

# Международное право защиты инвестиций и сравнительное публичное право: основания и методы публично-правовой модели инвестиционного арбитражного судопроизводства

Штефан В. Шилл\*

*\*Автор является референтом Гейдельбергского Института Макса Планка по зарубежному публичному и международному праву, авторней права (Нью-Йорк). Статья основывается на публикации автора в книге *International Investment Law and Comparative Public Law, 2010. «Дайджест публичного права»* Гейдельбергского Института Макса Планка выражает благодарность издательству «Бек», 80791 Мюнхен (С.Н. Бек, 80791 München) и автору за разрешение перевести и напечатать данную статью. Оригинал статьи: **Stephan Schill, Internationales Investitionsschutzrecht und Vergleichendes Öffentliches Recht: Grundlagen und Methode eines öffentlich-rechtlichen Leitbildes für die Investitionsschiedsgerichtsbarkeit**, in: *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht* (2011), 247.*

Резюме	72
1. Введение	72
2. Дефициты международного права защиты инвестиций	76
3. Институциональная реформа или имманентная системе гармонизация	82
4. Международное право защиты инвестиций как публичное право	85
5. Инвестиционное арбитражное судопроизводство как осуществление публичной власти	95
6. Международное право защиты инвестиций и сравнительное публичное право	104
7. Право защиты инвестиций и общие принципы публичного права	108
8. Заключение	120

## Резюме

Международное право защиты инвестиций и инвестиционное арбитражное судопроизводство нередко рассматриваются их критиками как угроза фундаментальным принципам национального публичного права, в особенности принципам демократии и верховенства права. Подобная критика нередко сопровождается требованиями глубоких институциональных реформ данной правовой сферы вплоть до предложений об упразднении инвестиционного арбитражного производства. В настоящей статье такому радикальному критическому отношению противопоставляется более умеренный подход к возможному реформированию институтов международного инвестиционного права. Он реагирует на вызовы принципам публичного права, которые ставит им современное право защиты инвестиций, посредством интеграции элементов публично-правового мышления в инвестиционное арбитражное производство. При этом сложившиеся и существующие на сегодняшний день институциональные рамки инвестиционного права, как таковые, не ставятся принципиально под вопрос. В рамках предлагаемого подхода и само международное право защиты инвестиций, и инвестиционное арбитражное производство рассматриваются как публично-правовые категории. Соответственно и правовые проблемы, существующие в сфере международной защиты инвестиций, решаются при помощи специфических публично-правовых методов. Особое значение приобретает в этой связи публично-правовая компаративистика. На этой основе разрабатывается публично-правовая модель инвестиционного арбитражного производства, которая, закладывая фундамент публично-правовой догматики международного права защиты инвестиций, может способствовать тому, чтобы повысить степень признания и легитимности данной области права.

## 1. Введение

Международное право защиты инвестиций представляет собой в настоящее время, пожалуй, наиболее динамично развивающуюся область международного права и международного разрешения споров. Оно не только характеризуется возрастающим значением на практике, но и во все большей степени оказывается в фокусе правовой теории. Данная отрасль права, утвердившаяся по существу лишь в последнюю декаду,<sup>1</sup>

---

<sup>1</sup> Международное право защиты инвестиций, как составная часть международного права в области защиты прав иностранцев, имеет уже весьма длительную традицию.

сталкивается с серьезными вызовами и нередко подвергается фундаментальной критике. При этом государства, инвесторы, неправительственные организации, а также правовая доктрина (как на уровне международного права, так и на уровне национального публичного права) ставят нередко под вопрос саму легитимность международного права защиты инвестиций.<sup>2</sup>

Вместе с тем, теоретическим вопросам международного права защиты инвестиций, несмотря на растущее количество научно-правовых публикаций по данной проблематике, уделяется по настоящее время, скорее, недостаточное внимание. По этой причине в практике правовой защиты инвестиций нередко возникают трудности при обосновании возражений критикам инвестиционного права. В первую очередь, отсутствуют общетеоретические рамки научно-правового осмысления международного права защиты инвестиций как единого целого, а также убедительное догматическое обоснование его более конкретных проблем. Дополнительной трудностью является также то, что в процессе научно-правовой разработки данной отрасли права подходы с ориентацией на частное право, которые имеют своим истоком торговый арбитраж, с одной стороны, и публично-правовые подходы, с другой, конкурируют между собой. Противоположность принципиальных установок, лежащих в основе этих подходов, порождает значительную часть фундаментальной критики в отношении структуры, функционирования и общей направленности всей системы международно-правовой защиты инвестиций.

Для того, чтобы обозначить теоретико-догматические рамки для международного права защиты инвестиций, которые смогли бы повысить степень его легитимности и признания со стороны государств, инвесторов и гражданского общества, в настоящей статье предлагается сугубо публично-правовое понимание международного инвестиционного права. Исходной точкой подобного публично-правового подхода является представление о том, что международное право защиты инвестиций служит не только обеспечению договоренностей, достигнутых в соглашении между иностранным инвестором и принимающим государством. Оно также выполняет и выходящую за эти пределы

---

Тем не менее, эта традиция охватывает, прежде всего, материальное право. Реализация последнего, как правило, осуществлялась, в первую очередь, в рамках института «дипломатической защиты». В комбинации с инвестиционным арбитражным производством инвестиционное право подверглось, однако, фундаментальным изменениям. Основы для подобной эволюции были заложены в поздние 1950-е годы, а их практическое воплощение последовало лишь в конце 1990-х годов. Более подробно см. *A. Newcombe/L. Paradell, Law and Practice of Investment Treaties – Standards of Treatment*, 2009, 1 и сл., 41 и сл., 57 и сл.

<sup>2</sup> См. ниже часть 2, сноски 17-23 и сопровождающий основной текст.

регуляторно-политическую функцию на уровне мирового экономического порядка в эпоху глобализации. Данная регуляторно-политическая функция заключается в том, что соглашения о защите инвестиций устанавливают принципы, которые обеспечивают иностранным инвесторам защиту собственности, правовую защищенность и обращение в соответствии с постулатами правового государства (верховенства права). Эти принципы гарантируют снижение так называемого «политического риска»<sup>3</sup> при предоставлении иностранных инвестиций. Таким образом, хотя право защиты инвестиций в целях разрешения инвестиционных споров прибегает к арбитражному производству, оно берет на себя выполнение функций, которые стоят ближе к (национальному) административному и конституционному праву, чем к частноправовым принципам торгового арбитража.

Вместе с тем, несмотря на подобную функциональную эквивалентность регулирования правоотношений между инвестором и государством, международному праву защиты инвестиций не хватает той понятийной и догматической ясности, которая характерна для национального публичного права. Поэтому в целях разработки догматических основ международного права защиты инвестиций, определения правил толкования соглашений о защите инвестиций, понимания роли и характеристики правомочий арбитров в инвестиционных спорах, а также для выработки предложений относительно возможных реформ настоящая публикация предлагает обратиться к выводам и решениям, выработанным в рамках публично-правовой компаративистики и сравнительного публичного права. Под сравнительным публичным правом в данной статье понимаются при этом те принципы и правила, которые выводятся в публичном праве посредством сравнительно-правовых методов. При всём этом речь не обязательно идёт о действующем праве, а о комплексе правил, который может служить догматическому формированию международного права защиты инвестиций. В сравнительно-правовом плане следует при этом обращаться как к административному и конституционному национальному праву, так и, в целом, к общему международному публичному праву. Обращение к сравнительному публичному праву должно в этом смысле служить моделью научно-правового познавательного процесса и процесса систематизации международного инвестиционного права. Сравнительное публичное право одновременно может иметь не только практическое значение, но и способствовать тому, чтобы повысить степень

---

<sup>3</sup> О понятии «политического риска» и об арбитражной процедуре разрешения споров как форме менеджмента (управления) риска см. *N. Rubins/N. S. Kinsella, International Investment, Political Risk and Dispute Resolution, 2005, 1, 261 и сл.* По вопросу о значении политического риска в процессе принятия решений об инвестициях с позиций предпринимателей см. *World Bank, World Development Report 1997, 34 и сл.*

