

О НЕКОТОРЫХ ПРОБЛЕМАХ ПРИВЕДЕНИЯ В ИСПОЛНЕНИЕ СУДЕБНЫХ РЕШЕНИЙ ПРОТИВ ИНОСТРАННЫХ СУВЕРЕНОВ

Д.В. Кайсин,

кандидат юридических наук, LL.M, адвокат адвокатского бюро «Егоров, Пугинский, Афанасьев и партнеры»

В настоящей статье автором предпринята попытка осветить некоторые дискуссионные вопросы исполнения судебных и третейских решений, вынесенных против иностранных государств, отказывающихся исполнить их добровольно. Отметим, что в мире отсутствует унифицированный подход к вопросу о том, как такие решения должны исполняться; существенные расхождения можно обнаружить даже в близких правовых системах. В нашу задачу не входит анализ всех имеющихся различий, мы лишь продемонстрируем основные мировые тенденции в данной сфере и обоснуем необходимость унификации правил о юрисдикционном иммунитете иностранного государства.

Безусловно, основным способом исполнения судебных и третейских решений (далее — судебные решения) является обращение к судам государства, в котором находится имущество государства-должника. Государства, примкнувшие к пулу стран, поддерживающих теорию ограниченного иммунитета иностранного государства (США, Великобритания, Франция, Швейцария и др.), являются более востребованными у кредиторов, чем те, которые следуют концепции абсолютного иммунитета (Россия, Китай и др.)¹, что вполне понятно.

Большой вклад в упрощение процедур рассмотрения споров между государствами и инвесторами внесла Вашингтонская конвенция об урегулировании инвестиционных споров между государствами, физическими или юридическими лицами других государств (далее — Вашингтонская конвенция), принятая под эгидой Международного банка реконструкции и развития (далее — МБРР) в 1965 г.² В отличие от Конвенции ООН о признании и приведении в исполнение иностранных арбитражных решений 1958 г. (далее — Нью-Йоркская конвенция)³, решение Международного центра по урегулированию инвестиционных споров (далее — Центр ICSID), являющегося третейской площадкой Вашингтонской конвенции, не требует признания, но инвестору не обойтись без соблюдения норм местного законодательства о приведении в исполнение и об иммунитете иностранного государства (ст. 54, 55 Вашингтонской конвенции) при обращении взыскания на имущество проигравшего ранее спор государства⁴.

Если решения Центра ICSID не исполняются добровольно, что случается довольно редко, МБРР в качестве условия предоставления новой кредитной линии проигравшему государству имеет право потребовать исполнения ранее принятых решений Цен-

¹ См.: Кайсин Д.В. Иммуниет иностранного государства: некоторые дискуссионные вопросы // Законодательство. 2013. № 2. С. 78—83.

² 16 июня 1992 г. Россия подписала Вашингтонскую конвенцию, вступившую в силу 14 октября 1966 г., но до настоящего момента она не ратифицирована нашей страной в установленном порядке.

³ СССР ратифицировал Нью-Йоркскую конвенцию в 1960 г.

⁴ См.: Гармоза А.П. Арбитраж на основании международных инвестиционных соглашений: вопросы компетенции. М., 2012. С. 23—24.

тра ICSID. Нам, правда, неизвестно ни об одном таком случае. Возможно, МБРР опасается, что нуждающиеся государства будут обращаться к нему же за финансовой помощью для оплаты своего долга, признанного Центром ICSID в конкретном споре. Кроме того, если страна — участница Вашингтонской конвенции отказывается исполнить решение Центра ICSID добровольно, ст. 33 Вашингтонской конвенции не ограничивает право другой страны-участницы предоставить дипломатическую помощь национальному кредитору. Совсем необязательно государство, чей инвестор ищет приведения в исполнение судебного решения против иностранного государства-реципиента, захочет быть втянутым в коммерческий спор. Тому может быть множество причин, которые следует искать в первую очередь в двусторонних отношениях государств по всем направлениям, в том числе военном.

Национальное правительство кредитора может также использовать меры экономического принуждения. Так, компании, инкорпорированные в США, вправе обратиться к федеральному правительству и требовать отмены торговых привилегий, предоставленных в одностороннем порядке государству-должнику⁵. В качестве примера приведем издание Президентом США Б. Обамой меморандума от 26 марта 2012 г.⁶ Согласно этому документу Президент США в соответствии с Актом о торговле 1974 г. приостановил действие нулевых таможенных пошлин на импорт тысяч товаров из Аргентины в связи с систематическим отказом последней исполнить решения судов США, по которым аргентинские компании должны выплатить огромные денежные суммы в пользу американских компаний ввиду неоплаты Аргентиной своих государственных облигаций.

