

Исполинов А.С.

САНКЦИИ СОВЕТА БЕЗОПАСНОСТИ ООН, СУДЫ ЕС И ПРАВА ЧЕЛОВЕКА

Настоящая статья посвящена рассмотрению чрезвычайно актуального для современного международного права вопроса соотношения санкций, налагаемых Советом Безопасности ООН на индивидов, с международными и региональными правовыми нормами, регулирующими права человека. На основе современной практики международных судебных учреждений, в первую очередь – на основе решений судов ЕС по делу Кади, автор рассматривает эту проблему в более общем контексте соотношения европейского правопорядка с международным, рамок деятельности Совета Безопасности ООН, а также обеспечения прав человека при реализации индивидуальных санкций Совета Безопасности ООН.

Ключевые слова: санкции Совета Безопасности ООН, право ЕС, суды ЕС, дело Кади.

Ispolinov A.S.

UN SECURITY COUNCIL SANCTIONS, EU COURTS AND HUMAN RIGHTS

This article deals with a cornerstone issue of the contemporary international law – interrelation between sanctions imposed on individuals by the UN Security Council with international and regional legal regulations governing human rights. Basing on the current jurisprudence of international judicial bodies, primarily decisions of EU courts on Kadi case, the author examines the issue in a wider context of relations between the European legal order and the international one, limits for the UN Security Council actions as well as ensuring human rights in course of implementation of UN Security Council sanctions.

Keywords: UN Security Council sanctions, EU law, EU courts, Kadi case.

Взросшая с момента окончания холодной войны активность Совета Безопасности ООН привела к появлению и активному использованию им новых форм деятельности по поддержанию мира и безопасности. Здесь можно упомянуть самое масштабное и при этом крайне неоднородное применение всеобъемлющих экономических санкций против Ирака в 1990-е годы. В этом же ряду находятся вопросы управления целыми территориями, такими как Косово и Восточный Тимор, и связанные с ними вопросы ответственности за действия органов власти на местах. К новым инструментам Совета Безопасности нужно отнести и виды санкций, направленных непосредственно против частных лиц и самым серьезным образом ограничивающих права последних. Все это поставило на повестку дня вопросы подотчетности и легитимности действий и решений Совета Безопасности, в первую очередь, с точки зрения соблюдения прав человека. Ранее казавшиеся немислимыми вопросы стали активно обсуждаться в научных и политических кругах. Как отметил в своем исследовании один из наиболее авторитетных специалистов по праву ООН Б.Фассбиндер, «основатели ООН не ожидали, что Организация будет осуществлять полномочия таким образом, что права и свободы частных лиц окажутся непосредственно затронутыми. Соответственно, они не сочли необходимым указать, что нормы о правах человека являются обязательными и для Организации».¹ Особую остроту эта проблема приобрела при реализации режима санкций, установленного резолюцией Совета Безопасности 1267 (1999), когда Совет Безопасности оказался перед лицом критики со стороны коалиции влиятельных национальных и региональных судов. Предпосылки этого противостояния, его сегодняшний статус, а также уроки, которые оно преподнесло, и являются предметом данного исследования.

1 Fassbinder B. «Targeted sanctions and due process», study commissioned by United Nations Office of legal affairs. – С. 22 // www.untreaty.un.org/ola/media/info_from_lc/Fassbinder_study.pdf.



Исполинов А.С.

1. Введение режима санкций по резолюции Совета Безопасности 1267 (1999) и решения судов ЕС по делу Кади

После взрывов у зданий американских посольств в Кении и Танзании в 1998 г. Совет Безопасности принял целый ряд резолюций, вводящих индивидуальные санкции в отношении лиц из движения Талибан, причастных к данным терактам.² В этом ряду первой стоит Резолюция Совета Безопасности 1267 (1999),³ в соответствии с которой был создан Комитет Совета Безопасности по санкциям, в состав которого вошли все члены Совета Безопасности. Задачей Комитета предполагалось составление и ведение списка лиц, причастных к данным террористическим организациям. При этом речь шла не только об организаторах и исполнителях терактов, но и о частных лицах и организациях, деятельность которых тем или иным образом связана с движением Талибан.⁴ В соответствии с Резолюцией Совета Безопасности 1333 (2000) данный режим индивидуальных санкций был распространен на лица и организации, связанные с террористической организацией Аль-Кайеда.⁵ На Комитет по санкциям возлагалась обязанность вносить заподозренных лиц в специальный сводный список, составляемый на основе полученной от государств информации (как правило, конфиденциальной и полученной из разведывательных источников), а также принимать решения об исключении из этого списка. В Руководящих Принципах работы Комитета специально оговаривалось, что «наличие

2 Резолюции 1267 (1999), 1333 (2000), 1390 (2002), 1455 (2003), 1526 (2004), 1617 (2006), 1735 (2006), 1822(2008) и 1904 (2009).

3 S.C. Res. 1267, U.N. Doc. S/Res/1267 (October 15, 1999).

4 Использованный в данных резолюциях критерий «связи» означал, что под данный режим санкций попадали не только исполнители и организаторы террористических актов, но и лица, принимающие участие в финансировании, планировании, содействии терактам, поставке или передаче оружия, рекрутировании новых членов, а также оказывающие «поддержку в иной форме актов и деятельности Талибана» (п. 2 и 3 Резолюции 1617 (2005)).

5 S.C. Res. 1333, U.N. Doc. S/REs/1333 (December 19, 2000).

уголовного обвинения или обвинительного приговора не является необходимым условием для включения в список, поскольку санкции призваны играть превентивную роль».⁶ В отношении лиц, включенных в сводный список, всем государствам – членам ООН предписывалось заблокировать все банковские счета и иные активы данных лиц, ввести запрет на передвижение этих лиц в другие страны, а также ввести эмбарго на продажу или передачу им оружия. Превентивный характер санкций подчеркивался неоднократно в преамбулах к резолюциям, при этом особо оговаривалось, что данные санкции не являются мерами уголовного характера.⁷ Еще одной особенностью данного режима санкций, отличающей его от других, стало то, что после падения режима Талибан в Афганистане эти санкции перестали быть привязаны к территории какого-либо государства.

Весьма широкие и первоначально сформулированные достаточно расплывчато критерии для внесения в список создавали почву для ошибок при включении в него, например, в результате использования непроверенной информации. Сами же санкции, которые объявлялись «превентивными», очевидным образом ограничивали права и свободы лиц, попавших в этот список, вступая тем самым в противоречие со всеми известными международными документами о защите прав человека. На это сразу же было обращено внимание в научных кругах.⁸ В силу этого режим санкций по резолюции 1267 (далее режим санкций 1267) был подвергнут критике за отсутствие прозрачности при принятии решений о включении в список или исключении из него, а также за отсутствие у лиц, включенных в список, права на справедливое разбирательство.⁹ Однако до тех пор, пока речь шла о включении в список полевых командиров и мулл, казавшихся в горах Афганистана, данная проблема не казалась достаточно актуальной. Казалось, что общество, напуганное и потрясенное репортажами из Нью-Йорка 11 сентября 2001 г., было готово принять эти ограничения как неизбежное, но необходимое зло, с которым надо смириться ради эффективной борьбы с терроризмом. Но по мере расширения списка и появления в нем граждан европейских стран (пусть и арабской национальности), у которых в результате включения их в список Комитета по санкциям были заблокированы весьма значительные суммы, проблема неизбежно стала перетекать в плоскость национального и международного правосудия.

6 Пункт 6(с) Руководящих Принципов работы Комитета (утв. 7 ноября 2003 г., последние изм. внесены 26 января 2011 г.) // http://www.un.org/sc/committees/1267/pdf/1267_guidelines.pdf.

7 Напр., абзац 10 Преамбулы Резолюции 1904 (2009).

8 См.: «The European Convention on human rights, due process and United Nations Security Council Counter-terrorism Sanctions», report prepared by Professor Iain Cameron // www.coe.int/t/dlapil/cahdi/Texts.../1.%20Cameron%20Report%2006.pdf.

9 Право на справедливое слушание (Fair hearing или due process) включает, по мнению западных исследователей этой проблемы, как право частного лица быть выслушанным органом, принимающим решение, затрагивающее права данного лица, так и право на эффективную защиту, которое, в свою очередь, подразумевает, в том числе, право обращения в суд или трибунал, которые являются беспристрастными и независимыми от исполнительной власти» (Michaelsen). К очевидным недостаткам системы санкций 1267 можно отнести то, что как решение о включении в список, так и решение об исключении из него принимается Комитетом по санкциям консенсусом; лицу, включенному в список, не сообщалось заранее ни о намерении принять такое решение, ни о причинах, приведших к такому решению (иногда не сообщалось вообще о принятом решении); данному лицу не предоставлялась возможность дать непосредственно пояснения перед органом, принявшим решение о включении его в список. Наконец, отсутствовал механизм обжалования данного решения в независимый и беспристрастный орган, который бы выносил обязательные для Комитета по санкциям решения об исключении лица из списка.