приемлемости и легитимности этой области права, не ставя при этом принципиально под вопрос само инвестиционное арбитражное производство.<sup>4</sup>

Первая часть данной статьи посвящена причинам, обуславливающим необходимость новых концептуальных и догматических подходов, цель которых - отреагировать на критику международного права защиты инвестиций и инвестиционного арбитражного производства. Затем в статье показывается, что наиболее многообещающий путь укрепить приемлемость и легитимность международного права защиты инвестиций состоит в развитии т.н. системоимманентных подходов, т.е. подходов, имманентных существующей системе и не ставящих под сомнение само ее существование. Радикальные институциональные реформы связаны, напротив, с большими трудностями (часть третья). При «реформистских» подходах, имманентных существующей системе, должна подчеркиваться природа международного права защиты инвестиций как публично-правовой дисциплины, которая отчетливо представляет себе свои различия как по отношению к «классическому» международному праву, так и по отношению к торговому арбитражу (часть четвертая). Публично-правовые измерения международного права защиты инвестиции не ограничены при этом лишь определенным принимающим государством, а касаются иностранных инвесторов и государств в целом. Это связано с тем, что основные понятия международной защиты инвестиций, разрабатываемые арбитражной практикой, выходят за рамки единичного соглашения, и сформулированные таким образом правовые принципы оказывают воздействие также на государства и инвесторов, не участвующих в данном соглашении или споре. Элемент правотворчества, заключающийся в подобной генерализирующей конкретизации норм и судебном развитии права следует рассматривать как акт осуществления публичной власти, выходящий за рамки отдельного конкретного случая (часть пятая). В заключении в статье рассматривается публично-правовая компаративистика как метод, позволяющий сформулировать принципы сравнительного публичного права. Этим самым может быть не только

---

<sup>4</sup> Если в данной статье говорится об инвестиционном арбитраже, то это относится исключительно к арбитражному производству по урегулированию инвестиционных споров между иностранными инвесторами и принимающими государствами, вытекающих из международных инвестиционных соглашений, и таким образом, из международно-правовых договоров. Наряду с этим, инвестиционные споры могут следовать также из контрактов, заключенных между инвестором и принимающим государством. Основанный на подобных контрактах инвестиционный арбитраж хоть и обнаруживает частично схожие проблемы, наблюдающиеся в арбитражном производстве, вытекающем из инвестиционных соглашений, но тем не менее, отличается от последнего в важных пунктах. По этой причине он не является предметом рассмотрения в данной статье.

заложена основа для обоснования и легитимации толкования международных соглашений о защите инвестиций *de lege lata*; сравнительное публичное право служит также как источник для реформ *de lege ferenda* (часть шестая). В частности, сравнительное публичное право может способствовать установлению общих правовых принципов публичного права (часть седьмая).

## 2. Дефициты международного права защиты инвестиций

Оценка современного значения международного права защиты инвестиций не является однозначной и бесспорной. С одной стороны, эволюция и современное состояние этой области права приветствуется как беспрецедентная «история успеха» в международном экономическом (торговом) праве.<sup>5</sup> Спустя всего пятьдесят лет после того, как Германия и Пакистан в 1959 году заключили первое в мире двустороннее соглашение о защите инвестиций,<sup>6</sup> в настоящее время уже более 2.700 двусторонних соглашений, положений, касающихся инвестиций в договорах о свободной торговле,<sup>7</sup> а также в различных региональных и секторальных соглашениях, как например, Североамериканском соглашении о свободной торговле (НАФТА)<sup>8</sup> или Договоре к энергетической хартии,<sup>9</sup> предоставляют иностранным инвесторам защиту от вмешательства со стороны

---

<sup>5</sup> Характерный пример *T. W. Wälde*, *Improving the Mechanisms for Treaty Negotiation and Investment Disputes*, *Yearbook on International Investment Law & Policy* 1 (2008-2009), 505 (506) («Я рассматриваю неожиданное, быстрое, и широкомасштабное развитие инвестиционного арбитража за последние пятнадцать лет, как полный успех» - «I consider the unexpected, rapid, and extensive development of investment arbitration over the past fifteen years as an unmitigated success.»).

<sup>6</sup> Договор о содействии и защите капиталовложений между Федеративной Республикой Германии и Пакистаном от 25.11.1959, вступил в силу 28.4.1962 (*Vertrag zur Förderung und zum Schutz von Kapitalanlagen zwischen der Bundesrepublik Deutschland und Pakistan v. 25.11.1959, in Kraft getreten am 28.4.1962* (BGBl. 1961 II, 793).

<sup>7</sup> По данному вопросу см. Конференция ООН по торговле и развитию (ЮНКТАД), *World Investment Report 2010 – Investing in a Low-Carbon Economy*, 2010, 81, [http://www.unctad.org/en/docs/wir2010\\_en.pdf](http://www.unctad.org/en/docs/wir2010_en.pdf) (По состоянию на конец 2009 года существовало в общей сложности около 2.750 двусторонних соглашений о защите инвестиций, а также 295 иных инвестиционных соглашений). К истории международного права защиты инвестиций см. *K. J. Vandeveld*, *A Brief History of International Investment Agreements*, *University of California Davis Journal of International Law and Policy* 12 (2005), 157; *R. Dattu*, *A Journey from Havana to Paris: The Fifty-Year Quest for the Elusive Multilateral Agreement on Investment*, *Fordham Int'l L. J.* 24 (2000), 275.

<sup>8</sup> Североамериканское соглашение о свободной торговле, подписано 17.12.1992, вступило в силу 1.1.1994, ILM 32 (1993), 289 и 605.

<sup>9</sup> Договор к энергетической хартии, подписан 17.12.1994 (BGBl. II 1997, 4).

принимающего государства. Кроме того, в течение последних 10 лет в рамках действия данных соглашений сложилась активная и динамично развивающаяся практика урегулирования споров.<sup>10</sup>

Хотя между отдельными соглашениями и существуют известные различия, тем не менее, их основная структура, содержание и механизм реализации следуют определенным унифицированным принципам. В частности, соглашения о защите инвестиций строятся на общих для различных соглашений принципах обращения с иностранными инвесторами и создают, таким образом, единый, в значительной мере унифицированный международный инвестиционный режим.<sup>11</sup> Соглашения предоставляют иностранным инвесторам, по общему правилу, определенные материальные защитные права, направленные на обеспечение безопасности инвестиций. Это может, например, выражаться в предоставлении режима, приравненного к национальному, режима наибольшего благоприятствования, защиты от безвозмездных экспроприаций, справедливого и недискриминационного режима (*fair and equitable treatment*), режима полной защиты и безопасности (*full protection and security*), а также в обеспечении свободы перемещения капитала и прибыли. Помимо этого, большинство соглашений предусматривают, что инвесторы могут защищать эти права в рамках международных арбитражных процедур, в том числе и непосредственно против принимающего государства.<sup>12</sup> В целом, соглашения о защите инвестиций направлены на то, чтобы создавать учреждения и институты, необходимые для функционирования рыночных структур; таким образом, они

---

<sup>10</sup> См. ЮНКТАД, Latest Developments in Investor-State Dispute Settlement, IIA Issues Note No. 1, 2011, 1 f., [http://www.unctad.org/en/docs/webdiaeia20113\\_en.pdf](http://www.unctad.org/en/docs/webdiaeia20113_en.pdf) (По состоянию на конец 2010 было зафиксировано 390 арбитражных разбирательств, основанных на соответствующих инвестиционных соглашениях).

<sup>11</sup> Более подробно о парадоксальном развитии, в ходе которого двусторонние соглашения о защите инвестиций приводят к многосторонней договорной системе см. S. Schill, *The Multilateralization of International Investment Law*, 2009. См. также ниже сноски 115-121 и основной сопровождающий текст.