Помимо указания на механизм дипломатической защиты ст. 64 Вашингтонской конвенции закрепляет, что договаривающиеся государства могут разрешать возникшие споры в Международном суде ООН. В связи с этим следует сделать два важных замечания. Во-первых, кредитор по судебному решению должен убедить свое национальное правительство подать жалобу в Международный суд ООН, поскольку участниками разбирательства могут быть исключительно государства. Во-вторых, Устав Международного суда ООН не регламентирует процедуру исполнения его решений, которые по существу следует рассматривать в качестве рекомендательных актов.

Альтернативным способом добиться исполнения судебного решения может стать его публикация в сети Интернет, а также иных публичных источниках, тем самым содержание документа будет доведено до сведения экономического сообщества. Государства, активно заимствующие средства на рынках, при таких обстоятельствах могут исполнить решение ради сохранения благоприятного инвестиционного климата и своей международной репутации.

Существуют и иные способы заставить не исполняющие судебные решения страны уважать свои обязательства, но их применение может быть крайне затратным с точки зрения и времени, и средств⁷. Кроме того, существует несколько площадок, включая интернет-сайты, где кредитор может уступить задолженность, установленную судебными решениями, третьим лицам, но, как правило, с существенным дисконтом⁸. Например, так поступила швейцарская компания «Нога», передавшая свои права требования к России третьим лицам⁹. На более ранней стадии — при заключении контракта с госу-

⁵ См.: *Bishop R.D.* Introduction: The Enforcement of Arbitral Awards against Sovereigns // *Enforcement of Arbitral Awards Against Sovereigns*. N. Y., 2009. P. 6; *Foster G.K.* Collecting From Sovereigns: The Current Legal Framework for Enforcing Arbitral Awards and Court Judgments Against States and Their Instrumentalities, and Some Proposals for Its Reform // *Ariz. J. Int'l & Comp. L.* 2008. N 25. P. 669.

⁶ См.: *White House President Barak Obama, Presidential Memoranda (26.03.2012)* // <http://www.whitehouse.gov/the-press-office/2012/03/26/presidential-memoranda-trade-act-1974-argentina>

⁷ См.: *Reed L., Martinez L.* Treaty obligations to honor arbitral awards // *Enforcement of Arbitral Awards Against Sovereigns*. N. Y., 2009. P. 13, 24.

⁸ См.: *Bleckman J.J., Mukhi R.* The Evolution of Modern Sovereign Debt Litigation: Vultures, Alter Egos, and Other Legal Fauna // *Fall Law & Contemp. Probs.* 2010. N 87. P. 47.

⁹ См.: *Кайсин Д.В.* Указ. соч. С. 82.

дарством — инвестор может застраховать риски неоплаты сувереном своей задолженности¹⁰.

С какими основными проблемами сталкивается кредитор, имеющий на руках судебное решение, вынесенное в его пользу против иностранного государства, на этапе принудительного исполнения решения?

Коммерческая деятельность. Несомненно, вопрос о коммерческом использовании спорного имущества вызывал и вызывает наиболее острые дебаты и, по сути, представляет собой центральное звено теории функционального иммунитета иностранного государства¹¹. Но что следует понимать под коммерческой деятельностью?

Конвенция ООН о юрисдикционных иммунитетах государств и их собственности (далее — Конвенция ООН)¹² исходит из того, что государственное имущество обладает иммунитетом от принудительного исполнения судебных решений, за некоторыми исключениями. Кредитор должен продемонстрировать, что деятельность, являющаяся объектом рассмотрения суда, лежит больше в коммерческой, нежели политической сфере, т. е. ее следует считать скорее частной, чем публичной. Как и многие национальные законы, Конвенция ООН перечисляет виды имущества, которое в отсутствие согласия государства не может быть отчуждено, в том числе военное имущество, объекты культурного наследия и др. Конвенция дает четко понять, что указанное имущество вследствие своего предназначения аргументом не используется и не предусматривается к использованию в коммерческих, непубличных целях.

Разрешая приведение в исполнение судебных решений в отношении государственного имущества, Закон США об иммунитете иностранного государства 1976 г. (Foreign Sovereign Immunity Act) (далее — FSIA) предоставляет такое право исключительно в отношении имущества, используемого в коммерческой деятельности, и делает акцент на характере осуществляемой деятельности, а не ее цели. Верховный суд США недвусмысленно выразил свою правовую позицию в известном деле *Republic of Argentina v. Weltover, Inc.*, указав, что «вопрос заключается не в том, действует ли иностранное правительство с целью извлечения прибыли или, наоборот, с целью выполнения исключительно суверенных задач. Напротив, проблема в том, являются ли конкретные действия, которые осуществлены иностранным государством (вне зависимости от целей, их обосновывающих), видом действий, посредством которых частное лицо участвует в торговле или коммерции»¹³.

При рассмотрении ряда дел суды США неоднократно высказывались в отношении некоторых видов поведения, подпадающих под понятие «коммерческая деятельность» (выпуск государственных бондов в США, покупка имущества военного назначения для Министерства обороны)¹⁴.

