками-заёмщиками, в частности, повышение курса доллара США относительно российского рубля ввиду финансового кризиса, резкое снижение цен на нефть, усиление экономических санкций со стороны стран Евросоюза и США, эскалацию конфликта на Украине в 2014 году⁴⁴. Стоит отметить, что суды, в целом, полагают, что изменение конъюнктуры рынка, падение стоимости рубля и снижение уровня доходов относятся к риску, который несёт заёмщик при заключении кредитного договора, и отказывают в изменении условий кредитных договоров, заключённых в иностранной валюте⁴⁵. В то же время государ-

ство предпринимает меры по урегулированию проблемы, связанной с влиянием резкого повышения курса доллара на физических лиц — заёмщиков⁴⁶.

8. Некоторые выводы

По результатам рассмотрения практики российских судов, связанной с оценкой различных правовых аспектов действия и влияния экономических санкций на частные отношения, можно сформулировать некоторые выводы, касающиеся формирующихся подходов в российской правовой системе. Во-первых, судебную практику в контексте экономических санкций можно рассматривать как продолжение общей государственной политики, направленной на непризнание и отрицание легитимности западных санкций против России. Это выражается в квалификации экономических санкций российскими судами в качестве незаконных и лишённых международно-правовых оснований, блокировании действия санкционных норм на территории Российской Федерации через категорию публичного порядка, а также в признании следования режиму санкций со стороны компаний частных лиц недобросовестным поведением. Во-вторых, мы также видим, что суды в ряде случаев стараются смягчить негативный эффект от действия императивных предписаний, ограничивающих торговлю и инвестиции, для российского и иностранного бизнеса в отечественной юрисдикции. Судебная практика находится в поиске сбалансированных подходов применительно к ответственности за соблюдение иностранных санкций частными лицами, достаточно нейтрально относится к положениям в контрактах, направленным на

2015~М-4618/2015 М-4618/2015 от 5 августа 2015 года; Решение Нагатинского суда города Москвы от 12 мая 2016 года по делу № 2-6522/16; Определение Московского городского суда от 10 сентября 2015 года по делу № 33-32855/2015; Определение Санкт-Петербургского городского суда от 21 июля 2015 года № 33-10805/2015 по делу № 2-1171/2015; Определение Московского городского суда от 28 октября 2015 года по делу № 33-39695/2015; Определение Смоленского областного суда от 18 августа 2015 года по делу № 33-2753/2015

⁴⁴ См., например: Апелляционное определение Московского городского суда от 8 октября 2015 года по делу № 33-37400/2015; Апелляционное определение Московского городского суда от 10 августа 2015 года по делу № 33-28316/2015.

⁴⁵ См.: Определение Верховного Суда РФ № 18-КГ16-102 от 13 сентября 2016 года; Решение Октябрьского районного суда города Екатеринбурга по делу № 2-5394/2015 2-5394/

⁴⁶ См.: Письмо Центрального банка РФ от 23 января 2015 года № 01-41-2/423 «О реструктуризации ипотечных жилищных ссуд в иностранной валюте»; Постановление Правительства РФ от 11 августа 2017 года № 961 «О дальнейшей реализации программы помощи отдельным категориям заёмщиков по ипотечным жилищным кредитам (займам), оказавшихся в сложной финансовой ситуации».

предупреждение коллизий, вызванных экономическими санкциями (антисанкционным оговоркам), а также в целом придерживается справедливых правовых решений в ситуациях, когда невыполнение контрактных и иных обязательств было вызвано санкционными ограничениями, разграничивая вопросы предпринимательского риска и влияния объективных обстоятельств на поведение частных лиц.

Библиографическое описание:

Старженецкий В., Бутырина В., Драгунова Ю. Экономические санкции глазами российских судей: между защитой публичного порядка и интересов бизнеса // Международное правосудие. 2018. № 4 (28). С. 126–139.

Russian judges on economic sanctions: balancing between protecting the national public order and business interests

Vladislav Starzhenetskiy

Candidate of Sciences (Ph.D.) in Law, Associate Professor, Higher School of Economics, Moscow, Russia (e-mail: vstarzhenetskiy@hse.ru).

Valeria Butyrina

Research Intern, Faculty of Law, Higher School of Economics, Moscow, Russia (e-mail: vabutyryna@edu.hse.ru).

Iuliia Dragunova

Graduate student, Faculty of Law, Higher School of Economics, Moscow, Russia (e-mail: yuvdragunova@edu.hse.ru).

Abstract

In this article, the authors analyze emerging approaches of Russian courts (the Constitutional Court of the Russian Federation, commercial courts, and courts of general jurisdiction) for resolving disputes connected with economic sanctions imposed against Russia in 2014, as well as the legal qualification of relevant legal issues. The Russian courts take a clear stand that these economic sanctions are unlawful from the standpoint of international law. For this reason, the effect of foreign regulations and the relevant provisions of commercial contracts aimed at enforcing restrictions imposed by sanctions is being blocked in Russia on the basis of protecting the national public order. In this context, Russian case law is consistent with Russia's gen-

eral state policy aimed at denying the legitimacy of unilateral coercive measures, which are introduced without the authorization of the UN Security Council and are considered to be unfriendly actions by foreign states that threaten Russia's sovereignty. At the same time, Russian courts try to mitigate the negative legal consequences of sanctions for Russian and foreign businesses in domestic jurisdiction. There is sufficient evidence to support the assumption that Russian courts try to use balanced approaches in relation to the legal responsibility for compliance with foreign sanctions by private individuals. Courts are rather neutral to contract provisions that are aimed at preventing conflicts caused by economic sanctions (sanction clauses), and also generally adhere to fair solutions in cases of non-performance of obligations caused by the prescriptions of sanctions. Courts distinguish the failure to perform obligations based on objective circumstances (force majeure, fundamental change of circumstances, and sanction clauses) and non-compliance with contractual and other duties for the reason of failure to act diligently or standard business risks.