<sup>12</sup> По вопросу о содержании соглашений и защите инвестиций см. напр. классическую работу R. Dolzer/ M. Stevens, *Bilateral Investment Treaties*, 1995. Инвестиционные споры могут регулироваться в рамках различных арбитражных правил. См. UNCTAD (сноска. 10), стр. 1 и сл. На практике наибольшее значение имеют Конвенция об урегулировании инвестиционных споров между государствами и гражданами других государств (*ICSID-Конвенция*) и Арбитражный регламент Комиссии Организации Объединенных Наций по праву международной торговли (*UNCITRAL*), <http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/arbitration/arb-rules-revised/arb-rules-revised-2010-e.pdf>.

обеспечивают растущие инвестиции и экономическое развитие как в капитало-импортирующих, так и капитально-экспортирующих странах.<sup>13</sup>

Кроме того, по сравнению с дискуссиями о создании нового экономического порядка в 1970-80-е годы,<sup>14</sup> в которых едва ли мог быть найден общий знаменатель между позициями западных индустриальных государств, социалистическим лагерем и развивающимися странами, фундаментальные идеологические расхождения во мнениях о целесообразности международно-правовых норм для защиты собственности в значительной степени утратили свою актуальность.<sup>15</sup> Это проявляется уже в том, что соглашения о защите инвестиций сегодня охватывают не только инвестиционные отношения между Севером и Югом, а также Западом и Востоком, но и в возрастающей степени регулируют отношения между развитыми индустриальными странами и развивающимися государствами.<sup>16</sup> Соглашения о защите инвестиций в ходе их развития превратились, тем самым, в поистине глобальный инструмент, ограничивающий действия принимающих государств по отношению к

---

<sup>13</sup> По вопросу о соотношении иностранных инвестиций и экономического роста см. напр., *H. Hansen/J. Rand*, On the Causal Links between FDI and Growth in Developing Countries, *World Economy* 29 (2006), 21; *A. Chowdhury/G. Mavrotas*, FDI and Growth: What Causes What?, *World Economy* 29 (2006), 9. Спорным является, однако то, имеют ли соглашения о защите инвестиций действительно влияние на поток инвестиций. Можно сравнить, с одной стороны *J. Tobin/ S. Rose-Ackerman*, When BITs Have Some Bite, в: *R. P. Alford/C. Rogers* (Hrsg.), *The Future of Investment Arbitration*, 2009, 131 и *T. Büthe/H. V. Milner*, Bilateral Investment Treaties and Foreign Direct Investment, в: *K. P. Sauvant/L. Sachs* (Hrsg.), *The Effect of Treaties on Foreign Direct Investment: Bilateral Investment Treaties, Double Taxation Treaties, and Investment Flows*, 2009, 171 (оба исследования приходят к выводу о позитивном влиянии заключенных соглашений о защите инвестиций на поток инвестиций) и с другой стороны, *E. Aisbett*, Bilateral Investment Treaties and Foreign Direct Investment: Correlation and Causation, в: *K. P. Sauvant/L. Sachs* (Anm. 13), 395 (здесь подобной зависимости не обнаруживается).

<sup>14</sup> См. по данной проблеме *R. Dolzer*, *Eigentum, Enteignung und Entschädigung im geltenden Völkerrecht*, 1985, 24 и сл.

<sup>15</sup> По данному вопросу см. *T. W. Wälde*, A Requiem for the "New International Economic Order" – The Rise and Fall of Paradigms in International Economic Law and a Post-mortem with Timeless Significance, в: *G. Hafner/G. Loibl* (Hrsg.), *Liber Amicorum: Professor Ignaz Seidl-Hohenveldern in Honour of his 80th Birthday*, 1998, 771. Вместе с тем, новейший опыт развития в отдельных латиноамериканских государствах (см. ниже, сноска 19) иногда рассматривается в качестве выражения сохраняющихся, как и прежде, фундаментальных различий во мнениях. В глобальном масштабе, однако, речь можно вести со всей очевидностью, скорее, об исключениях, объяснимых специфической политической ситуацией внутри данного государства.

<sup>16</sup> См. UNCTAD, *South-South Cooperation in International Investment Arrangements*, 2005, [http://www.unctad.org/en/docs/iteiit20053\\_en.pdf](http://www.unctad.org/en/docs/iteiit20053_en.pdf). (См. Конференция ООН по торговле и развитию, ЮНКТАД, Сотрудничество по линии юг-юг в области международных инвестиционных соглашений, 2005.)

иностранным инвесторам, в равной степени, как в индустриальных, так и в развивающихся странах.

С другой стороны, рост числа инвестиционных споров, вытекающих из соглашений о защите инвестиций, и прежде всего, расширительное толкование прав инвесторов некоторыми арбитражами, а также отдельные, в финансовом отношении особо значимые арбитражные решения против принимающих государств привели к критике международного права защиты инвестиций. Она исходит со стороны государств, инвесторов, неправительственных организаций, присутствует также в правовой и политической теории.<sup>17</sup> Хотя существующие критические оценки значительно различаются по своей форме и содержанию, такая критика привела в совокупности к тому, что в научно-правовой литературе в настоящее время ставится вопрос о том, не находится ли международное право защиты инвестиций в своего рода «кризисе легитимности».<sup>18</sup> Признаки этого кризиса усматриваются, например, в недавнем выходе ряда латиноамериканских государств из заключенных ими соглашений о защите инвестиций и из Конвенции об урегулировании инвестиционных споров между государствами и гражданами других государств (*ICSID-Конвенция*).<sup>19</sup> Сюда же можно отнести также и то обстоятельство, что государства часто не следовали решениям инвестиционных судов и арбитражей.<sup>20</sup> Наконец, ряд государств, в том числе США, стали ставить под сомнение само содержание инвестиционных соглашений и

---

<sup>17</sup> По данному вопросу см. опубликованное Открытое заявление о международном инвестиционном режиме от 31.8.2010 (Public Statement on the International Investment Regime, 31.8.2010, [http://www.osgoode.yorku.ca/public\\_statement](http://www.osgoode.yorku.ca/public_statement)).

<sup>18</sup> См. напр., *M. Sornarajah*, A Coming Crisis: Expansionary Trends in Investment Treaty Arbitration, в: *K. P. Sauvant* (Hrsg.), *Appeals Mechanism in International Investment Disputes*, 2008, 39; *S. D. Franck*, The Legitimacy Crisis in Investment Treaty Arbitration: Privatizing Public International Law through Inconsistent Decisions, *Fordham L. Rev.* 73 (2005), 1521; *A. Afilalo*, Towards a Common Law of International Investment: How NAFTA Chapter 11 Panels Should Solve Their Legitimacy Crisis, *Geo. Int'l Env'tl. L. Rev.* 17 (2004), 51; *C. H. Brower*, Structure, Legitimacy, and NAFTA's Investment Chapter, *Vand. J. Transnat'l L.* 36 (2003), 37; *C. N. Brower/C. H. Brower/J. K. Sharpe*, The Coming Crisis in the Global Adjudication System, *Arbitration International* 19 (2003), 415.

<sup>19</sup> Так например, Боливия денонсировала *ICSID-Конвенцию* к 3.11.2007. См. *Bolivia Denounces ICSID Convention*, *ILM* 46 (2007), 973. Парламент Эквадора 12.6.2009 также принял решение о денонсации *ICSID-Конвенции*. В свою очередь, 30.4.2008 Венесуэла сообщила Нидерландам о свое намерение к 1.11.2008 прекратить действие двустороннего соглашения о защите инвестиций между Венесуэлой и Нидерландами; по этому вопросу см. *L. E. Peterson* (Hrsg.), *Investment Arbitration Reporter*, 16.5.2008, <http://www.iareporter.com/Archive/IAR-05-16-08.pdf>.