Соединенные Штаты не одиноки в своем подходе к коммерческой деятельности, швейцарские суды также поддерживают американскую позицию, оценивая соответствующую деятельность государства с точки зрения ее природы, существа¹⁵.

На первый взгляд, в отличие от FSIA, вместо характера деятельности закон Великобритании о государственном иммунитете 1978 г. (State Immunity Act) (далее — SIA) ста-

¹⁰ См.: *Jennay F.E.* Political Risk Insurance for Collection of Arbitral Awards // *Enforcement of Arbitral Awards Against Sovereigns*. N. Y., 2009. P. 223—237.

¹¹ См. подробнее: *Хлестова И.О.* Проблемы юрисдикционного иммунитета иностранного государства: Дис. ... докт. юрид. наук. М., 2003. С. 17—40.

¹² Только 13 из 28 государств, подписавших Конвенцию ООН, ратифицировали ее. На настоящий момент конвенция не вступила в силу. См.: http://treaties.un.org/pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mdsg_no=III-13&chapter=3&lang=en (дата обращения — 24 февраля 2013 г.).

¹³ См. решение по делу *Republic of Argentina v. Weltover, Inc.* (504 U. S. 607, 514 (1992)).

¹⁴ См.: *Foster G.K.* Op. cit. P. 674—675; *Сошкин П.А.* К вопросу о критериях определения коммерческой деятельности государства // *Юрист*. 2007. № 3. С. 18.

¹⁵ См.: *Schneider M.E., Knoll J.* *Enforcement of Arbitral Awards Against Sovereigns — Switzerland // Enforcement of Arbitral Awards Against Sovereigns*. N. Y., 2009. P. 327.

вит на первое место ее цель. Однако суды Соединенного Королевства отстаивают необходимость рассмотрения деятельности в комплексе, т. е. с учетом как природы, так и цели. В решении 2005 г. по делу *AIG v. Republic of Kazakhstan* суд обосновал отказ привести в исполнение решение Центра ICSID общей целью деятельности, заключавшейся, по мнению суда, в получении дохода для государства, хотя сделки могли быть совершены и частными лицами. Истцы просили обратить взыскание на денежные средства и ценные бумаги, которые являлись частью Национального фонда Казахстана, суверенного фонда благосостояния (SWF). Правительство Казахстана было указано в качестве бенефициара данного фонда, которым управлял Центральный банк Казахстана за комиссию. Управление фондом заключалось в инвестировании его средств¹⁶.

Результат рассмотрения этого же спора судами США, скорее всего, был бы противоположным. В связи с этим очень важно правильно выбрать юрисдикцию для принудительного исполнения судебного решения. С нашей точки зрения, подход британских судов является более оправданным, поскольку его применение позволяет суду учесть весь спектр обстоятельств по делу и принять справедливое решение; тем не менее в литературе высказаны и иные точки зрения¹⁷.

Однако не менее важными являются подготовка к процессу и понимание процессуальных способов доказывания юридически значимых обстоятельств. Конвенция ООН не регулирует вопросы распределения бремени доказывания. Отсутствие такого рода положений в Конвенции ООН вполне обоснованно, поскольку международный договор не должен регулировать процессуальные правила доказывания, применяемые национальными судами.

Большинство стран разделяет точку зрения о том, что бремя доказывания лежит на стороне истца. И как только государство заявляет о своем иммунитете в качестве аргумента защиты, к истцу переходит обязанность опровергать презумпцию иммунитета и представлять доказательства о наличии основания для снятия иммунитета согласно FSIA¹⁸. SIA также возлагает обязанность доказывания на кредитора, тем самым жестко защищая государство от возможных неоправданных притеснений (ст. 13 (5)).

Подход, применяемый в США и Великобритании, основывается на презумпции иммунитета, истинность существования которого чрезвычайно сложно опровергнуть. Как правило, у истца отсутствуют эффективные и достаточные средства для получения доказательств, раскрывающих, в чем заключается деятельность иностранного государства. Дипломаты, которые неохотно свидетельствуют в судах, могут отказаться давать показания на скользкие вопросы, и дипломатический иммунитет им это позволяет и, более того, в принципе запрещает принудительный привод дипломатов в суд. Искусно составленные аффидавиты послов, указывающие на некоммерческое использование имущества, представляют серьезное препятствие на пути приведения в исполнение судебного решения против нерадивого государства-должника. Кроме того, при полномасштабном истребовании доказательств от дипломатических миссий возрастают риски нарушения государственной тайны и, как следствие, вмешательства в вопросы безопасности государства¹⁹.