Иски, оспаривающие правомерность внутренних мер, принимаемых государствами во исполнение вышеупомянутых резолюций Совета Безопасности ООН, с точки зрения прав человека, были поданы в суды таких стран, как Бельгия, Германия, Италия, Пакистан, Швейцария, Нидерланды, Турция, Великобритания и США. С учетом того, что внутригосударственные меры практически дословно повторяли требования резолюций Совета Безопасности, речь шла о возможности фактического косвенного судебного контроля над решениями Совета Безопасности.

Национальные и региональные суды (в первую очередь это Европейский Суд по правам человека и суды Европейского Союза), привыкшие иметь дело с фактами и оценивать все доказательство при рассмотрении конкретных дел, оказались перед крайне непростоим выбором, который был им предложен Советом Безопасности ООН. Самым простым и очевидным вариантом, на котором, собственно и настаивали государства – члены Совета Безопасности, было бы просто отказаться рассматривать дела подобного рода, признав отсутствие своей юрисдикции по таким жалобам. Так, собственно, и поступили первые национальные суды, рассматривающие такие дела.¹⁰ В своих решениях национальные суды отказывались ставить под сомнение правомерность и законность внутренних актов государства, имплементирующих резолюции Совета Безопасности, используя комбинацию статей 25 и 103 Устава ООН. Однако помимо очевидных репутационных потерь для судов, связанных с таким отказом, такой подход ни в коем случае не способствовал решению самой проблемы нарушений прав конкретных лиц, внесенных в список. С течением времени сводный список разрастался,¹¹ при этом статус включенных в него лиц не менялся годами, несмотря на то, что в отношении некоторых из них проведенное на национальном уровне расследование не привело ни к каким результатам. Это делало ситуацию, в которой оказались суды, все более напряженной и некомфортной. Не замечать очевидные недостатки системы санкций 1267 становилось все сложнее. Вопрос стоял лишь в том, какой именно суд первым решится на открытую критику данной системы и ее недостатков, а также какие основания будут им предложены для этого.

Первым региональным судом, не только оказавшимся перед необходимостью решать эту проблему, но и сформулировавшим свою позицию в отношении режима санкций 1267, оказался Суд Первой Инстанции Европейского Союза (далее – СПИ). В Европейском Союзе данные санкции были введены Регламентами Совета ЕС и Комиссии.¹² Поскольку данные регламенты напрямую и индивидуально касались частных лиц, требования о признании их незаконными в силу противоречия основным правам человека, лежащим в основе правопорядка ЕС, были поданы напрямую в СПИ, минуя национальные суды. СПИ в своем решении по делу Kadi¹³ (бизнесмена из Саудовской Аравии, у которого в результате его включения в сводный список оказались замороженными значительные суммы в европейских банках) отказался это сделать, признав данные регламенты мерами, направленными на исполнение резолюций Совета

10 Обзор национальной практики судов по этому вопросу см.: Tzanakoulou A. Domestic court reactions to UN Security Council sanctions // *Journal of International Criminal Justice*. – 2010. – Vol. 8. – Issue 1. – С. 249–267.

11 В настоящее время сводный список содержит 448 записей, 258 из которых относятся к лицам, связанным с Аль-Кайедой, 138 – с Талибан // <http://legalift.wordpress.com/2011/05/16/al-qaeda-taliban-sanctions-committee-approves-most-comprehensive-set-of-updates-to-sanctions-list/>.

12 Регламент Совета ЕС № 881/2002 от 22 мая 2002 г., заместивший собой Регламент Совета ЕС № 467/2001. Индивидуальные санкции в отношении Я.Кадии были введены регламентом Комиссии № 2062/2001 от 19 октября 2001 г.

13 Case T-315/01, Kadi v. Council and Commission [2005], ECR II-3546.

Безопасности ООН. В силу этого данные регламенты имеют преимущественную силу даже над принципом защиты прав человека, который является неотъемлемой частью правопорядка Европейского Союза. Интерес представляет сам ход рассуждений Суда Первой Инстанции.

Признавая резолюции Совета Безопасности ООН обязательными для Европейского Союза (даже если ЕС не является стороной Устава ООН), СПИ основывал свои выводы на комбинации статьи 103 Устава ООН (данная статья устанавливает приоритет обязательств по Уставу ООН над обязательствами по любым другим международным договорам) и статьи 307 Договора о ЕС (п. 183, 185 и 224 решения). Пункт 1 статьи 307 Договора о ЕС говорит, что права и обязанности государств – членов ЕС, принятые ими в рамках других договоров до подписания Договора о ЕС, не должны затрагиваться данным договором. Признавая, что все государства – члены ЕС стали членами ООН еще до создания Европейских Сообществ, и заявляя, что в сфере выполнения обязательств государств по Уставу ООН Европейский Союз заменил собой государства-члены, СПИ сделал вывод об обязательности резолюций Совета Безопасности и для всего ЕС в целом (п. 203 решения). Исходя из этого, СПИ заявил, что «ссылки либо на нарушения основных прав человека или на нарушения принципов правопорядка ЕС не могут затрагивать действительность мер, принятых Советом Безопасности, либо их действие на территории ЕС» (п. 224 решения). В силу этого требование заявителя признать незаконность регламентов ЕС, принятых во исполнение данных резолюций Совета Безопасности, было рассмотрено как требование об установлении хотя и косвенного, но все же судебного контроля за данными решениями Совета Безопасности, что СПИ счел недопустимым для себя (п. 225 решения). Тем не менее, СПИ сделал при этом весьма примечательное заявление о том, что он оставляет за собой «в крайне исключительных случаях» право такого косвенного контроля на предмет соответствия резолюций Совета Безопасности нормам *jus cogens*, понимая под таковыми «совокупность высших норм международного публичного права, которые являются обязательными для всех субъектов международного права, включая ООН, и от исполнения которых невозможно уклониться» (п. 226 и 231 решения). Это дало ему возможность рассмотреть процедуру работы Комитета по санкциям с точки зрения нарушенных прав заявителя и вхождения этих прав в совокупность норм *jus cogens*. В итоге, признавая недостатки системы индивидуальных санкций и их несоответствие основным правам человека, СПИ счел данные ограничения прав либо разумными и необходимыми (в случае ограничения права на собственность и права быть заслушанным перед органом, вынесшим такое решение), либо, говоря об отсутствии возможности эффективного обжалования принятых Комитетом по санкциям решений о включении в список, СПИ не счел существование такой лакуны противоречием нормам *jus cogens* (п. 286 решения).

СПИ отклонил просьбу заявителя признать, что его право на собственность, право быть заслушанным органом, принявшим решение о включении в список, а также право на эффективную защиту были нарушены оспариваемыми Регламентами.

С учетом того, что решение СПИ было впоследствии отменено, нам бы хотелось остановиться лишь на некоторых аспектах решения, вызвавших наибольшую полемику. Но для начала необходимо отметить, что позиция СПИ как подверглась критике, так и в то же время получила высокую оценку среди комментаторов в отношении сразу нескольких краеугольных вопросов международного права.

Во-первых, исследователи с сожалением восприняли отказ СПИ признать свою юрисдикцию по данному вопросу, расценив это как фактическое уклонение от оценки соответствия оспариваемых регламентов нормам о защите прав человека.

Во-вторых, позиция СПИ о принципиальной возможности косвенного судебного контроля (пускай и гипотетического) над резолюциями Совета Безопасности получила поддержку среди большинства комментаторов, так как она была созвучна уже высказывавшимся ранее мнениям о правовых пределах действий и решений Совета Безопасности. По мнению одного из известных исследователей международного и европейского права К.Томушата, «если международный правопорядок действительно существует как единое целое, то необходимым предположением является то, что Совет Безопасности не действует в вакууме. Общие нормы, которые международное сообщество восприняло как основу своего существования, должны также применяться к Совету Безопасности. Совет Безопасности не должен вести свое существование вне и над законом».¹⁴

Так же категорична в своих оценках была Э. де Вет, один из ведущих специалистов по праву ООН, заявив, что «принятие принудительных мер (таких как целевые санкции) в интересах международного мира и безопасности может повлечь ограничения прав и обязательств по международному праву, включая обязательства уважать права человека, до тех пор пока будет уважаться основное содержание затрагиваемых прав. Это также отвергает утверждение, что Совет Безопасности может полностью отходить от международных стандартов прав человека при принятии обязательных мер в соответствии со статьей VII Устава ООН».¹⁵

Позиция СПИ во многом способствовала проведению под эгидой ООН специального исследования о соотношении режима санкций и международного права, а также об обязанности Совета Безопасности соблюдать нормы о защите прав человека.¹⁶

С этой точки зрения сама постановка СПИ вопроса о возможности судебного контроля над резолюциями Совета Безопасности стала своего рода прорывом в международном праве. Впервые о необходимости такого контроля было заявлено не в научном исследовании, а в решении авторитетного регионального судебного учреждения. Пусть это было сделано через призму *jus cogens* (что вызвало многочисленные, в том числе и критические комментарии), тем не менее, СПИ подвел тем самым некое теоретическое обоснование под свое заявление о судебном контроле над решениями Совета Безопасности.