<sup>20</sup> См. *L. Mistelis/C. Baltag*, Recognition and Enforcement of Arbitral Awards and Settlement in International Arbitration: Corporate Attitudes and Practices, *Am. Rev. Int'l Arbitration* 19 (2009), 319 (354 и сл.); *C. Baltag*, Enforcement of Arbitral Awards against States, *Am. Rev. Int'l Arbitration* 19 (2009), 391.

установленных в них механизмов урегулирования споров. Они выступают за их частичную модификацию в сторону установления более широких возможностей для государственного вмешательства.<sup>21</sup> Также и в рамках Европейского Союза, в ходе ведущихся в настоящее время дебатов о направленности и содержании будущей политики Евросоюза в области инвестиций и о будущем соглашениях о защите инвестиций государств-членов Евросоюза, также раздаются критические голоса относительно международного права защиты инвестиций.<sup>22</sup>

Принимающие государства выражают, в частности, озабоченность сокращением их полномочий в области законодательного и административного регулирования. Угрозу своим полномочиям они видят, прежде всего, в возможностях расширительного толкования многочисленных неопределенных юридических понятий, содержащихся в соглашениях о защите инвестиций, арбитрами, а также в том, что последние не имеют необходимой демократической легитимации. Они опасаются, что их суверенные права окажутся недопустимым образом ограничены вердиктами арбитражных инстанций и, более того, что арбитражному контролю будут подвергнуты решения демократически избранных законодательных органов. Также и неправительственные

---

<sup>21</sup> См. *G. Gagné/J.-F. Morin*, The Evolving American Policy on Investment Protection: Evidence from Recent FTAs and the 2004 Model BIT, *JIEL* 9 (2006), 357 (363); *S. Schwebel*, The United States 2004 Model Bilateral Investment Treaty: An Exercise in the Regressive Development of International Law, *Transnational Dispute Management* 3 (2006), 1 (3 и сл.); *M. Kantor*, The New Draft Model U.S. BIT: Noteworthy Developments, *J. Int. Arb.* 21 (2004), 383 (385).

<sup>22</sup> К проблемам, связанным с введением новой компетенции Евросоюза по вопросам прямых иностранных инвестиций на основе части первой статьи 201 Договора о режиме работы Европейского Союза см. напр., *C. Herrmann*, Die Zukunft der mitgliedstaatlichen Investitionspolitik nach dem Vertrag von Lissabon, *EuZW* 21 (2010), 207; *C. Tietje*, Die Außenwirtschaftsverfassung der EU nach dem Vertrag von Lissabon, *Beiträge zum Transnationalen Wirtschaftsrecht* 83 (2009), 17, <http://www.wirtschaftsrecht.uni-halle.de/Heft83.pdf>; *J. Griebel*, Überlegungen zur Wahrnehmung der neuen EU-Kompetenz für ausländische Direktinvestitionen nach Inkrafttreten des Vertrags von Lissabon, *RIW* 2009, 469; *M. Bungenberg*, Going Global? The EU Common Commercial Policy After Lisbon, *European Yearbook on International Economic Law* 1 (2010), 123; *J. P. Terhechte*, Art. 351 AEUV, das Loyalitätsgebot, und die Zukunft mitgliedstaatlicher Investitionsschutzverträge nach Lissabon, *EuR* 2010, 517. К вопросу о применимости соглашений, заключенных между государствами-членами Евросоюза см. *T. Eilmansberger*, Bilateral Investment Treaties and EU Law, *CML Rev.* 46 (2009), 383; *H. Wehland*, Intra-EU Investment Agreements and Arbitration: Is European Community Law an Obstacle?, *ICLQ* 58 (2009), 297; *M. Burgstaller*, European Law and Investment Treaties, *J. Int. Arb.* 26 (2009), 181; *N. Lavranos*, New Developments in the Interaction between International Investment Law and EU Law, *Law and Practice of International Courts and Tribunals* 9 (2010), 409 (431 и сл.); *A. Dimopoulos*, The Validity and Applicability of International Investment Agreements between EU Member States under EU and International Law, *CML Rev.* 48 (2011), 63.

организации критикуют недостаточную демократическую легитимацию органов арбитражного производства и отсутствие возможностей участия в разбирательстве заинтересованных третьих лиц. В целом, звучит критика, что существует опасность того, что международные арбитражи односторонне отдадут интересам инвесторов приоритет по сравнению с конкурирующими интересами всеобщего блага или интересами третьих лиц. Помимо этого, и государства, и инвесторы критикуют отсутствие устойчивой и предсказуемой арбитражной практики, так как едва ли существуют институциональные механизмы, которые бы обеспечивали единообразие и последовательность при толковании неопределенных юридических понятий в инвестиционных соглашениях. В результате этого снова и снова принимаются непоследовательные и противоречивые арбитражные решения. Негативное отношение к современной системе международной защиты инвестиций может быть увязано таким образом со следующими факторами<sup>23</sup>:

- во-первых, с амбивалентностью центральных юридических понятий соглашений о защите инвестиций, которая позволяет арбитрам, ограничивать – в зависимости от обстоятельств - регулирующие правомочия государств;

- во-вторых, с растущим количеством противоречивых и непоследовательных арбитражных решений и с вытекающей отсюда фрагментацией международного права защиты инвестиций, что компрометирует правовую предсказуемость и защищенность;

- в-третьих, с обусловленным самой системой ощущением пристрастности в пользу иностранных инвесторов и в ущерб легитимным интересам всеобщего блага и интересам третьих лиц, таким как, например, защите общественной безопасности и порядка, здоровья, окружающей среды, условий труда, и т. д.;

- и, наконец, с несовершенством механизма урегулирования инвестиционных споров на основе процессуальных принципов торгового арбитража (таких как, в частности, конфиденциальность процесса и автономия сторон), которые делают участие заинтересованных третьих лиц в процессе невозможным и, тем самым, исключают необходимую транспарентность арбитражного судопроизводства.

---

<sup>23</sup> Более подробно см. *G. Van Harten, Investment Treaty Arbitration and Public Law, 2007, 152 и сл.*

### 3. Институциональная реформа или имманентная системе гармонизация

Негативное отношение к существующей системе международного права защиты инвестиций было частично воспринято и в правовой теории.<sup>24</sup> При этом подходы к решению обозначаемых здесь проблем и проекты предлагаемых реформ идут в самых различных направлениях. Они фокусируются нередко на институциональной реорганизации инвестиционного арбитражного производства, так как многочисленные критики рассматривают его структуры как наиболее проблематичный элемент международного инвестиционного права. Если абстрагироваться от радикального варианта, состоящего в полном отказе от нынешней системы международной защиты инвестиций,<sup>25</sup> выдвигаются разные предложения, начиная с возврата к чисто межгосударственному механизму разрешения споров<sup>26</sup> и введения ревизионной инстанции для контроля решений инвестиционных арбитражей<sup>27</sup> и кончая учреждением Постоянного Международного Инвестиционного Суда<sup>28</sup>.

Возвращение к межгосударственному урегулированию споров позволило бы государствам не только активнее, чем до сих пор, влиять на состав арбитражей, но и самим регулировать, какие споры вообще должны выноситься на решение посредством арбитража. За счет этого с самого начала могли бы быть исключены заведомо бесперспективные жалобы, однако, одновременно с этим государства получали бы возможность не рассматривать жалобы инвесторов по чисто внешнеполитическим соображениям. Это лишило бы иностранных инвесторов самого важного права, предоставляемого соглашениями о защите инвестиций, а именно доступа к инвестиционному арбитражу. Возврат к системе «дипломатической защиты», таким образом, противоречил бы центральной цели, которая с момента заключения *ICSID*-Конвенции в 1960-е годы

---

<sup>24</sup> См. напр., *M. Waibel u. a. (Hrsg.), The Backlash Against Investment Arbitration*, 2010.

<sup>25</sup> См. выше, сноска 19.