В Швейцарии, наоборот, на государстве всегда лежит обязанность продемонстрировать суду, что спорное имущество используется для реализации властных функций. Ви-

¹⁶ См.: *Gaukrodger D. Foreign State Immunity and Foreign Government Controlled Investors. OECD Working Papers on International Investment* // http://www.oecd-ilibrary.org/finance-and-investment/foreign-state-immunity-and-foreign-government-controlled-investors_5-km91-p0-ksqs7-en

¹⁷ См.: *Силкина И.В. Иммуниет собственности государства от принудительных мер по обеспечению иска и по исполнению судебного решения: Дис. ... канд. юрид. наук. М., 2007. С. 102—104.*

¹⁸ См.: *Dugan C.F., Berger J.E. Enforcement against Assets of State-owned Companies // Enforcement of Arbitral Awards Against Sovereigns. N. Y., 2009. P. 190.*

¹⁹ См., напр., решение по делу *First City, Texas-Houston, N. A. v. Rafidain Bank* (150 F.3 d 172, 176 (2 d Cir. 1998)) (судом отмечено, что «истцу может быть разрешено ограниченное дискавери в отношении юрисдикционного вопроса»); решение по делу *Hubin v. The Islamic Republic of Iran* (637 F.3 d 783, 796 (7 th Cir. 2011)) (на основе анализа предшествующих решений отмечается, что «суд должен действовать с тщательностью, способом, который уважает презумпцию иммунитета»).

дится, что позиция швейцарских правоприменителей более справедлива, сбалансированна и в то же время не отменяет и не подрывает суверенный иммунитет.

Точка зрения российского законодателя однозначна: без согласия иностранного государства на принадлежащее ему в России имущество не может быть обращено взыскание ни при каких обстоятельствах (ч. 1 ст. 251 АПК РФ, ч. 1 ст. 401 ГПК РФ). В связи с этим интересно, какие юридические шаги предпримут адвокаты Республики Ирак в двух делах о возврате истцу И. Лебедеву нежилых помещений на ул. Волхонка, используемых в настоящее время в качестве детского сада и школы для детей дипломатов²⁰. Напомним, что в декабре 2006 г. Хамовнический районный суд г. Москвы прекратил производство по обоим делам вслед за отменой Президиумом Мосгорсуда ранее вынесенных решений в пользу И. Лебедева ввиду отсутствия согласия иностранного государства на рассмотрение дела в суде России. Однако в 2012 г. российские суды восстановили истцу срок на кассационное обжалование, пропущенный более чем на 5 лет²¹, а затем удовлетворили иск И. Лебедева. Как следует из апелляционного определения Мосгорсуда от 12 марта 2013 г. № 11-4521/2013²², суд посчитал, что выбор права Российской Федерации как права, регулирующего материально-правовые отношения сторон из договора купли-продажи недвижимости, и договорное положение о том, что споры подлежат разрешению в судебном порядке, автоматически влечет как применение процессуального права Российской Федерации к спорам из договора, так и согласие Республики Ирак на рассмотрение споров судами нашей страны.

Однако в гражданском процессе Российской Федерации применяется теория абсолютного иммунитета, и без явно выраженного согласия иностранного государства запрещено рассмотрение судами общей юрисдикции любых споров с участием иностранных суверенов. На наш взгляд, трактовка московскими судами данного правила является как минимум необоснованной и не соответствует буквальному толкованию положений ч. 1 ст. 401 ГПК РФ и основам теории абсолютного иммунитета, трактуемой в работах отечественных и иностранных специалистов, а также в российской и зарубежной судебной практике. Договорные условия, сформулированные указанным образом, не должны рассматриваться ни как явно выраженный, ни как подразумеваемый отказ от иммунитета. Ссылка судов на п. 1 ч. 1 ст. 403 ГПК РФ, относящийся к исключительной подсудности судов Российской Федерации дела о праве на недвижимое имущество, находящееся на территории Российской Федерации, является неоправданной. Последние решения международных трибуналов хотя и не ставят правила о судебном иммунитете иностранного государства в один ряд с *jus cogens*, но однозначно требуют соблюдения, в частности, основ международного права²³.

Если бы проект федерального закона № 127618-4 «О юрисдикционном иммунитете иностранного государства и его собственности»²⁴ был принят Федеральным Собранием РФ, то вопроса о подведомственности таких споров судам Российской Федерации не возникло бы, так как ст. 11 указанного проекта воспроизводит требования п. 1 ч. 1 ст. 403 ГПК РФ. Что касается вопросов приведения в исполнение судебных решений против иностранных государств, то разработчики законопроекта отказались от использования термина «коммерческая деятельность»; взамен в п. 3 ст. 16 проекта сказано следующее: «Иностранное государство пользуется иммунитетом от принятия обеспечи-

²⁰ См.: Беленькая М. Сын Жириновского отсудил у Ирака детский сад и школу в центре Москвы // http://pravo.ru/court_report/view/82546/

²¹ См. об основаниях восстановления пропущенного срока: апелляционные определения Мосгорсуда от 10 июля 2012 г. по делам № 11-13258/2012 и 11-132559/2012.