Как неизбежное следствие такого подхода к этой проблеме стал активно обсуждаться вопрос о том, при каких обстоятельствах, в какой форме и кем данный контроль должен осуществляться. С сожалением, но нужно признать, что Международный Суд в силу своего сегодняшнего статуса и компетенции на эту роль не слишком подходит, что в принципе признается даже им самим.¹⁷ С учетом

14 Tomuschat C. The Kadi case: what relationship is there between the universal legal order under the auspices of the United Nations and the EU legal order? // British yearbook of European law. – 2009. – 654–663. – С. 657.

15 Wet E., de. The role of European Courts in the Development of the hierarchy of norms within International Law: evidence of constitutionalism? // European Constitutional Law Review. – 2009. – № 5. – С. 293.

16 Fassbinder B. Op. cit. – С. 22.

17 «Без сомнения, Суд не обладает полномочиями по судебному контролю или рассмотрению апелляций в отношении решений, принятых органами ООН». См.: Legal consequences for States of the continued presence of South Africa in Namibia notwithstanding Security Council resolution 276, Advisory Opinion, 1971 ICJ 89 (June 21).

этого интересной кажется позиция целого ряда авторов, которые выступили за контроль национальных и региональных судов за решениями Совета Безопасности. Как пишет одна из известных сторонников такого подхода Э. де Вет, «международное право уже развилось в направлении, которое предполагает определенную свободу для национальных и региональных судов в интерпретации или даже контроле за решениями Совета Безопасности».¹⁸ Критикуя решение Суда Первой Инстанции за отказ рассмотреть жалобу заявителей по существу, Э. де Вет выступает за «судебный контроль со стороны национальных и региональных судов за решениями Совета Безопасности, с учетом того, что эти суды могут придать значительный вес презумпции законности резолюциям Совета Безопасности, и важности роли этого органа как основного хранителя международного мира и безопасности».¹⁹

Тем не менее, автор более склонен согласиться с другой точкой зрения, согласно которой «в сегодняшнем международном правовом порядке, в котором отсутствует централизованная и развитая судебная система, только Совет Безопасности может принять решение в отношении формы правовой защиты, которая будет включена в режим санкций. В силу этого никакой суд не имеет полномочий рассматривать резолюции Совета Безопасности или обладает компетенцией для того, чтобы заставить Совет Безопасности действовать в соответствии с нормами *jus cogens*».²⁰ Однако следует, тем не менее, отметить, что это не решает саму проблему подотчетности и подконтрольности действий и решений Совета Безопасности, проблему, которая уже поднята и осознана национальными и международными судами.

В-третьих, комментаторы выразили сомнения по поводу правомерности и уместности использования СПИ доктрины *jus cogens*. Наиболее полно позицию критиков такого подхода изложил в своей работе Ч.Михаэльсен, заявив следующее. Во-первых, не представляется достаточно ясным и убедительным, почему СПИ решил применить именно эту доктрину. Во-вторых, само применение этой доктрины СПИ было неубедительным за счет неоправданного расширения объема таких норм и включения в них даже права на собственность, что традиционно не воспринималось в качестве нормы *jus cogens*. В-третьих, СПИ определил *jus cogens* как «совокупность высших норм международного публичного права, которые являются обязательными для всех субъектов международного права, включая ООН, и от исполнения которых невозможно уклониться». Такое определение несло в себе элемент правовой неопределенности, так как принципы *jus cogens* никогда не относились к особенностям устоявшейся судебной практики Суда ЕС в сфере защиты прав человека. СПИ также не удалось показать, каким образом истцы могут доказать применимость каких либо норм *jus cogens* в данном деле.²¹

Несмотря на то, что решение СПИ по делу Kadi было впоследствии пересмотрено на стадии апелляции, очевидно, что характер рассуждений Суда и его аргументы высветили целый ряд проблем современного международного права, среди которых вопрос об обязательности норм о защите прав человека при принятии и исполнении резолюций Совета Безопасности является одним из

приоритетных. С этой точки зрения даже сам крайне расширительный подход СПИ к содержанию норм *jus cogens* кажется не ошибкой, а инструментом, посредством которого, по мнению комментаторов, СПИ послал предупредительный сигнал Совету Безопасности, что судебные органы ЕС тем не менее готовы вмешаться в процесс реализации санкций, принятых Советом Безопасности ООН.²²

Несколько позже, в 2007 г. другой региональный авторитетный суд, Европейский Суд по правам человека (далее – ЕСПЧ), в своем решении по делам Behrami/Saramati²³ фактически уклонился от оценки правомерности резолюций Совета Безопасности ООН с точки зрения норм о защите прав человека. Эти дела хотя и не касались антитеррористических санкций, но непосредственно затрагивали вопросы ответственности органов ООН, включая Совет Безопасности, и правомерности действий государств, совершенных во исполнение резолюций Совета Безопасности.²⁴

ЕСПЧ, так же как и СПИ, заключил, что обязательства по Уставу ООН имеют преимущественную силу перед обязательствами по любому другому международному договору, даже по Европейской Конвенции о защите прав и основных свобод 1950 г., также ссылаясь при этом на необходимость поддержания мира и безопасности: «...Конвенция не может быть истолкована таким образом, чтобы ставить под контроль Суда действия государств, совершенные в рамках резолюций Совета Безопасности. Поступать таким образом означало бы вмешиваться в осуществление ключевой миссии ООН в этой сфере, включая эффективный контроль над его операциями. Это было бы равнозначно введению условий для исполнения резолюций Совета Безопасности, которые не предусмотрены самим текстом этих резолюций. ...Так как операции, определенные резолюцией Совета Безопасности, являются фундаментальными для миссии ООН по обеспечению международного мира и безопасности, Конвенция 1950 г. не может быть истолкована таким образом, чтобы ставить на рассмотрение Суда действия государств, совершенные в рамках резолюции СБ. Это было бы вмешательством в деятельность ООН по поддержанию мира и безопасности» (п. 149 решения).

Таким образом, ЕСПЧ, так же как и до него СПИ, недвусмысленно подчинил свой правовой порядок праву ООН, поставив императивные интересы мира и безопасности выше прав человека. Можно согласиться с мнением исследователей, что «суть решения ЕСПЧ по делу Бехрами и причина, обуславливавшая принятие таких выводов, состоит в желании ЕСПЧ избежать открытого конфликта с Советом Безопасности и считаться с мнением организации универсальной юрисдикции, выполняющей задачу по поддержанию коллективной безопасности».²⁵

На этом фоне явным диссонансом прозвучало решение Суда ЕС от 3 сентября 2008 г., рассмотревшего в порядке апелляции и отменившего решение СПИ по делу Kadi.²⁶ Более того, Суд ЕС признал незаконными Регламенты Европейского Союза, принятые во исполнение соответствующих резолюций Совета Безопасности. Таким

22 Kirsch N. Beyond Constitutionalism: The pluralist structure of postnational law. – Oxford University Press, 2010. – С. 167.

23 Behrami v. France, Saramati v. France, Germany and Norway, Appls № 71412 & 78166/01 (May 2, 2007).

24 Дело Behrami/Saramati касалось вопросов ответственности за нарушения прав человека, допущенные временной администрацией ООН, а также силами безопасности, находящимися под контролем ООН.

25 Burka G., de. The European Court of Justice and the international legal Order // Harvard International Law review. – Vol. 51. – № 1, 1-49. – С. 17.

26 Joined cases C-402/05 и C-415/05, Jasin Abdullah Kadi and Al Barakaat International Foundation v. Council of the European Union and the Commission of the European Communities [2008] ECR I-0635. П. 308 решения.

18 Wet E., de. Op. cit.

19 Там же. – С. 302–303.

20 Ramses A. Wessel. Editorial. The UN, the EU and *jus cogens* // International Organization Law review. – 2006. – № 3, 1-6. – С. 4.

21 Michaelsen C. The incompatibility of the UN Security Council's 1267 sanctions regime with European due process guarantees // Melbourne Journal of International Law. – 2009. – Vol. 10. – С. 42.

образом, впервые в истории судебных процессов, инициированных лицами, включенными в сводный список, решение было вынесено в пользу заявителя. Крайне интересны рассуждения Суда ЕС, последовательно проанализировавшего аргументы СПИ.