<sup>26</sup> В пользу ограничения инструментами межгосударственного разрешения споров решило, например, Соглашение о свободной торговле между Австралией и США. По данному вопросу см. *W. S. Dodge, Investor-State Dispute Settlement Between Developed Countries: Reflections on the Australia-United States Free Trade Agreement*, *Vand. J. Transnat'l L.* 39 (2006), 1.

<sup>27</sup> Так, например, *S. D. Franck* (сноска 18), 1617 и сл. См. также литературу, цитированную в сноске 33 и сопровождающий сноску основной текст.

<sup>28</sup> Такое мнение *G. Van Harten* (сноска 23), 180 и сл.

ставилась в заслугу международному инвестиционному арбитражу - деполитизации инвестиционных разбирательств.<sup>29</sup>

Другим решением было бы учреждение Постоянного Международного Суда по урегулированию споров между иностранными инвесторами и принимающим государством.<sup>30</sup> Это позволило бы государствам, взять на себя исключительную ответственность за назначение судей, что могло бы придать подобному суду более высокую степень легитимности. Также независимость и беспристрастность суда были бы гарантированы в большей мере. Судьи, назначенные на определенный ограниченный срок, не должны были бы выстраивать свою судебную практику в зависимости от интересов (возможных) будущих сторон спора, к чему они могли бы в противном случае косвенно побуждаться в силу их заинтересованности в последующем новом назначении.<sup>31</sup> Судебный орган, действующий на постоянной основе, мог бы, помимо этого, гарантировать более последовательную и предсказуемую судебную практику.<sup>32</sup> Схожими соображениями вызвано предложение о введении ревизионной инстанции для проверки решений инвестиционных арбитражей. Эта идея нашла отражение, в частности, в относительно недавней договорной практике США по заключению соглашений о защите инвестиций, а также в представленном Секретариатом *ICSID* в 2004 году проекте к реформе *ICSID*-Конвенции.<sup>33</sup>

Тем не менее, предложение о реформе, внесенное Секретариатом *ICSID*, не нашло необходимой поддержки у государств-участников. До последнего времени идея создания ревизионной инстанции не была реализована и в соглашениях о защите инвестиций, заключенных США. Таким образом, в настоящее время для учреждения Постоянного Инвестиционного Суда или для создания ревизионных инстанций едва ли существуют политически реализуемые возможности. Несмотря на преимущества подобных альтернативных вариантов с точки зрения достижения большего единообразия, предсказуемости и легитимности урегулирования споров между инвесторами и государствами, реализация столь фундаментальных

<sup>29</sup> По данному вопросу *I. F. I. Shihata*, Towards a Greater Depoliticization of Investment Disputes: The Role of ICSID and MIGA, *ICSID Rev. – Foreign Investment Law Journal* 1 (1986), 1.

<sup>30</sup> См. выше, сноска 28.

<sup>31</sup> Так *G. Van Harten* (сноска 23), 167 и сл.; *G. Van Harten*, Investment Treaty Arbitration, Procedural Fairness, and the Rule of Law, в: S. Schill (Hrsg.), *International Investment Law and Comparative Public Law*, 2010, 627.

<sup>32</sup> См. *S. D. Franck* (сноска 18), 1617 и сл.

<sup>33</sup> См. *D. A. Gantz*, An Appellate Mechanism for Review of Arbitral Decisions in Investor- State Disputes, *Vand. J. Transnat'l L.* 3 (2006), 39; *C. J. Tams*, An Appealing Option? The Debate about an ICSID Appellate Mechanism, *Beiträge zum Transnationalen Wirtschaftsrecht* 57 (2006), <http://www.telc.uni-halle.de/Heft57.pdf>.

институциональных реформ в ближайшем будущем представляется, скорее, маловероятной.

По этим причинам система международной защиты инвестиций и в дальнейшем будет оставаться уязвимой для критических требований большей прозрачности, предсказуемости и учета общественных интересов. При этом степень признания государствами нынешней системы будет зависеть, прежде всего, от того, как будут толковаться положения соответствующих инвестиционных соглашений. Ключевое значение здесь имеет вопрос, оставляют ли эти соглашения государству достаточную свободу действий, чтобы без риска быть обязанным возместить ущерб защищать публичные интересы и принимать меры в отношении иностранных инвестиций для защиты интересов общественного блага, или же следствием таких действий всегда будет требование о возмещении ущерба. Это могло бы стать «лакмусовой бумажкой» для выживаемости международной защиты инвестиций в будущем. Это справедливо также тогда, когда речь идет о выполнении обязательств, не связанных с защитой инвестиций, например, по договорам о правах человека или по соглашениям в области защиты окружающей среды. Открытость по отношению к другим международно-правовым режимам предстает в этом отношении также как важный критерий приемлемости международного права защиты инвестиций для государств.

В отличие от фундаментальной критики международного права защиты инвестиций, точка зрения, которая разделяется в настоящей статье, исходит из того, что сбалансированное соотношение между защитой общественных интересов и защитой инвестиций может быть достигнуто также и имманентным сложившейся системе путем, т.е. в пределах существующих институциональных рамок. До сих пор, однако, имманентные системе решения не были развиты в достаточной степени. Это в значительной мере связано с небесспорной дихотомической квалификацией инвестиционного права и арбитража в категориях либо частного или публичного права, с одной стороны, либо государственного или международного права, с другой. В этом плане теоретико-догматическое обоснование международного права защиты инвестиций носит еще «детские одежды». Это проявляется, не в последнюю очередь, в противоречивых арбитражных решениях, которые часто можно объяснить расхождениями арбитров во мнениях о правильном толковании основных понятий и принципов международного инвестиционного права.<sup>34</sup>

В этом смысле научно-правовые, догматические подходы, позволяющие охватить и оценить арбитражную практику и направить ее в русло, которое служит поддержанию и стабилизации системы и реагирует на легитимные

---

<sup>34</sup> Более подробно см. *Schill* (сноска 11), 339 и сл.

требования из-вне, представляют собой важный и трудно переоценимый элемент рационального реагирования на критику международного инвестиционного права. Интенсивные усилия по разработке правовой догматики в области инвестиционного права могли бы повысить правовую стабильность и предсказуемость арбитражного судопроизводства. Кроме того, такой догматический подход мог бы помочь обратить давление, вызванное необходимостью реформ, в имманентном направлении и адаптировать существующие структуры, вместо того, чтобы пропагандировать принципиальные изменения системы. Это позволило бы сохранить доверие иностранных инвесторов к инвестиционному арбитражу и одновременно воспринять всерьез критику международного права защиты инвестиций и адекватно ответить на нее. Исходный тезис данной статьи, которая встроена в контекст более крупного научно-исследовательского проекта,<sup>35</sup> состоит в том, что баланс между защитой инвестиций и коллидирующими общественными или частными интересами сможет быть достигнут, если в качестве догматической и теоретической модели для международного инвестиционного права будет выбран публично-правовой подход. Одновременно при таком подходе смогут быть наиболее эффективно материализованы и требования прозрачности и открытости режима защиты инвестиций. Само международное право защиты инвестиций должно пониматься при этом как публично-правовая дисциплина; хотя оно и остается зафиксированным в международном праве, однако, функционально оно располагается ближе к национальному публичному праву. Этот подход не должен подменять принципы международного права, в частности, методы его толкования и систему источников, а скорее дополнять их. В частности, предложенный публично-правовой подход должен служить научно-правовой и догматической разработке международного права защиты инвестиций и открывать его для инструментария публично-правовой компаративистики и сравнительного публичного права.

---

<sup>35</sup> См. *S. Schill* (Hrsg.), *International Investment Law and Comparative Public Law*, 2010. Схожий подход к объяснению феномена осуществления публичной власти на надгосударственном уровне через публично-правовые категории демонстрирует *A. von Bogdandy/R. Wolfrum/J. von Bernstorff/P. Dann/M. Goldmann* (Hrsg.), *The Exercise of Public Authority by International Institutions – Advancing International Institutional Law*, 2010.