²² См. информацию по делу и текст апелляционного определения: <http://mos-gorsud.ru/int/infaga/?pn=0&id=4118>

²³ См.: решение Европейского суда по правам человека от 12 декабря 2002 г. по делу *Kalogeropoulos et al. v. Greece and Germany* (текст решения на английском языке см.: <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-23539>); решение Международного суда ООН от 3 февраля 2012 г. по делу *Germany v Italy: Greece Intervening* (текст решения на английском языке см.: <http://www.icj-cij.org/docket/files/143/16883.pdf>).

²⁴ Отклонен Государственной Думой РФ после принятия его в первом чтении. См. текст законопроекта: <http://asozd2.duma.gov.ru/main.nsf/%28Spravka%29?OpenAgent&RN=127618-4&02>

тельных мер и иммунитетом от исполнения судебного решения, за исключением случаев, когда находящееся на территории Российской Федерации имущество иностранного государства используется и (или) предназначено для использования иностранным государством в целях, иных, чем осуществление суверенной власти государства». Таким образом, вместо указания на хозяйственную деятельность государства, которая могла бы использоваться как русский аналог англоамериканского термина «коммерческая деятельность», разработчики законопроекта, как и составители Конвенции ООН, использовали метод «от обратного»: если имущество специально не используется в государственной некоммерческой деятельности, т. е. суверенной власти государства, на него может быть обращено взыскание. В то же время, регламентируя изъятия из судебного иммунитета иностранного государства, в законопроекте (ст. 9) использован термин гражданского права «предпринимательская деятельность», применение которого в отношении деятельности государства, безусловно, неприемлемо²⁵. Удачным в редакции данного положения представляется указание на необходимость учета как характера, так и цели спорной сделки.

Согласие. Конвенция ООН также признает в качестве исключения из правила об иммунитете отказ иностранного государства от такового (ст. 19 (а)). Однако, в отличие от FSIA, Конвенция ООН говорит именно о явно выраженном отказе. Кроме того, в ст. 20 Конвенции ООН специально подчеркнута, что отказ от юрисдикционного²⁶ иммунитета не подразумевает согласие на применение в отношении государства иных принудительных мер²⁷.

Следует учитывать, что принятие правил рассмотрения споров, изданных третейскими институтами, может быть расценено в некоторых юрисдикциях в качестве согласия на приведение в исполнение судебного решения. В известном деле *Creighton v. Qatar* французские суды постановили, что согласие на рассмотрение спора Международным арбитражным судом Международной торговой палаты (далее — ICC) должно рассматриваться как отказ от обоих компонентов иммунитета — иммунитета юрисдикционного и иммунитета от приведения в исполнение²⁸. Суды дали трактовку ст. 24 (2) Арбитражного регламента ICC 1975 г.²⁹ и сделали вывод о том, что суверен, давший согласие на разбирательство дела третейским судом в арбитражном соглашении, отказывается одновременно и от иммунитета от приведения в исполнение решения третейского суда. Шведские и швейцарские суды также полностью поддерживают французскую позицию³⁰.

Наоборот, в деле *FG Hemisphere Associates L.L.C. v. Democratic Republic of Congo* истец не смог убедить суд первой инстанции Гонконга в том, что участие в третейском разбирательстве под эгидой ICC не является достаточным для вывода о том, что иностранное государство таким образом отказалось от иммунитета от приведения в исполнение решения третейского форума. Однако Высший апелляционный суд отменил решения нижестоящих судов и поддержал позицию судов Китая, последовательно реализующих теорию абсолютного иммунитета³¹.

²⁵ См.: Сошников Р.А. Указ. соч. С. 17.

²⁶ В юридической литературе термин «юрисдикционный иммунитет» используется в узком (судебный иммунитет, или иммунитет от юрисдикции суда) и широком (три в одном: судебный иммунитет, иммунитет от принудительных мер до и после вынесения судебного решения) смыслах. В настоящей работе этот термин используется в обоих смыслах в зависимости от контекста.

²⁷ См. подробнее: Силкина И.В. Указ. соч. С. 82—94.

²⁸ См.: *Francois-Poncet S., Horigan B., Karam L. Enforcement of Arbitral Awards against Sovereign States or State Entities — France // Enforcement of Arbitral Awards Against Sovereigns*. N. Y., 2009. P. 369—373.

²⁹ Новый Арбитражный регламент ICC, вступивший в силу 1 января 2012 г. (ст. 34 (6)), повторяет положения ст. 28 (6) Арбитражного регламента ICC 1998 г., воспроизводящей ст. 24 (2) Арбитражного регламента ICC 1975 г.

³⁰ См.: *Pengellely N. Waiver of Sovereign Immunity. From Execution: Arbitration is not Enough // Journal of International Arbitration*. 2009. N 26. P. 865.