Суд ЕС, отвечая СПИ на утверждение о приоритетности обязательств государств по Уставу ООН перед обязательствами по любому другому договору, начал с заявления о том, что «международный договор (и Устав ООН. – прим. автора) не может затрагивать распределение полномочий, зафиксированное в договоре о ЕС, и, следовательно, автономность правопорядка ЕС» (п. 282 решения). Кроме этого, «обязательства, налагаемые международными договорами, не могут иметь эффектом ущемление конституционных принципов правопорядка ЕС, в число которых входит и принцип, что все акты ЕС должны уважать основные права человека. Уважение основных прав человека является условием правомерности этих актов для Суда ЕС...» (п. 285 решения). Таким образом, Суд ЕС заявил о своей компетенции рассматривать вопросы правомерности любых внутренних актов ЕС, имплементирующих решения международных организаций, на предмет соответствия этих внутренних актов основным правам человека (п. 286 решения).

В силу этого Суд опроверг позицию СПИ в отношении судебного контроля (пусть и косвенного) над решениями Совета Безопасности, заявив, что рассмотрение вопросов законности решений международных организаций не относится к исключительной компетенции судов Европейского Союза, даже если такой контроль будет сведен к вопросу соотносимости решений международных организаций с нормами *jus cogens* (п. 287 решения).

Кроме того, как заявил Суд ЕС, не может найти себе подтверждение в Договоре о ЕС само утверждение, что на уровне ЕС существует какой-либо судебный иммунитет регламентов, принятых во исполнение резолюций Совета Безопасности ООН, вытекающий из приоритета на уровне международного права обязательств по Уставу ООН и в особенности тех из них, которые касаются имплементации резолюций Совета Безопасности ООН, принятых в соответствии с Главой VII Устава (п. 300). Таким образом, Суд ЕС, ссылаясь на автономный характер правопорядка ЕС, отказался использовать статью 103 Устава ООН при установлении своей компетенции.

Заявленный Судом Первой Инстанции абсолютный приоритет резолюций Совета Безопасности не может быть поддержан аргументом о том, что обязательства по Уставу ООН занимают высшее место в иерархии норм Европейского Союза. По мнению Суда ЕС, что подкрепляется его устоявшейся судебной практикой, первичное право ЕС имеет приоритет над Уставом ООН, как и над любым другим международным договором (п. 305 и 308 решения).

Признав определенные улучшения в работе Комитета по санкциям, в том числе предоставленную лицам, включенным в список, возможность напрямую обращаться в Комитет по санкциям, Суд, тем не менее, заявил, что процедура работы Комитета по санкциям в отношении включения в список и исключения из него остается по-прежнему дипломатической и межправительственной (п. 323 решения). В силу этого «суды ЕС должны обеспечить рассмотрение, в принципе полное рассмотрение», правомерности мер ЕС, принятых во исполнение резолюций Совета Безопасности ООН в рамках Главы VII Устава ООН, на предмет их соответствия основным правам человека, которые являются составной частью общих принципов права ЕС (п. 327 решения).

Суд ЕС установил, что в отношении заявителя были нарушены его право на защиту, в особенности право на то, чтобы быть заслушанным органом, принявшим решение о его включении в список, а также его право на собственность, и признал данные регламенты недействительными. Допуская, однако, что меры по замораживанию активов заявителя могли быть вполне обоснованы, Суд ЕС постановил, что оспариваемый регламент, а также включение имени заявителя в список, являющийся приложением к нему, должны сохранять действие на 3 месяца, чтобы дать Совету ЕС возможность внести в оспариваемый регламент необходимые изменения.

Решение Суда ЕС, так же как и отмененное им решение СПИ, вызвали многочисленные комментарии со стороны исследователей как права ЕС, так и международного права.²⁷

Весьма резкой и эмоциональной критике решение Суда ЕС по делу Kadi подверглось со стороны одного из наиболее авторитетных исследователей права ЕС Дж. де Бурка.²⁸ Начав с констатации того, что «важные части рассуждения Суда выражены в шовинистском и приходящем тоне»,²⁹ она прямо заявила, что дело Kadi представляет собой «прямую конфронтацию между системой ООН по поддержанию мира и безопасности с ее стремлением к общему применению и универсальной нормативной силой и системой ЕС, находящейся где-то между международной организацией и конституционной формой правления».³⁰ Более того, по мнению де Бурка, Суд ЕС специально решил использовать этот момент для того, чтобы послать сильный и понятный сигнал по вопросу соотношения права ЕС и международного права и, более фундаментально, – по поводу автономии правопорядка ЕС.³¹

Именно на этом аспекте решения Суда ЕС по делу Kadi сосредоточили свои рассуждения многие другие комментаторы данного решения. Так, одни считали, что суд ЕС защитил права человека в ЕС, но ценой целостности международного права, выстраивая Крепость Европа и внося тем самым свою лепту в идущую фрагментацию международного права.³² Другие авторы приветствовали это решение, считая, что тем самым Суд ЕС отстаивал автономность правопорядка ЕС.³³

Однако мы считаем, что ближе к истине подошел уже процитированный выше Ч.Михаелсен, который считает, что проблемы, которые лежат в центре решения по делу Kadi, представляют целый комплекс фундаментальных вопросов о роли Совета Безопасности, укреплении основанной на праве международной системы и сохранении мира и безопасности в рамках верховенства права. «Эти вопросы включают в себя вопросы правового контекста, в рамках которого действует Совет Безопасности, пределы его приверженности верховенству права и международным нормам о защите прав человека».³⁴

27 Наиболее полный обзор комментариев о решении по делу Kadi см.: Poli S., Tzanou M. The Kadi rulings: A survey of the literature // *British Yearbook of European Law*. – 2009. – С. 533–558.

28 Burka G., de. Op.cit.

29 Там же. – С. 4.

30 Там же. – С. 5.

31 Там же.

32 См.: Tomuschat C. Op. cit. – С. 654–663; Ziegler Katya. Strengthening the rule of law but fragmenting international law: the Kadi decision of the ECJ from the perspective of human rights // *Hunan Rights Law review*. – 2009. – 9.

33 См., напр.: Lavranos N. Protecting European Law from International Law // *European Foreign Policy Review*. – 2010. – Vol. 5. – Issue 2. – С. 274.

34 Michaelsen C. Op. cit.

Как представляется автору, при оценке решения Суда ЕС необходимо отдавать себе отчет, что у Суда ЕС просто не было иного выхода. Позиция *hands-off*, то есть осознанного устранения от своей юрисдикции в этом случае (как поступили сначала Суд Первой инстанции, а за ним и ЕСПЧ в деле *Behrami/Saramari*) была полностью неприемлема для Суда ЕС по следующим причинам.

Во-первых, в случае отказа Суда ЕС признать свою юрисдикцию в деле *Kadi* дело неизбежно перекочевало бы в ЕСПЧ, который в этом случае мог и изменить своей позиции, заявленной им в решении по делу *Bosphorus*.³⁵ Это решение, вынесенное в 2005 г., стало основанием для своеобразного разграничения компетенции между ЕСПЧ и судами ЕС. В этом и последовавших за ним решениях ЕСПЧ отказывалась удовлетворять жалобы на действия государств, совершенные ими в рамках выполнения своих обязательств в качестве члена Европейского Союза, считая систему защиты основных прав и свобод в ЕС, включая устоявшуюся практику Суда ЕС, в качестве эквивалентной системе защиты и стандартам ЕСПЧ. В случае вполне вероятного изменения позиции ЕСПЧ обесценивалась и размывалась бы граница между юрисдикцией двух судов, выработанная в деле *Bosphorus*, а сам Суд ЕС терял бы как свое исключительное право на толкование норм права ЕС, так и свое место верховного арбитра в Европейском Союзе.

Во-вторых, в случае отказа судов ЕС рассматривать такие иски, рано или поздно в дело вмешались бы суды государств – членов ЕС, тем более некоторые из них уже имели для этого весь необходимый инструментарий. Так, например, Конституционный суд ФРГ в целой серии своих решений, получивших общее название *Solange*,³⁶ заявил, что до тех пор, пока защита прав человека осуществляется эффективно на уровне ЕС и в особенности в судебной практике Суда ЕС, он не видит необходимости осуществлять судебный контроль над актами вторичного права ЕС с точки зрения фундаментальных ценностей, закрепленных в Конституции ФРГ. В случае если вопросы соотношения санкций ООН и прав человека заставили бы Конституционный Суд ФРГ (или других стран) вмешаться ввиду отказа Суда ЕС осуществлять контроль над правомерностью актов ЕС, под угрозу бы ставилось само единство правопорядка ЕС.

В-третьих, следование логике Суда Первой Инстанции в деле *Kadi* для Суда ЕС было бы равнозначно отказу от своей столь последовательно разрабатывавшейся доктрины правопорядка ЕС как полностью автономного как от национального, так и международного права.

Все это говорило о том, что в данной ситуации Суду ЕС было просто некуда отступать, и он был вынужден принять этот невольный вызов со стороны Совета Безопасности. При этом в отличие от ЕСПЧ, у которого не было такой возможности, Суд ЕС для оппонирования Совету Безопасности использовал свою доктрину автономности правопорядка ЕС. Это дало ему возможность утверждать, что он рассматривает не вопросы правомерности решений Совета Безопасности, а только соответствие внутренних актов Евросоюза нормам о защите прав человека. Это позволило ему по крайней мере избежать лобового столкновения с Советом Безопасности, чего, очевидно, Суд ЕС не хотел ни в коей мере.