#### 4. Международное право защиты инвестиций как публичное право

Трудность разработки концептуальных и доктринальных рамок для международного права защиты инвестиций коренится, прежде всего, в том, что здесь международное право, как материальное право, применимое к спорам между инвестором и государством,<sup>36</sup> сочетается с арбитражным механизмом урегулирования споров. Хотя и в международном праве арбитражное производство широко используется как инструмент межгосударственного урегулирования споров,<sup>37</sup> инвестиционный арбитраж с точки зрения логики регулирования и социологии профессии, обнаруживает, прежде всего, параллели с коммерческим арбитражем. Так например, самая большая по численности группа сертифицированных специалистов (адвокатов, арбитров и ученых-правоведов), занятых в инвестиционном арбитраже, имеет своей профессиональной и мировоззренческой базой частное право и торговый арбитраж.<sup>38</sup> И только за ними следуют специалисты – «выходцы» из классического международного права и межгосударственного урегулирования споров, в частности, системы Международного Суда ООН.<sup>39</sup>

---

<sup>36</sup> Подлежащее применению право не обязательно ограничивается международным правом. Также и национальное право играет во многих арбитражных процессах важную роль. См. ст. 42(1) *ICSID*-Конвенции. По данной теме *O. Spiermann*, *Applicable Law*, в: P. Muchlinski/F. Ortino/C. Schreuer (Hrsg.), *The Oxford Handbook of International Investment Law*, 2008, 89.

<sup>37</sup> См. напр., ст. 287 часть 1 Конвенции ООН по морскому праву или ст. 25 Договора о правилах и процедурах, регулирующих разрешение споров в ВТО, которые в многостороннем контексте предусматривают возможность арбитражного производства. См. также *C. Grey/B. Kingsbury*, *Developments in Dispute Settlement: Inter-State Arbitration Since 1945*, *BYIL* 63 (1992), 97; *C. H. Brower*, *The Functions and Limits of Arbitration and Judicial Settlement under Private and Public International Law*, *Duke J. Comp. & Int'l L.* 18 (2008), 259 (265 и сл.).

<sup>38</sup> Речь идет, в первую очередь, об адвокатах, работающих в крупных международных адвокатских конторах, среди прочего, в Париже, Лондоне, Нью-Йорке, Вашингтоне и Женеве. См. *M. D. Goldhaber*, *American Lawyer Arbitration Scorecard 2009*, <http://www.law.com/jsp/law/international/LawArticleIntl.jsp?id=1202431821301&rss=newswire>.

<sup>39</sup> К этой группе принадлежит целый ряд профессоров международного права и судей международных судов, например, Международного Суда ООН или Трибунала по претензиям между Ираном и США, а также адвокатов, специализирующихся на вопросах межгосударственной процедуры разрешения споров. Можно назвать таких специалистов, как *Чарльз Брауэр (Charles N. Brower)*, *Томас Бюргенталь (Thomas Buergenthal)*, *Джеймс Кроуфорд (James Crawford)*, *Кристофер Гринвуд (Christopher Greenwood)*, *Жильбер Гийом (Gilbert Guillaume)*, *Франсиско Оррего Викаña (Francisco Orrego Vicuña)*, *Штефен Швобель (Stephen Schwebel)*, *Бруно Зима (Bruno Simma)*, *Бригитте Штерн (Brigitte Stern)*, *Петер Томка (Peter Tomka)*.

Хотя такая комбинация специалистов в большинстве случаев оказывается довольно плодотворной при решении зачастую сложных инвестиционных споров, она нередко является также причиной недоразумений и недопонимания. Происходит это из-за того, что здесь сталкиваются два очень по-разному социализированных эпистемических сообщества: с одной стороны, цивилисты (коммерциалисты), с другой стороны, интернационалисты (международники). Их взгляды и методологические подходы к вопросу о роли права, о роли государства по отношению к бизнесу и частным лицам и о функциях механизма разрешения споров часто весьма существенно расходятся. В несколько упрощенном виде различия между этими двумя группами можно представить следующим образом: с точки зрения частного права, арбитры в инвестиционных спорах, как и в коммерческом арбитраже, несут обязательства только в отношении сторон спора и выполняют лишь одну функцию - решение конкретного конфликта. Эта точка зрения коренится в гражданско-правовых принципах частной автономии и автономии сторон договора, в соответствии с которыми стороны регулируют свои экономические отношения на паритетной (координационной) основе. Напротив, тот факт, что стороной в споре является государство, не играет особой роли. С этой точки зрения, процессуальные принципы коммерческого арбитража являются, в целом, применимыми и в инвестиционном арбитраже.<sup>40</sup>

Соображения юристов-международников, в отличие от этого, фокусируются на роли государства. Она характеризуется, с одной стороны, осуществлением публичной власти в отношении частных лиц, а с другой стороны – обязательством государства перед своими гражданами по защите общественных интересов. Кроме того, юристы-международники рассматривают инвестиционное арбитражное судопроизводство как составную часть международного права в целом, которое полностью находится за пределами контроля сторон. Те, кто видит международное право защиты инвестиций как часть коммерческого арбитража, имеют склонность выделять *частную* природу разрешения споров. В свою очередь, юристы-международники подчеркивают вхождение инвестиционного арбитража в рамки *публичного* порядка, который направлен на ограничение действий государства посредством соответствующего правового регулирования. С этой точки зрения инвестиционный арбитраж выполняет не только функцию урегулирования

---

<sup>40</sup> См. напр., B. Legum, Investment Treaty Arbitration's Contribution to International Commercial Arbitration, *Dispute Resolution Journal* 60 (2005), 71 (73); A. Bjorklund, Private Rights and Public International Law: Why Competition Among International Economic Law Tribunals Is Not Working, *Hastings L. J.* 59 (2007), 241 (251).

споров, но и преследует задачу по реализации ценностей и целей международного сообщества в целом.<sup>41</sup>

Различия между торгово-правовым и международно-правовым подходами к рассмотрению природы инвестиционного арбитража, вместе с тем, не должны вести к непримиримой «идеологической» окопной борьбе. Так обе группы привносят свой конкретный специфический экспертный опыт. С одной стороны - глубокие знания в области международного права и опыт в решении вопросов межгосударственных отношений и межгосударственного урегулирования споров. С другой стороны - глубокое понимание экономических операций и экономической практики, а также опыт проведения арбитражных разбирательств с комплексным собиранием и оценкой доказательств.<sup>42</sup> Кроме того, ни чисто международно-правовое, ни чисто торгово-правовое понимание инвестиционного арбитража не являются достаточными, чтобы охватить характерные специфические черты международного права защиты инвестиций. Скорее, эта область права обнаруживает фундаментальные принципиальные отличия как от классического международного права, так и от торгового права и коммерческого арбитража.

Международное право защиты инвестиций отличается от «классического» международного права, прежде всего, характером правоотношений, подлежащих регулированию. Хотя и «классическому» международному праву были известны нормы о защите иностранных инвестиций как части международного обычного права, которое могло быть востребовано посредством предоставления «дипломатической защиты»,<sup>43</sup> тем не менее речь шла всегда о праве, регулирующем

---

<sup>41</sup> См., напр., T. W. Wälde, *The Specific Nature of Investment Arbitration*, в: P. Kahn/T. W. Wälde (Hrsg.), *Les Aspects Nouveaux du Droit des Investissements Internationaux/New Aspects of International Investment Law*, 2007, 43 (112 и сл.); G. Van Harten (Anm. 23), 58 и сл.; G. Van Harten/M. Loughlin, *Investment Treaty Arbitration as a Species of Global Administrative Law*, EJIL 17 (2006) 121 (145 и сл.). Аналогично в решении по делу *Винтерсхалл Акциенгезельшафт против Республики Аргентина (Wintershall Aktiengesellschaft v. Argentine Republic)*, ICSID Case No. ARB/04/14, Award, 8.12.2008, пункт 160 («В ICSID-Конвенции сочетается публично-правовая система ответственности государств с частным арбитражным производством» («The ICSID Convention ... combines a public law system of State liability with private arbitration»); решение по делу *Глэмис Голд лтд против Соединенных Штатов (Glamis Gold Ltd v. US)*, UNCITRAL/NAFTA, Award, 8.6.2009, пункт 5 «Глава 11 Соглашения NAFTA предусматривает особенную публичную систему защиты частных инвестиций» («Chapter 11 of the NAFTA contains a significant public system of private investment protection»).