³¹ См.: *Crossley K. Case analysis: Democratic Republic of the Congo and ORS v FG Hemisphere Associates LLC // Asian Legal Business, China*. 17.06.2011 (<http://asia.legalbusinessonline.com/news/analysis/106870/details.aspx>).

FSIA проводит грань между судебным иммунитетом и иммунитетом от принудительного исполнения и в качестве исключения из презумпции иммунитета устанавливает, что как явно выраженный, так и подразумеваемый отказ от иммунитета предоставляет кредитору право обратиться с иском на имущество суверена.

Такой отказ, включенный в соглашения, предшествующие возникновению спора, не требует установления связи между спорным имуществом, на которое истец намерен обратиться с иском, и собственно предметом спора. Тем не менее необходимо помнить: отказ не является абсолютным средством спасения для кредитора, поскольку все равно необходимо доказать, что спорное имущество используется в коммерческой деятельности, это основное условие возникновения права на обращение с иском на имущество суверена на основании FSIA³². Несмотря на сказанное, осведомленный инвестор должен постараться включить условие об отказе от суверенитета в контракт, дабы минимизировать проблемы, которые могут возникнуть в будущем в отношениях с нерадивым государством.

В Соединенном Королевстве дела обстоят противоположным образом — отказ должен быть обязательно явно выражен; кроме того, можно обратиться с иском на имущество, которое не используется в коммерческой деятельности (ст. 13 (3) SIA). Иными словами, включая условие об отказе от иммунитета в текст гражданско-правовой сделки, инвестор может ожидать большей правовой защиты от британских судов, нежели от американских.

Смешанные счета — это еще одна преграда на пути приведения в исполнение судебного решения. Суверены, как и другие физические и юридические лица, открывают счета в банках с целью осуществления платежей. Однако, как было отмечено ранее, государства выступают в обеих ипостасях — и как частные лица, и как политические субъекты.

Согласно ст. 21 (1) (a) Конвенции ООН банковский счет, используемый или предназначенный для использования при исполнении функций дипломатического представительства государства или его консульских учреждений, обладает иммунитетом; в то же время счет, открытый для иных целей, выведен из-под действия иммунитета. Видимо, включение такой формулировки в текст Конвенции ООН является компромиссным решением представителей разных стран — членов рабочей группы, хотя и не слишком удачным, поскольку не снимает проблемы при использовании счетов дипломатических миссий для выполнения самых разных задач. Стоит не согласиться в этой связи с позицией М.Е. Лебедевой, полагающей, что в Конвенции ООН закреплен принцип абсолютного иммунитета в отношении банковских счетов дипломатических миссий³³.

Иммунитет средств, хранимых на счетах дипломатических миссий, основывается на Венской конвенции о дипломатических отношениях 1961 г. Согласно ее ст. 22 (3) помещения представительства, предметы их обстановки и другое находящееся в них имущество, а также средства передвижения представительства пользуются иммунитетом от обыска, реквизиции, ареста и исполнительных действий. Тем не менее наблюдается тенденция повышения уважения к интересам кредиторов, борющихся против нерадивых государств, и сужения сферы применения иммунитета.

Чтобы снять защиту иммунитета со счетов посольств, находящихся на территории США, истцы должны доказать суду, что спорные средства предназначены для использования в коммерческой деятельности. При этом суды США разрешают применение процедуры досудебного представления и исследования доказательств (discovery)³⁴, но в ограниченном объеме, когда речь идет о средствах дипломатических миссий. Отправной точкой для них является то, что «простой факт наличия средств на счете по-

³² См.: Foster G.K. Op. cit. P. 676.

³³ См.: Лебедева М.Е. Иммунитет иностранного государства от обеспечительных мер в международном частном праве (международные соглашения и иностранное право). Дис. ... канд. юрид. наук. М., 2006. С. 184.

³⁴ См. подробнее о дискавери: Аболонин Г.О. Гражданское процессуальное право США. М., 2010. С. 207—285.

сольства государства сам по себе не означает, что весь счет пользуется иммунитетом от взыскания или дискавери. Если счет используется преимущественно (если не исключительно) в коммерческих, нежели чем в дипломатических целях, на него может быть обращено взыскание»³⁵. Австралийские правоприменители следуют аналогичной логике: не отказывая в возможности обращения взыскания на смешанные счета, используют тест «значительности» (substantiality) и обращают взыскание на собственность, которая в основном используется для коммерческих целей»³⁶.

В деле *Liberian Eastern Timber Corp. v. Government of Republic of Liberia* суд федерального округа Колумбия провозгласил, что в отсутствие достаточных доказательств в пользу основного коммерческого использования счета посольства Либерии денежные средства, находящиеся на нем, не подлежат взысканию. Таким образом, суд не согласился с тем, что «если любая часть банковского счета используется в коммерческих целях, то весь счет теряет иммунитет»³⁷. Ранее при рассмотрении иного дела тот же суд решил устранить «лазейку» с использованием смешанного счета: хотя посольство Танзании доказало, что средства использовались частично для осуществления некоммерческой деятельности, решение было вынесено в пользу кредитора»³⁸.