2. Режим санкций и позиция судов после решения суда ЕС по делу *Kadi*

Решение Суда ЕС по делу *Kadi* стало первым судебным решением, которое отменило внутренние меры, принятые государствами для имплементации резолюций Совета Безопасности. Судей совсем не смутил тот факт, что тем самым государства ЕС, среди которых имеется два постоянных члена Совета Безопасности, оказались формально в состоянии неисполнения данных резолюций, нарушив тем самым свои обязательства по статье 25 Устава ООН.

Вдохновленные решением Суда ЕС и оценив его аргументацию, национальные суды усилили свой критичный настрой в отношении недостатков системы санкций, рассматривая иски от лиц, включенных в сводный список, и перейдя от отказа в признании своей юрисдикции по этим делам к рассмотрению таких заявлений по существу.

На фоне шума, вызванного решением Суда ЕС по делу *Kadi*, остался до обидного незамеченным маленький мятеж против режима санкций 1267, предпринятый Комитетом по правам человека в рамках Пакта о гражданских и политических правах. В своем решении по делу *Sayadi and Vinck v Belgium*³⁷ Комитет по правам человека рассмотрел жалобу супружеской пары с четырьмя детьми, у которой в результате включения в сводный список с января 2003 г. оказались замороженными все сбережения. Уголовное расследование, предпринятое на национальном уровне, ни к чему не привело, и в 2005 г. бельгийский суд приказал правительству обратиться в Комитет по санкциям с целью исключения их из списка. Однако правительство отказалось это сделать, мотивировав свой отказ необходимостью исполнять резолюции Совета Безопасности. Комитет по правам человека мало того, что признал свою юрисдикцию по данному вопросу, так еще и установил, что действия бельгийских властей противоречили статьям Пакта о гражданских и политических правах, а именно статье 12 (право на свободу передвижения) и статье 17 (право на частную жизнь). Тем не менее, Комитет по правам человека не установил факта нарушения права на справедливое судебное разбирательство. В своих особых мнениях члены Комитета не скрывали своего негативного отношения к режиму санкций 1267. Так, член Комитета Н.Родли заявил, что «он не может понять, почему в течение около 10 лет после принятия резолюции 1277(1999) и семи лет после 11 сентября 2001 Совет (Безопасности – прим. автора) не разработал процедуры, более совместимые с ценностями прав человека, такими как прозрачность, подотчетность и беспристрастная, независимая оценка фактов».³⁸

Также вне внимания широкой публики остался факт, что более 50 государств в той или иной форме направили свои жалобы в Совет Безопасности в отношении недостатка прозрачности и отсутствия права на справедливое слушание в существующей системе контртеррористических санкций по резолюции 1267.³⁹

Наконец, обеспокоенность сложившейся ситуацией овладела и Генеральной Ассамблеей ООН, которая в своей резолюции от 18 декабря 2008 г. «Защита прав человека и основных свобод в условиях борьбы с терроризмом» настоятельно призвала государства «предусматривать при обеспечении выполнения их международных обязательств

35 *Bosphorus Hava Yollarti Turizm ve Ticaret AS v. Ireland* no. 45036/98, 30 June 2005.

36 *BVerfGE* 37, 271 (*Solange I*), *BVerfGE* 73, 339 (*Solange II*).

37 *Nabil Sayadi and Patricia Vinck v Belgium* (Communication no 1472/2006), Final Views by the Human Rights Committee, 22 October 2008.

38 Цит. по: Cheinin M. Is the ECJ Ruling in *Kadi* incompatible with International Law? // *British Yearbook of European Law*. – 2009. – 637–653. – С. 641.

39 *S/2005/72* para.37.

надлежащие гарантии уважения прав человека в их национальных процедурах включения в перечень физических и юридических лиц для целей борьбы с терроризмом».⁴⁰

В своем решении по делу *Othman v Council*⁴¹ (по сути требований идентичному делу *Kadi*), принятом 11 июня 2009 г., Суд Первой Инстанции, ссылаясь на аргументы и используя логику Суда ЕС в его решении по делу *Kadi*, аннулировал Регламент Совета ЕС в части включения заявителя в список. При этом, несмотря на просьбы ответчиков, СПИ отказался отложить вступление решения в силу (как это сделал Суд ЕС в своем решении по делу *Kadi*). В пунктах 96–98 решения СПИ заявил, что с учетом схожести требований заявителя с делом *Kadi*, а также принимая во внимание то, что с момента вынесения решения Судом ЕС по делу *Kadi* прошло более чем достаточно времени для того, чтобы институты ЕС смогли сами исправить допущенные процессуальные нарушения при включении заявителя в список, Суд не находит оснований для такой просьбы. Риск серьезного и невосстановимого ущерба эффективности режима санкций, на котором настаивали ответчики, перевешивается в глазах суда значительным воздействием ограничительных мер на заявителя (п. 99 решения).

Впечатленный и раздраженный юридической безысходностью дел в швейцарских судах, связанных с включением в сводный список (в первую очередь, это дело *Nada*, о котором речь еще будет идти ниже), Парламент Швейцарии в марте 2010 г. обратился к правительству с требованием заявить от отказе применять режим санкций в некоторых случаях, а именно тогда, когда лицо, включенное в список, не предстало перед судом в течение трех лет, не было в состоянии оспорить свое включение в судебный орган, и в отношении данного лица не было добавлено никаких новых публичных обвинений, начиная со дня включения в список. Как говорится в обращении парламента, «Федеральный Совет должен ясно дать понять (Совету Безопасности – прим. автора), что для демократического общества, основанного на верховенстве права, не представляется возможной ситуация, когда санкции, наложенные Комитетом по Санкциям, имеют своим результатом приостановление на годы и без какой-либо правомерности основных прав человека, которые провозглашены и пропагандируются ООН».⁴²

Немалую огласку получило решение Федерального Суда Канады по делу *Abdelrazik*,⁴³ рассматривавшего дело канадского гражданина, суданца по национальности, которого внесение в список застало в Судане. Вследствие этого заявитель оказался не в состоянии даже вернуться в Канаду, так как приобретенные им авиабилеты последовательно аннулировались в рамках запрета на передвижение лиц, внесенных в список, его средства в банках были заморожены, а Министерство иностранных дел Канады отказалось выдавать новый паспорт взамен уже истекшего. В своем решении судья, заслушав аргументы сторон, не стеснялся в оценках и заявил, что он «добавляет свое имя к тем, кто рассматривает 1267 режим как отказ в основных средствах судебной защиты и как необоснованный в соответствии с принципами международной защиты прав человека» (п. 51 решения).

40 Пункт 20 Резолюции Генеральной Ассамблеи ООН от 18 декабря 2008 г. «Защита прав человека и основных свобод в условиях борьбы с терроризмом», A/RES/63/185.

41 Case T-318/01 *Othman v Council of the European Union*.

42 <http://legalift.wordpress.com/2010/03/18/swiss-parliament-wants-opt-out-of-1267-sanctions-regime>.

43 T-727-08 *Abdelrazik v Minister of Foreign affairs & Attorney General of Canada* [209] FC 580.

Рассматривая процедуру исключения из списка и комментируя требование, что лицо, внесенное в список, должно в своем ходатайстве об исключении из списка представить объяснения, почему оно более не отвечает требованиям для включения его в список, канадский судья пишет, что «режим санкций 1267 представляет собой для человека, включенного в список, ситуацию, схожую с ситуацией Йозефа К. из «Процесса» Кафки, который проснувшись однажды утром, обнаружил, что он арестован по непонятным для него причинам и осужден за неизвестно какое преступление».⁴⁴

Канадский судья вынес решение через согласованную (исходя из целей) интерпретацию документов, лежащих в основе режима санкций 1267 и вводящих ограничения на передвижение людей, внесенных в список. Исходя из цели режима санкций 1267 – ограничить мобильность внесенных в список, судья определил, что для режима будет безразлично, будет ли заявитель ограничен в мобильности в Судане или в Канаде, и обязал министерство иностранных дел выдать ему заграничный паспорт, предоставить эскорт и обеспечить его перелет в Канаду (п. 129 решения).