Keywords

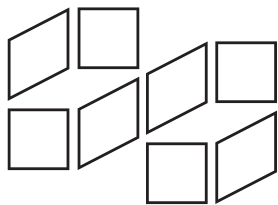
economic sanctions; counter-sanctions; force majeure; fundamental change of circumstances; sanction clauses; public order.

Citation

Starzhenetskiy V., Butyrina V., Dragunova I. (2018) Ekonomicheskie sanktsii glazami rossiyskikh sudey: mezhdunarodnoye pravosudie [Russian judges on economic sanctions: balancing between protecting national public order and business interests]. *Mezhdunarodnoye pravosudie*, vol. 8, no. 4, pp. 126–139. (In Russian).

References

- Bakhin S.V., Eryomenko I.Yu. (2017) Odnostoronnie ekonomicheskie "sanktsii" i mezhdunarodnoye pravo [Unilateral economic "sanctions" and international law]. *Zakon*, no. 11, pp. 162–175. (In Russian).
- Caytas J. (2017) Sanctions, Real and Imaginary: Experiences with Russia in the Ukraine Crisis. *Amsterdam Law Forum*, vol. 9, no. 2, pp. 26–47.
- Georgi K. C., Lalonde P. M. (eds.) (2013) *Handbook of Export Controls and Economic Sanctions*, Chicago, IL: ABA Section of International Law.
- Glandin S.V., Doraev M. G. (eds.) (2018) *Ekonomicheskie sanktsii protiv Rossii: pravovye vyzovy i perspektivy* [Economic sanctions against Russia: legal challenges and perspectives], Moscow: Infotropic Media. (In Russian).
- Lin T. C. W. (2016) Financial Weapons of War. *Minnesota Law Review*, vol. 100, no. 4, pp. 1377–1440.
- Savel'ev A. I. (2015) Odnostoronnie ekonomicheskie sanktsii SShA: vzglyad so storony amerikanskogo i rossiyskogo prava [Unilateral US economic sanctions: view from the perspective of American and Russian law]. *Zakon*, no. 5, pp. 108–131. (In Russian).



ЦЕНТР МЕЖДУНАРОДНЫХ
И СРАВНИТЕЛЬНО-
ПРАВОВЫХ
ИССЛЕДОВАНИЙ

Пятый конкурс на соискание премии «Международное право в XXI веке» (2018–2019)

Мы рады сообщить о проведении пятого ежегодного конкурса на соискание премии за лучшую научную работу по международному публичному праву.

Основные условия конкурса

Требования к работам и участникам

Для участия в конкурсе могут быть представлены научные работы, посвящённые любому вопросу международного публичного права, на русском или английском языке.

К участию в конкурсе принимаются работы, подготовленные одним автором, опубликованные не ранее 1 января 2018 года, или ранее не опубликованные, объёмом от 1 до 2 авторских листов (40 000–80 000 знаков).

Участниками конкурса могут быть только граждане Российской Федерации в возрасте до 35 лет, имеющие законченное высшее юридическое образование и/или учёную степень по юриспруденции.

Премия

Победителю конкурса присуждается премия «Международное право в XXI веке», вручается диплом премии и выплачивается денежная сумма в размере 300 000 рублей. Текст научной работы победителя конкурса будет опубликован в журнале «Международное правосудие». Ознакомиться со статьями победителей предыдущих конкурсов можно на сайте премии <http://www.intlawxxicentury.ru> и журнала «Международное правосудие» <http://ilpp.ru/journal/ijj/>.

Срок и порядок представления работ на конкурс

Работа и другие необходимые материалы должны быть представлены в срок до 11 марта 2019 года.

Оценка работ и объявление результатов

Выбор победителя конкурса проводится Советом Премии, состоящим из практиков и учёных в области международного права. Оценка будет проводиться в соответствии с критериями, определёнными Положением о конкурсе.

Результаты конкурса будут объявлены не позднее 30 июня 2019 года, если иное не будет определено в соответствии с Положением о конкурсе.

Более детальные условия конкурса содержатся в Положении о конкурсе и Порядке приема конкурсных материалов, опубликованных на сайте <http://iclr.ru/ru/award>. По всем вопросам, связанным с конкурсом, можно обратиться по адресу электронной почты: prize@iclr.ru или по телефону: +7 (495) 640-65-65.

О конкурсе

Конкурс проходит ежегодно. Среди его задач поощрение углублённого изучения международного публичного права и поддержка авторских исследований в этой области.

Инициатива проведения конкурса принадлежит группе российских юристов-международников, среди которых В. С. Верещетин, Р. А. Колодкин, С. М. Пунжин, Л. А. Скотников, Б. Р. Тузмухамедов и А. Г. Ходаков.

Организатором конкурса выступает АНО «Центр международных и сравнительно-правовых исследований» при поддержке Фонда «Петербургский Международный Юридический Форум» и АБ «Иванян и Партнёры».

Информационный партнёр конкурса – журнал «Международное правосудие»
<http://ilpp.ru/journal/ijj/about/>