Взгляды европейцев на данную проблему различаются. Так, швейцарские суды заняли более жесткую позицию в отношении смешанных счетов, чем их коллеги из США: в отсутствие прямого указания денежные средства, находящиеся на счетах в швейцарских банках, подлежат взысканию»³⁹. Обязанностью государства является локализация средств для исполнения государственных функций, в противном случае средства считаются имеющими природу *jus gestionis*.

Немецкие юристы разделяют точку зрения швейцарских коллег. Признавая в качестве общего правила иммунитет счетов дипломатических представительств, в деле *Sedlmayer v. Russia* германский апелляционный суд оставил в силе решение суда первой инстанции, так как посольство России не смогло индивидуализировать денежные средства, предназначенные для исполнения властных функций. Суды не согласились с российским подходом, согласно которому все средства на банковском счете посольства пользуются иммунитетом»⁴⁰.

Напротив, австрийские, итальянские и британские суды не признают право истца-кредитора обратиться взыскание на счета посольства, при этом неважно, что счет одновременно используется в коммерческих и публичных целях. Некоторые юристы называют такие положения «возвратом к абсолютистской гавани»⁴¹.

Счет центрального банка государства — отдельный вид смешанного счета. Центральные банки по определению уязвимы к требованиям, предъявляемым против суверенов, поскольку они обычно хранят огромные средства на счетах за границей. В первую очередь тенденция к распространению иммунитета на счета центральных банков обусловлена желанием мировых инвестиционных центров защитить свои глобальные инвестиционные оазисы. Конвенция ООН также прямо запрещает обращение взыскания на собственность центральных банков и иных монетарных властей (ст. 21 (1) ©).

Национальные законы не отличаются универсальным подходом. Признавая коммерческую природу счетов иностранных центральных банков, FSIA запрещает наложение взыскания на собственность центральных банков, открытых за свой счет и от своего имени (*held for its own account*) (ст. 1611 (b) (1)). Хотя данная формулировка является

³⁵ См. решение по делу *Thai Lao Lignite (Thailand) Co. v. Government of the Lao People's Democratic Republic* (2011 U. S. Dist. LEXIS 103378, 9 (2011)).

³⁶ См.: *Rivkin D.W., Christopher K., Tahbaz C.K.* Attachment and Execution on Commercial Assets // *Enforcement of Arbitral Awards Against Sovereigns*. N. Y., 2009. P. 154.

³⁷ См. решение по делу *Liberian Eastern Timber Corp. v. Government of Republic of Liberia* (659 F. Supp. 606, 610 (1987)).

³⁸ См. решение по делу *Birch Shipping Corp. v. Embassy of United Republic of Tanzania* (507 F. Supp. 311 (1980)).

³⁹ См.: *Freyer D.H.* Attachment of Debts owed to Sovereigns // *Enforcement of Arbitral Awards Against Sovereigns*. N. Y., 2009. P. 175.

⁴⁰ См.: *Rivkin D.W., Christopher K., Tahbaz C.K.* Op. cit. P. 152.

⁴¹ См.: *Pengelly N.* Op. cit. P. 861.

дискуссионной⁴², по закону собственность центральных банков не обладает абсолютным иммунитетом в США.

SIA решает проблему резервов центральных банков в ином ключе, предоставляя им безусловную защиту и иммунитет (ст. 14 (4)). Как было отмечено, в деле *AIG v. Kazakhstan* дана широкая трактовка собственности центральных банков и иммунитет распространяется на средства суверенных фондов, управляемых центральными банками⁴³. Китай, где в 2005 г. был принят Закон о защите собственности иностранных центральных банков, в точности следует британскому примеру⁴⁴.

В свою очередь, Австралия⁴⁵, Канада⁴⁶ и Швейцария⁴⁷ не делают различий между правовым положением суверена и центрального банка, предлагая относиться к ним как к равным субъектам.

Связь. Для того чтобы привести в исполнение судебное решение, законодательство некоторых государств требует установления связи между различными элементами отношений, возникших между сувереном и одержавшим победу кредитором.

Так, в Швейцарии кредитор обязан доказать наличие связи между сделкой, из которой возник спор, и территорией Швейцарии (*Binnenbeziehung*)⁴⁸. Швейцарские суды не выработали особого теста для определения такой связи, и ее наличие устанавливается в каждом конкретном случае в зависимости от обстоятельств дела. Например, связь будет недостаточной, когда место рассмотрения спора было выбрано арбитром самостоятельно, в отсутствие соглашения сторон. В то же время при обращении в швейцарские суды за приведением в исполнение иностранных третейских решений на основании Нью-Йоркской конвенции такая связь вообще не подлежит установлению, в отличие от использования Вашингтонской конвенции, в которой специально предусмотрено, что иммунитет иностранного государства находится вне рамок ее регулирования. Многие ученые и практики не раз высказывались за отмену швейцарского правила о связи как рудиментарного⁴⁹.