Бесспорно, нарастающая критика Совета Безопасности и его режима санкций явно не способствовала укреплению его авторитета. В этой ситуации кажутся пророческими следующие слова одного из видных юристов-международников Р.Весселя, сказанные им еще в 2006 г. в комментарии к решению СПИ по делу *Kadi*: «Ценность решения по делу *Kadi* состоит в том, что эти решения окажут давление в направлении адаптации режима санкций. Без такой адаптации региональные и национальные суды могут оказаться вынужденными подвергнуть тщательному рассмотрению резолюции Совета Безопасности ООН. Как результат, пострадают единство и согласованность этого режима, эффективность санкций ООН и, в конечном счете, авторитет самого Совета Безопасности, а сам Совет окажется не в состоянии осуществлять свои функции, как того требует Устав ООН».⁴⁵

Нельзя сказать, что критичный подход к режиму санкций, как со стороны научных кругов, так и, в первую очередь, со стороны национальных и региональных судов, остался без внимания Совета Безопасности. Были предприняты меры по устранению наиболее очевидных дефектов данного режима санкций с точки зрения уважения основных прав человека. Сначала было разрешено с заблокированных счетов производить так называемые гуманитарные расходы (на приобретение продуктов, аренду и оплату жилья, медицинские цели). Затем, в соответствии с резолюцией Совета Безопасности 1730 в 2006 г. при Комитете по санкциям был создан так называемый центральный офис («focal point»). Его задачей стала обработка жалоб лиц, включенных в список, пересылка этих жалоб как государству, которое инициировало включение данного лица в список, так и государству, где проживает заявитель, а также информирование заявителя о результатах рассмотрения этих жалоб. Более серьезным нововведением, принятым в качестве своеобразного ответа на решение Суда ЕС по делу *Kadi*, стало создание в соответствии с резолюцией 1904 от 17 декабря 2009 г. поста Омбудсмана при Комитете по санкциям и назначение на эту должность судьи Международного Трибунала по бывшей Югославии Кимберли Прост. Омбудсман должен выступать в интересах заявителей

44 См. решение по делу T-727-08 *Abousfian Abdelrazik v Ministry of Foreign Affairs and the Attorney General of Canada*. П. 55.

45 Ramses A. Wessel. Op. cit. – С. 6.

жалоб на включение в список, получая эти жалобы, передавая их Комитету по санкциям и заинтересованным государствам, координируя работу по проверке обстоятельств, указанных в жалобе, а также представляя интересы заявителей в Комитете по санкциям. Более того, после включения какого-либо лица в список краткое изложение фактов, послуживших основой для принятия такого решения, направлялось данному лицу, а также оглашалось публично посредством размещения на сайте Комитета по санкциям. К сожалению, несмотря на уже высказанные ранее предложения о реформе системы санкций, роль Омбудсмана сводилась к представлению доклада в Комитет по санкциям, который вовсе был не обязан следовать выводам доклада и немедленно исключать данное лицо из списка. Решение об исключении из списка по-прежнему принималось членами Комитета по санкциям консенсусом. Таким образом, остался незатронутым один из ключевых недостатков системы санкций, а именно отсутствие возможности эффективно обжаловать как решение о включении в список, так и отказ об исключении из списка в независимый трибунал или суд, решение которого было бы окончательным и обязательным для Комитета по санкциям.

Парадоксальность и новизна ситуации для Совета Безопасности, уже ставшего предметом критики со стороны судов, состояла еще и в том, что все вышеуказанные меры, предпринятые Советом Безопасности по улучшению режима санкций 1267, последовательно подверглись внимательному и критическому анализу тех же самых судов в новых решениях. Своеобразная ирония ситуации состоит еще и в том, что последние меры Совета Безопасности, направленные на улучшение деятельности Комитета по санкциям (включая назначение Омбудсмана), были подвергнуты скрупулезному и критическому анализу опять-таки со стороны судов Европейского Союза, рассматривавших повторную жалобу все того же заявителя, Яссина Кади.

Выполняя решение Суда ЕС по делу *Kadi*, Комиссия ЕС запросила Комитет ООН по санкциям и получила от него краткое изложение информации, которая послужила основой для включения Яссина Кади в список. После этого Комиссия направила письмо Яссину Кади, приложив документы, полученные от Комитета по санкциям, и предложила ему дать свои объяснения перед тем, как Комиссия примет окончательное решение. В своем ответе Яссин Кади просил Комиссию раскрыть доказательства и документы, которые легли в основу той информации, которая была получена от Комитета по санкциям, а также попытался опровергнуть эту информацию, предоставив свои доказательства. Тем не менее, Комиссия на основе полученной информации приняла 28 ноября 2008 г. решение оставить Кади в списке лиц, подозреваемых в связях с Аль-Кайедой (регламент Комиссии № 1190/2008, который в 101-й раз изменил регламент № 881/2002). Яссин Кади обжаловал и это решение в Суд общей юрисдикции (General Court), так стал называться Суд Первой Инстанции после вступления в силу Лиссабонского Договора. 30 сентября 2010 г. этот суд вынес решение по делу, придав новую тональность ставшему к тому времени уже широко известному решению Суда ЕС.⁴⁶

Комиссия ЕС и выступившие на ее стороне правительства Франции и Великобритании настойчиво выражали в ходе процесса свою обеспокоенность возможным риском дезорганизации режима санкций в случае введения судебного контроля на национальном или региональном уровне. Кроме того, ответчики, а также правительства Англии и Франции признали, что у них нет на руках доказательств

причастности заявителя к Аль-Кайеде и, высказав мнение, что за этими доказательствами надлежит обращаться в Комитет по санкциям, выступили за предельно узкое судебное рассмотрение информации, представленной Комитетом по санкциям, ограничив это рассмотрение только лишь установлением очевидных ошибок, таких как ошибка в установлении личности заявителя (пункт 96 решения).

Суд отреагировал на такие утверждения весьма резко, заявив, что если интенсивность и глубина судебного рассмотрения будут ограничены пределами, за которые выступает Комиссия, то это уже не будет судебное рассмотрение в том виде, как требует Суд ЕС в решении по делу *Kadi*, а его симулякр (подобие) (пункт 123 решения).

Повторив аргументы, использованные Судом ЕС, о возможности и даже необходимости судебного контроля законности актов ЕС, принимаемых для исполнения резолюций Совета Безопасности, с точки зрения основных прав человека, Суд дословно воспроизвел формулировку Суда ЕС о том, что Суды Сообщества должны, в соответствии с полномочиями, предоставленными им Договором о ЕС, обеспечить рассмотрение, в принципе полное рассмотрение, законности этих актов.

Исходя из этого, Суд общей юрисдикции заявил, что своей задачей в данном деле он видит обеспечение «в принципе полного рассмотрения» законности оспариваемого регламента, без предоставления ему иммунитета от судебного рассмотрения только лишь на том основании, что данный регламент реализует резолюции, принятые Советом Безопасности в соответствии с Главой VII Устава ООН.

Суд также заявил, что критичные замечания в адрес процедуры исключения из списка, высказанные Судом ЕС, остаются по-прежнему актуальными, несмотря на создание должности Омбудсмана в соответствии с резолюцией 1904 (2009). По мнению Суда ЕС, «Совет Безопасности все еще не считает уместным создание независимого и беспристрастного органа, ответственного за слушания и принятие мер, с точки зрения права и факта, в отношении индивидуальных решений Комитета по санкциям. Минусы существующей системы Суд видит в сохранении принципа консенсуса в комитете по санкциям при принятии решения об исключении из списка, а также в том, что объем доказательств, которые передаются заинтересованному лицу, целиком находится на усмотрении самого государства, которое и инициировало процедуру включения данного лица в список. Более того, отсутствует механизм для обеспечения данного лица адекватной информацией для того, чтобы эффективно защищать себя.

С учетом этого, делает вывод Суд, рассмотрение судами ЕС мер по замораживанию активов может быть эффективным, только если оно косвенно касается существенных оценок, сделанных Комитетом по санкциям, и доказательства, лежащих в их основе (пункт 129 решения).

Суд, понимая риски, связанные с предоставлением конфиденциальной информации, полученной зачастую из секретных источников, лицу, внесенному в список, тем не менее, заявляет, что это не означает, что ограничительные меры не подлежат любому рассмотрению судами ЕС просто в силу утверждения, что акты, лежащие в их основе, касаются безопасности и терроризма. «В этом случае задачей судебных органов ЕС является применение в ходе судебного рассмотрения специальных методов, которые позволят примирить, с одной стороны, закономерные вопросы безопасности источников информации, которая принималась во внимание при принятии данных мер, и, с другой стороны, предоставить индивиду достаточный уровень процессуальной защиты» (пункт 134 решения).

⁴⁶ Case T-85/09 *Kadi v European Commission*, judgment 30 September 2010.

Из этого Суд делает вывод, что рассмотрение (в принципе, полное рассмотрение) им оспариваемых мер должно охватывать не только существо оспариваемых актов, но и доказательства и информацию, на которой основывались данные акты (пункт 135 решения).

Понимая необходимость ограничения процессуальных прав заявителя в силу особенностей борьбы с терроризмом, Суд исходит из того, что данные ограничения могут быть уравновешены строгим судебным рассмотрением, независимым и беспристрастным (пункт 144 решения), а судебные органы ЕС должны быть в состоянии провести проверку законности данных мер, несмотря на возможные возражения, что использованная при принятии решения информация и материалы являются секретными или конфиденциальными.