<sup>42</sup> См. C. N. Brower, *W(h)ither International Commercial Arbitration? – The Goff Lecture 2007*, *Arbitration International* 24 (2008), 181 (191 и сл.).

<sup>43</sup> Подробно см. C. F. Amerasinghe, *Diplomatic Protection*, 2008.

отношения между государствами.<sup>44</sup> Урегулирование споров по поводу пределов осуществления суверенных прав государства по отношению к иностранным инвесторам было соответственно, в первую очередь, делом национальных судов принимающего государства. Оно могло стать предметом межгосударственного урегулирования спора только после исчерпания внутренних средств правовой защиты.<sup>45</sup> «Классическое» международное право регулировало, вместе с тем, правоотношения между иностранными инвесторами и принимающими государствами лишь косвенно.

Современное право защиты инвестиций, напротив, наделяет иностранных инвесторов в рамках международной арбитражной процедуры собственным правом на иск против принимающего государства. Кроме того, принятые на этой основе арбитражные решения в зависимости от применимых правил процедуры - по *ICSID-Конвенции*<sup>46</sup> или по Конвенции ООН о признании и приведении в исполнение иностранных

---

<sup>44</sup> Классический пример – дело о концессиях *Мавроматиса в Палестине* (*The Mavrommatis Palestine Concessions (Greece v. Britain)*), Urteil, 30.8.1924, PCIJ Series A, No. 2 (1924) 12. «В деле о концессиях *Мавроматиса* спор изначально существовал между частным лицом и государством - то есть, между г-ном Мавроматисом и Великобританией. Впоследствии в деле стало участвовать греческое правительство. С этого момента спор вступил в новую фазу, он перешел в область международного права, превратившись в спор между двумя государствами. ... Один из основополагающих принципов международного права состоит в том, что государство имеет право защищать своих подданных, если они пострадали от международно-противоправных деяний другого государства, от которого они не могут обычным путем получить компенсацию за причиненный ущерб. Став участником дела одного из своих подданных и задействовав от его имени дипломатические средства или международные судебные процедуры, государство заявляет в действительности свои собственные права – свое право на обеспечение уважения нормы международного права в лице своих подданных». («In the case of the Mavrommatis concessions it is true that the dispute was at first between a private person and a State – i.e. between M. Mavrommatis and Great Britain. Subsequently, the Greek Government took up the case. The dispute then entered upon a new phase; it entered the domain of international law, and became a dispute between two States. ... It is an elementary principle of international law that a State is entitled to protect its subjects, when injured by acts contrary to international law committed by another State, from whom they have been unable to obtain satisfaction through the ordinary channels. By taking up the case of one of its subjects and by resorting to diplomatic action or international judicial proceedings on his behalf, a State is in reality asserting its own rights – its right to ensure, in the person of its subjects, respect for the rules of international law.»).

<sup>45</sup> См. *C. H. Brower* (сноска 37), 265 и сл.

<sup>46</sup> См. ст. 54 часть 1 *ICSID-Конвенции*: «Каждое Договаривающееся государство признает решение Арбитража, вынесенное в соответствии с настоящей Конвенцией, в качестве обязывающего и обеспечивает исполнение денежных обязательств, налагаемых решением Арбитража, в пределах своей территории таким же образом, как если бы это было окончательное решение судебного органа этого государства.».

арбитражных решений («Нью-Йоркская Конвенция»)<sup>47</sup> - могут быть приведены в исполнение практически во всем мире. При этом, право на иск основывается на одностороннем заявлении принимающего государства о признании юрисдикции соответствующего арбитража; такое заявление, как правило, является составной частью соглашения о защите инвестиций и распространяется на все возможные споры, попадающие в сферу применения соглашения.

В рамках инвестиционного арбитража государства обладают значительно меньшими, по сравнению с классическим международным правом, возможностями контролировать, в отношении каких требований они будут обязаны защищаться. Введение права на индивидуальный иск против принимающего государства привнесло с собой в этом отношении фундаментальное изменение. Реализуемость международного права защиты инвестиций в порядке индивидуального иска дополняется теперь ограничением влияния государств на арбитражное разбирательство и их возможностей проверки (контроля) арбитражных решений. Все это, а также возможность исполнения арбитражных решений по всему миру, в совокупности привело к «смене парадигм в международном инвестиционном праве»<sup>48</sup>. Положение иностранных инвесторов и арбитражей в их отношении к государствам в значительной степени укрепилось. В принципе, нормы международного права о защите инвестиций остаются закрепленными в международном праве. Однако, введение права иностранных инвесторов на возбуждение арбитражного производства преобразует эти нормы из права, применяемого лишь в субсидиарном (вспомогательном) порядке, в право, которым непосредственно регулируются отношения между инвесторами и государствами. По этой причине международное право защиты инвестиций и инвестиционный арбитраж существенно отличаются от традиционных международно-правовых механизмов защиты прав иностранцев и разрешения споров как функционально, так и институционально.<sup>49</sup>

---

<sup>47</sup> Конвенция ООН о признании и приведении в исполнение иностранных арбитражных решений от 10.6.1958, 330 UNTS 38.

<sup>48</sup> C. Schreuer, *Paradigmenwechsel im Internationalen Investitionsrecht*, в: W. Hummer (Hrsg.), *Paradigmenwechsel im Völkerrecht zur Jahrtausendwende*, 2002, 237.

<sup>49</sup> См. принципиальное в этом смысле решение *Интернешнл Тандерберд Гейминг Корп против Мексики (International Thunderbird Gaming Corp v. United Mexican States)*, UNCITRAL/ NAFTA, *Arbitral Award*, 26.1.2006, особое мнение Томаса Вэльде (*Thomas Wälde*), пункт 13. «Хотя международное право по-прежнему обеспечивает основные принципы ... Необходимо иметь в виду, что договоры о защите инвестиций имеют ... дело с совсем иным контекстом, чем у традиционного международного права. Центральное место занимает право частного субъекта на ведение арбитражного разбирательства против (иностранного) государства ввиду государственного действия, которое затрагивает интересы инвестора. Это принципиально отличается от

Однако, инвестиционный арбитраж принципиально отличается и от международного коммерческого арбитража. Естественно, существует значительное сходство процедур, особенно в том, что касается возбуждения производства частным лицом и применимых процессуальных правил, которые были или непосредственно заимствованы из коммерческих арбитражных механизмов, или создавались по их образцу,<sup>50</sup> и в том, что касается приведения арбитражных решений в исполнение.<sup>51</sup> Вместе с тем, важные различия по сравнению с коммерческим арбитражем существуют с точки зрения предмета разбирательства, вида правовых отношений сторон, правовой природы соответствующих обязательств, а также характера и объема подчинения принимающего государства арбитражной процедуре.<sup>52</sup>

Во-первых, инвестиционные арбитражи регулярно рассматривают вопросы правомерности осуществления государственной власти. Среди них можно выделить такие вопросы, как споры о пределах осуществления чрезвычайных полномочий на национальном уровне,<sup>53</sup> контроль регулирования в особо важных сферах, представляющих общий интерес, например, в области водоснабжения и энергоснабжения,<sup>54</sup> контроль запрета вредных для здоровья субстанций,<sup>55</sup> защита памятников и охрана

---

традиционного международного права, которое основано на решении споров между суверенными государствами и которое не признает за частными лицами права на подачу исков. К аналогиям с такими межгосударственным международным правом поэтому следует относиться с осторожностью» («... while public international law still provides the main principles ... one needs to bear in mind that investment treaties ... deal[] with a significantly different context from the one envisaged by traditional public international law: At its heart lies the right of a private actor to engage in an arbitral litigation against a (foreign) government over governmental conduct affecting the investor. That is fundamentally different from traditional international public law, which is based on solving disputes between sovereign states and where private parties have no standing. Analogies from such inter-state international law have therefore to be treated with caution»).