Как отмечалось, ст. 1610 (a) (2) FSIA требует присутствия связи между спорной деятельностью государства, коммерческой по своей природе, и собственностью, которую требует изъять кредитор. Данное правило значительно ограничивает возможности победившего кредитора. Одновременно оно позволяет государствам заранее индивидуализировать имущество, на которое может быть обращено взыскание, а кредиторам дает уверенность в том, что решение может быть исполнено за счет такого имущества. Такое строгое условие исполнения судебных решений применяется и в Швейцарии⁵⁰. Франция⁵¹ и США исключили необходимость установления такого условия, если спор касается контролируемых государством компаний, а не непосредственно самого государства.

Правило о взаимосвязи может быть обнаружено и в других правовых системах, однако, по нашему мнению, оно слабо аргументировано. Возможно, ввиду отсутствия понятного и разумного обоснования разработчики Конвенции ООН исключили условие о взаимосвязи между спором и имуществом, на которое обращается взыскание, как таковое (ст. 19).

⁴² См.: *Lee P.L. Central Banks and Sovereign Immunity // Colum. J. Transnat'l Law. 2003. N 41. P. 376; Лебедева М.Е. Указ. соч. С. 187—188.*

⁴³ См.: *Gaukrodger D. Op. cit.*

⁴⁴ См.: *Zhu L. State Immunity from Measures of Constraints for the Property of Foreign Central Banks: The Chinese perspective // Chinese Journal of International Law. 2007. N 6. P. 67.*

⁴⁵ См.: *Rivkin D.W., Christopher K., Tahbaz C.K. Op. cit. P. 156.*

⁴⁶ См.: *Gaukrodger D. Op. cit.*

⁴⁷ См.: *Schneider M.E., Knoll J. Op. cit. P. 345—346.*

⁴⁸ См.: *Crawford J. Execution of Judgments and Foreign Sovereign Immunity // The American Journal of International Law. 1981. № 75. P. 837.*

⁴⁹ См.: *Schneider M.E., Knoll J. Op. cit. P. 338.*

⁵⁰ См.: *State Practice Regarding State Immunities. Leiden; Boston, 2006. P. 156.*

⁵¹ См.: *Francois-Poncet S., Horrigan B., Karam L. Op. cit. P. 362—363, 373.*

Очевидно, что унификация правил о юрисдикционном иммунитете иностранного государства — это давно назревшая проблема. Не лишенная недостатков Конвенция ООН, без всяких сомнений, является международным договором, который Россия должна ратифицировать в самой ближайшей перспективе. Также необходимо принять отдельный федеральный закон, который бы детализировал положения Конвенции ООН и устранил существующую дихотомию регулирования вопросов иммунитета иностранного государства в гражданском и арбитражном процессах России.

Меры российского правительства, направленные на привлечение инвестиций в российскую экономику и создание в Москве международного финансового центра, будут недостаточно эффективными, если Российская Федерация не изменит отношение к исполнению своих обязательств, признанных иностранными судебными решениями. Кроме того, непоследовательность российских судов в применении законодательства об иммунитете иностранного государства не улучшает инвестиционный климат, что может отпугнуть потенциальных инвесторов от прихода в Россию.

Ключевые слова

иммунитет иностранного государства; юрисдикционный иммунитет; приведение в исполнение; смешанные счета; ICSID

Список литературы

1. Лебедева М.Е. Иммунитет иностранного государства от обеспечительных мер в международном частном праве (международные соглашения и иностранное право). Дисс. ... канд. юрид. наук. М., 2006.
2. Силкина И.В. Иммунитет собственности государства от принудительных мер по обеспечению иска и по исполнению судебного решения: Дис. ... канд. юрид. наук. М., 2007.
3. Сошников Р.А. К вопросу о критериях определения коммерческой деятельности государства // Юрист. 2007. № 3.
4. Хлестова И.О. Проблемы юрисдикционного иммунитета иностранного государства. Дис. ... докт. юрид. наук. М., 2003.
5. Enforcement of Arbitral Awards Against Sovereigns. N. Y., 2009.
6. Foster G.K. Collecting From Sovereigns: The Current Legal Framework for Enforcing Arbitral Awards and Court Judgments Against States and Their Instrumentalities, and Some Proposals for its Reform // Ariz. J. Int'l & Comp. L. 2008. N 25.
7. Gaukrodger D. Foreign State Immunity and Foreign Government Controlled Investors. OECD Working Papers on International Investment, 2010.
8. Pengelley N. Waiver of Sovereign Immunity, From Execution: Arbitration is not Enough // Journal of International Arbitration. 2009. N 26.
9. State Practice Regarding State Immunities. Leiden; Boston, 2006.