Суд общей юрисдикции сослался, в том числе, и на практику ЕСПЧ, который в своем решении по делу *Chahal*⁴⁷ установил, что хотя использование конфиденциальной информации может быть возможным в случае вопросов национальной безопасности, это не означает, что национальные власти полностью свободны от судебного контроля со стороны национальных судов только в силу утверждения, что данное дело касается национальной безопасности и терроризма.

Далее Суд перешел к оценке рассматриваемых мер с точки зрения их временного характера и последствий для заявителя. Суд указал, что, по убеждению Совета Безопасности, выраженному в нескольких резолюциях, меры по замораживанию активов являются превентивными по своей сути и не основаны на стандартах уголовного процесса, установленных в национальном праве. С такой оценкой принятых мер согласились в своих решениях и Суд первой инстанции, и Суд ЕС, которые охарактеризовали меры по замораживанию активов как «временные меры предосторожности», которые в отличие от конфискации не затрагивают самого существования права лица на собственность, но только ее использование (п. 248 решения СПИ и п. 258 решения Суда ЕС).

Тем не менее, Суд общей юрисдикции указал, что все активы заявителя заморожены уже около 10 лет, и он не может получить доступ к ним без предварительного разрешения Комитета по санкциям. По весьма резкому заявлению Суда, «10 лет в масштабе человеческой жизни в действительности представляют весьма значительный период времени, и вопрос классификации данных мер как превентивных или карательных, защитных или конфискационных, гражданско-правовых или уголовно-правовых, является сейчас открытым» (пункт 150 решения). Исходя из этого, Суд считает уже своим долгом заявить, что данные меры являются драконовскими, и приводит слова Верховного Суда Великобритании о том, что лица, попавшие в список, стали заложниками государства» (*Ahmed and others para 60 and 192*).

Судебное рассмотрение показало, что право заявителя на защиту было соблюдено в наиболее формальном и поверхностном смысле. Суд установил, что нарушены права заявителя на защиту и право на эффективное судебное рассмотрение, с учетом того, что Суду не было представлено Комиссией никаких материалов и доказательств. А также то, что оспариваемый регламент был принят с нарушением принципа пропорциональности в отношении права заявителя на собственность. С учетом этого Суд общей юрисдикции принял решение аннулировать регламент в отношении включения в него заявителя.

История с делом *Kadi* еще далека от завершения. Решение Суда общей юрисдикции было обжаловано ответчиками в Суд ЕС. Кроме этого, по состоянию на март 2011 г. своей очереди на рассмотрение в судах ЕС ожидают более 40 дел, связанных с различными режимами санкций, введенных Советом Безопасности ООН. Из них пять дел, непосредственно связанных с режимом санкций 1267, находятся в Суде общей юрисдикции, а Суд ЕС рассматривает три апелляции на решения Суда общей юрисдикции по вопросам режима санкций 1267.⁴⁸ Среди вопросов, которые надлежит рассмотреть судам в этих делах, находятся, в том числе, и вопросы выплаты компенсации при отмене решения о включении в список.

В ближайшее время ожидается вынесение решения ЕСПЧ сразу по двум делам, которые касаются вопросов соотношения резолюций Совета Безопасности и Европейской Конвенции о защите прав человека и основных свобод. 23 марта 2011 г. Большая палата ЕСПЧ рассмотрела в открытом слушании дело *Nada v. Switzerland* о соответствии решений органов власти Швейцарии, включивших истца в список заподозренных в пособничестве терроризму во исполнение резолюций Совета Безопасности ООН 1267. Заявитель остается в списке с 9 ноября 2001 г., несмотря на то, что на национальном уровне следствие по его делу не дало результатов и было прекращено. Являясь гражданином Италии и проживая в крошечном итальянском анклавом на территории Швейцарии, заявитель в силу запрета на передвижение не может въехать на территорию Швейцарии, то есть не может вообще покинуть место жительства. Учитывая последние тенденции в решениях судов ЕС, ЕСПЧ в своем решении рассмотрит вопросы соответствия режима санкций Совета Безопасности правам человека, а также то, насколько сам Совет Безопасности обязан им следовать.⁴⁹ С учетом последних решений судов ЕС представляется более чем вероятным, что в этом деле ЕСПЧ установит факты нарушения органами власти Швейцарии положений Европейской Конвенции о защите прав человека и основных свобод и отойдет от своей позиции абсолютного приоритета резолюций Совета Безопасности над нормами о защите прав человека, занятой им в деле *Behrami/Saramati*. С учетом крайне деспотического характера и жесткости санкций в отношении заявителя вполне возможно признание принятых по отношению к заявителю мер в качестве мер квази-уголовного преследования, что, исходя из устоявшейся практики ЕСПЧ, должно обязательно сопровождаться справедливым судебным разбирательством. Также вероятно рассмотрение ЕСПЧ вопроса о презумпции невиновности при введении режима санкций в отношении частного лица (этот вопрос еще ни разу не был исследован судами).

С нетерпением ожидается также решение ЕСПЧ по делу *All Jedda*, в котором речь идет о нарушении прав заявителя, гражданина Великобритании, но иракца по рождению, при его задержании на протяжении почти 3 лет британскими военными служащими в Ираке. Несмотря на всю схожесть ситуации с делом *Behrami/Saramati*, ЕСПЧ однозначно при вынесении решения будет принимать во внимание решения судов ЕС по делу *Kadi* и все-таки должен рассмотреть вопрос о соотношении резолюций Совета Безопасности с региональными нормами о защите прав человека.

48 Данные из Communication of the Committee of legal advisers on public international law (CAHDI), UN sanctions and respect for human rights, March 21, 2001 page 2 // http://www.coe.int/t/dlapil/cahdi/un_sanctions/EU%20UN%20Sanctions%20March%202011_%20EN.pdf.

49 ECHR Grand Chamber to hear case Challenging Legality of UN Security Council Sanctions // <http://www.ejiltalk.org/echr-grand-chamber-to-hear-case-challenging-legality-of-un-security-council-sanctions>.

47 См.: пункт 135 решения. Дело *Chahal v. United Kingdom of 15 November 1996*, Reports of Judgments and Decisions 1996-V, § 131.

3. Выводы

Длющаяся уже более 7 лет история оппонирования со стороны национальных и региональных судов режиму санкций 1267 позволяет сделать уже сейчас несколько выводов.

Во-первых, реальностью стала сама твердая и обоснованная позиция судов ЕС. Это дает все основания согласиться с мнением, что Европейский Союз движется от позиции автоматического соблюдения санкций Совета Безопасности к позиции контролируемого исполнения, нравится это Совету Безопасности или нет.⁵⁰

Во-вторых, стало очевидно, что Совет Безопасности уже сам оказался в ситуации непростого выбора. С одной стороны, возможно продолжение противостояния с национальными и региональными судами и, как результат, эрозия режима санкций 1267, а с другой стороны, ощущается потребность в кардинальном пересмотре самого отношения Совета Безопасности к режиму индивидуальных санкций с учетом новой ситуации. Исходя из этого, уже появились предложения о создании квази-судебного органа на уровне Комитета по санкциям, который рассматривал бы жалобы лиц, включенных в сводный список. Так, И.Камерон пишет, что для всех вовлеченных акторов, Суда ЕС, ЕСПЧ, европейских членов Совета Безопасности и для самого Совета Безопасности, будет в значительной степени предпочтительным, если необходимые эквивалентные стандарты будут созданы на уровне ООН, тем самым устраняя риск конфронтации.⁵¹ О необходимости создания при Совете Безопасности независимого судебного трибунала, который будет открыт только для лиц, включенных в список, и будет способен предоставлять эффективную судебную защиту этим лицам, говорят и другие авторы, в первую очередь американские.⁵²

Однако представляется, что такие предложения и инициативы запоздали. Джин выпущен из бутылки, и, как уже указывалось выше, любые нововведения в режиме санкций будут весьма критично оцениваться и анализироваться национальными и региональными судами при рассмотрении уже поданных исков. При этом за судами все равно останется последнее слово. Возвращение же на уровень ООН судебного контроля над имплементацией режима 1267, каким бы желательным оно ни казалось, уже не представляется возможным. Здесь можно только согласиться с мнением М.Шейнина, специального докладчика ООН по обеспечению и защите прав человека и основных свобод в ходе борьбы с терроризмом. В своей работе по поводу решения Суда ЕС по делу Kadi он заявил, что попытки все дальше совершенствовать режим санкций 1267, скорее всего, не пройдут тест адекватной или эквивалентной защиты, примененный судом ЕС в деле Kadi при перечислении судом недостатков данного режима санкций. «У нас есть информация» может оказаться достаточной основой для включения кого-то в список Комитетом по санкциям, состоящим из дипломатов, но это никогда не будет разрешено в ходе справедливого слушания».⁵³ Правота его слов была более чем убедительно подтверждена решением Суда общей юрисдикции по делу Kadi-2 в сентябре 2010 г.

50 Novell D. A house of Kadis? Recent challenges to the UN Sanctions regime and the continuing response to the ECJ Decision in Kadi // <http://www.ejiltalk.org/a-house-of-kadis-recent-challenges-to-the-un-sanctions-regime-and-the-continuing-response-to-the-ecj-decision-in-kadi/>.

51 Cameron I. Op. cit. – С. 28.

52 Smith J., Barth K. When due process become dangerous: the Security Council's 1267 Regime and the need for Reform // Boston College International and Comparative Law Review. – 2010. – Vol. 33. – Issue 1. – С. 1–41.

53 Cheinin M. Op. cit. – С. 652.

В-третьих, существующая ситуация с режимом санкций 1267 должна быть предметом особого беспокойства для России. И вопрос не идет в том, что в результате решений судов ЕС режим санкций утрачивает свою эффективность. Речь может пойти о возмещении ущерба Ясину Кади и другим лицам, в отношении которых уже вынесены или будут вынесены судебные решения об исключении их из национальных списков. Особый интерес в этом контексте представляют рассуждения западных исследователей о том, что в этом случае возможна ответственность либо государств, непосредственно реализовавших санкции в отношении заявителей, либо (как более предпочтительный вариант) государств, принимавших соответствующее решение Совета Безопасности и Комитета по санкциям о включении заявителя в сводный список. Причем в последнем случае, в отличие от первого, особую роль будет играть возможность выбора у государств – членов Совета Безопасности и Комитета по санкциям, в том числе и через право вето при принятии решения.⁵⁴

Однако главное для России в случае с решениями национальных и региональных судов в отношении режима санкций заключается даже не в вопросе компенсации, а в ослаблении авторитета Совета Безопасности и росте критики в его адрес.⁵⁵ Место постоянного члена Совета Безопасности относится к числу тех факторов, которые определяют место России среди супердержав. Все усилия российской дипломатии должны быть направлены на предотвращение нанесения непоправимого ущерба роли и авторитету Совета Безопасности. Применительно к конфликту с национальными и региональными судами нужно сделать вывод, что данный конфликт был невольным инициирован самим Советом Безопасности. Недостаточно просчитанные последствия принятых решений, абсолютно верных по существу, но не по форме, в сочетании с очевидным ростом влияния и авторитета региональных судов, их взаимодействия с национальными судами, не оставили судам иного выхода, как принять этот невольный вызов. Скорейшее завершение этого противостояния через серьезную модификацию режима санкций однозначно должно отвечать интересам России. С учетом того, что возвращение судебного контроля за имплементацией режима санкций 1267 на уровень ООН представляется малореальным и чревато лишь продолжением противостояния с судами, может быть, стоит прислушаться к мнению все того же М.Шейнина, который предлагает в принципе отменить Резолюцию 1267 и заменить ее в отношении Аль-Кайеды и Талибана Резолюцией 1373 (2001), предполагающей составление и ведение национальных списков лиц, причастных к терроризму, и применение к ним национальных санкций, но под контролем Совета Безопасности.⁵⁶ В этом случае эффективный судебный контроль будет осуществляться на национальном уровне, что и происходит в настоящее время с уже имеющимися списками в рамках Резолюции 1373.⁵⁷

54 Cameron I. Op. cit. – С. 26–27.

55 Здесь достаточно привести весьма желчное мнение де Бурка, который заявил следующее: «Его (Совета Безопасности. – прим. автора) аномальный и обусловленный историей состав, а также глубокие идеологические разногласия и политические битвы... калечат его функционирование, ослабляют его легитимность как главного органа, отвечающего за международный мир и безопасность» (Burka G., de. Op. cit. – С. 10–11).

56 Cheinin M. Op. cit. – С. 652.

57 См., напр.: решения Суда первой инстанции по делам ОМПИ (Дело T-228/02 Organisation des Modjahedines du peuple d'Iran v Council [2006] ECR II-4665), ПМОИ (Дело T-256/07 People's Mojahedin Organization of Iran v Council [2008] ECR II-3019; Дело T-284/08 People's Mojahedin Organization of Iran v Council [2008] ECR II-3487).

Оценивая в целом решение по делу Kadi и ситуацию вокруг и после него с точки зрения международного права и интересов международного сообщества, автор не склонен видеть в этом угрозу для международного права. Да, эта ситуация принципиально новая и некомфортная как для судов, так и для Совета Безопасности и входящих в него государств. При этом было бы крайним упрощением видеть в позиции судов лишь человеческую симпатию к лицам, включенным в список. Проблемы, поднятые решением Суда ЕС по делу Kadi, гораздо глубже и масштабнее. И с этой точки зрения автор абсолютно согласен с мнением, что решение Суда должно рассматриваться как инициатива для дальнейшего развития и укрепления международного права, а не как отступление от международного права.⁵⁸

Пристатейный библиографический список

1. Burka G., de. The European Court of Justice and the international legal Order // Harvard International Law review. – Vol. 51. – № 1, 1-49.
2. Cheinin M. Is the ECJ Ruling in Kadi incompatible with International Law? // British Yearbook of European Law. – 2009. – 637–653.
3. Fassbinder B. «Targeted sanctions and due process», study commissioned by United Nations Office of legal affairs // www.un-treaty.un.org/ola/media/info_from_lc/Fassbinder_study.pdf.
4. Lavranos N. Protecting European Law from International Law // European Foreign Policy Review. – 2010. – Vol. 5. – Issue 2.
5. Kirsch N. Beyond Constitutionalism: The pluralist structure of postnational law. – Oxford University Press, 2010.
6. Michaelsen C. The incompatibility of the UN Security Council's 1267 sanctions regime with European due process guarantees // Melbourne Journal of International Law. – 2009. – Vol. 10.
7. Poli S., Tzanou M. The Kadi rulings: A survey of the literature // British Yearbook of European Law. – 2009.
8. Ramses A. Wessel. Editorial. The UN, the EU and jus cogens // International Organization Law review. – 2006. – № 3, 1-6.
9. Smith J., Barth K. When due process become dangerous: the Security Council's 1267 Regime and the need for Reform // Boston College International and Comparative Law Review. – 2010. – Vol. 33. – Issue 1.
10. Tomuschat C. The Kadi case: what relationship is there between the universal legal order under the auspices of the United Nations and the EU legal order? // British yearbook of European law. – 2009.
11. Tzanakoulous A. Domestic court reactions to UN Security Council sanctions // Journal of International Criminal Justice. – 2010. – Vol. 8. – Issue 1.
12. Wet E., de. The role of European Courts in the Development of the hierarchy of norms within International Law: evidence of constitutionalism? // European Constitutional Law Review. – 2009. – № 5.
13. Ziegler Katya. Strengthening the rule of law but fragmenting international law: the Kadi decision of the ECJ from the perspective of human rights // Hunan Rights Law review. – 2009. – 9.

58 Eekhout P. Kadi and Al-Barakaat: Luxembourg is not Texas or Washington DC // <http://www.ejiltalk.org/kadi-and-al-barakaat-luxembourg-is-not-texas-or-washington-dc>.

Читайте
ЧЕШСКИЙ ЕЖЕГОДНИК
МЕЖДУНАРОДНОГО ПРАВА
Выпуск 2.2011.

Инсур Фархутдинов
Иностраный инвестор
и принимающее государство:
необходим баланс интересов (с. 231–248),
а также и другие статьи по правовому
режиму иностранных инвестиций.

Insur Zabirovich Farkhutdinov Foreign Investor and Host State: Need for Balance Interests

Key words:
globalization |
international law |
State sovereignty |
foreign investments
| host state |
liberalization | TNC |
Calvo clause | ICSID |
Most Favoured Nation
| National Treatment

Abstract | Nowadays the problems of state sovereignty have become very important. Massive transnational capital flows influence economic sovereignty of developing transition countries. By using their super mobility TNCs are able to accumulate massive financial resources very quickly in separate branches of the national economy in order to snatch surplus profit and swiftly remove one's investment from the recipient country. One party of an investment transaction is usually a sovereign state whose interests, rights and obligations significantly differ from those of private stakeholders. The host state must also take into consideration political, social, cultural and other factors that are not peculiar to the private investor. Nowadays many countries have started to regulate foreign investments in order to achieve domestic policy objectives. Every sovereign state must pursue its own investment policy that is intended to give strong incentives to foreign investors. The state sovereignty is the base for foreign investment regulation, and this has been recognized by norms of international and domestic law. The effective implementation of international law and its functions in foreign investments requires the harmonization of interaction in regulation on a two-tiered basis (international and national).

Insur Zabirovich Farkhutdinov,
Doctor of Law, Leading
Researcher of the
Institute of State
and Law (Sector of
international legal
research) of the Russian
Academy of Sciences,
Editor-in-chief of the
Eurasian Law Journal
(Moscow).
Areas of specialization:
Public International
Law, International
Investment Law, state
sovereignty. Author
of monographs and
articles on some aspects
of legal regulation of
foreign investments.
e-mail: insur_il@
rambler.ru