<sup>50</sup> A. Bjorklund (сноска 40), 251 f.

<sup>51</sup> См. G Van Harten/M. Loughlin (сноска 41), 139 и сл.

<sup>52</sup> См. G Van Harten/M. Loughlin (сноска 41), 140 и сл.

<sup>53</sup> См. напр., *CMS Gas Transmission Co v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/01/8, Award, 12.5.2005; *LG&E Energy Corp, LG&E Capital Corp, LG&E International Inc v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/02/1, Decision on Liability, 3.10.2006; *BG Group plc v. Republic of Argentina*, UNCITRAL, Final Award, 24.12.2007; *Continental Casualty Co v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/03/9, Award, 5.9.2008; *National Grid plc v. Argentine Republic*, UNCITRAL, Award, 3.11.2008.

<sup>54</sup> *Biwater Gauff (Tanzania) Ltd v. United Republic of Tanzania*, ICSID Case No. ARB/05/22, Award, 24.7.2004; *Agua del Tunari SA v. Republic of Bolivia*, ICSID Case No. ARB/02/3, Decision on Respondent's Objections to Jurisdiction, 21.10.2005.

<sup>55</sup> *Methanex Corp v. US*, UNCITRAL/NAFTA, Final Award of the Tribunal on Jurisdiction and Merits, 3.8.2005; *Chemtura Corp (formerly Crompton Corp) v. Canada*, UNCITRAL (NAFTA), Award, 2.8.2010.

культурного наследия<sup>56</sup> или контроль правомерности и отсутствия дискриминации при осуществлении мер, затрагивающих право собственности или свободу конкуренции.<sup>57</sup> Инвестиционные арбитражные процессы, таким образом, систематически имеют отношение не к частноправовому, а к действительно публично-правовому предмету спора.

Во-вторых, инвестиционные арбитражные процессы затрагивают обязательства иного рода, чем коммерческий арбитраж. Права, на которые ссылается иностранный инвестор, предусмотрены не частноправовым соглашением, заключенным на паритетной основе, а международно-правовым договором, заключенным между принимающим государством и государством происхождения инвестора. В-третьих, отношения между сторонами инвестиционного арбитража отличаются от отношений между сторонами коммерческо-правового спора в структурном отношении. Если экономические отношения между частными лицами основываются на принципе равенства сторон, то отношения иностранного инвестора с принимающим государством строятся по иерархическому принципу. В отличие от частного партнера по договору, принимающее государство в состоянии в одностороннем порядке принять в отношении инвестора юридически обязательные меры.

Наконец, условия признания принимающим государством юрисдикции инвестиционного арбитража отличается от механизма подчинения коммерческому арбитражу. Так, компетенция арбитража в рамках инвестиционной процедуры основывается не на частноправовом и соответственно специфическом для субъектов и относящемся к единичному случаю договоре. Наоборот, она возникает в результате одностороннего предложения принимающего государства, которое находит свое выражение в генерализированной форме в соответствующем соглашении о защите инвестиций и действует в отношении всех или определенных споров, которые могут возникнуть между иностранным инвестором и принимающим государством в будущем. Это предложение может быть принято любым инвестором, который подпадает под сферу применения данного соглашения.<sup>58</sup> В этом отношении инвестиционное

---

<sup>56</sup> *Southern Pacific Properties (Middle East) Ltd v. Arab Republic of Egypt*, ICSID Case No. ARB/84/3, Award on the Merits, 20.5.1992; *Glamis Gold v. US* (сноска 41).

<sup>57</sup> *Piero Foresti, Laura de Carli and others v. Republic of South Africa*, ICSID Case No. ARB(AF)/07/1, Award, 4.8.2010.

<sup>58</sup> К вопросу об особенностях заявлений принимающих государств о признании юрисдикции соответствующих арбитражей см. *B. Legum*, *The Innovation of Investor-State Arbitration under NAFTA*, *Harv. Int'l L. J.* 43 (2002), 531. Предусмотренное соглашениями о защите инвестиций арбитражное производство, основанное на публично-правовом предложении принимающего государства о признании юрисдикции соответствующего арбитража, также обозначается как "*arbitration without privity*" («арбитраж при отсутствии контрактных отношений между сторонами»). В этом

арбитражное производство базируется не на соглашении автономных сторон, а следует процессуальным и материально-правовым правилам, определенным в заявлении принимающего государства о признании юрисдикции соответствующего арбитража.

Инвестиционный арбитраж, следовательно, не является классическим арбитражем, при котором стороны полностью контролируют форму и способ разрешения правового спора, в частности, путем выбора применимого права, определения принципов процесса и т.д.<sup>59</sup> В сущности, здесь речь идет, скорее, об объективном контроле правомерности действий государства при помощи принципов, аналогичных принципам прав человека, и тем самым о публично-правовой защите прав.<sup>60</sup> Таким образом,

---

смысле *J. Paulsson*, *Arbitration Without Privity*, *ICSID Rev. – Foreign Investment Law Journal* 10 (1995), 232.

<sup>59</sup> По данному вопросу фундаментально *J. Paulsson*, *International Arbitration Is Not Arbitration*, *Stockholm International Arbitration Review* 2008, 1. См. также *S. D. Franck*, *International Arbitrators: Civil Servants? Sub Rosa Advocates? Men of Affairs?: The Role of International Arbitrators*, *ILSA J. Int'l & Comp. L.* 12 (2006), 499 (503 и сл.).

<sup>60</sup> Фундаментальное значение решения по делу *International Thunderbird Gaming v. Mexico* (сноска 49), Особое мнение Томаса Вэльде (*Thomas Wälde*), пункт 12. «Если в ходе инвестиционного арбитражного разбирательства ссылаются на формы и методы международного торгового арбитража, следует иметь в виду, что применение этих правил предназначено только для регулирования процедуры, а не материально-правовых принципов, правил и правовых институтов международного коммерческого арбитража в принципиально отличных в качественном отношении инвестиционных спорах между иностранным инвестором и принимающим государством. Международный коммерческий арбитраж предполагает участие равноправных сторон, осуществляющих сложные транснациональные коммерческие операции. Инвестиционный арбитраж принципиально отличается от международного коммерческого арбитража. Им регулируется положение иностранного инвестора, в отношении которого действует суверенитет, нормативные, административные и иные полномочия государства. Инвестор часто, если не как правило, находится в состоянии структурной слабости, что нередко усугубляется отсутствием необходимого опыта (особенно у небольших инвесторов-предпринимателей). В рамках инвестиционного арбитража создана, таким образом, не система разрешения споров между предположительно равными сторонами, как это действует в торговом арбитраже, а система защиты иностранных инвесторов, которые находятся в более невыгодном положении в силу подверженности политическим рискам, их недостаточного знакомства и интегрированности в чуждую политическую, социальную, культурную, экономическую, институциональную и правовую систему. Правовые принципы и методологические подходы к рассмотрению фактической ситуации, привычки, природные инстинкты и стили международного коммерческого арбитража, следовательно, не являются подходящими ориентирами для инвестиционного арбитража» («While the forms and procedures of international commercial arbitration are relied upon, one needs, for the application of such rules, to bear in mind that their purpose is to govern the procedure, but not to inject substantive principles, rules and legal concepts used in international commercial arbitration into the qualitatively different investment disputes between a foreign investor and a host state. International commercial arbitration assumes

инвестиционное арбитражное производство выполняет схожие функции, как и национальные административные или конституционные суды либо международные суды, например, Европейский Суд по правам человека или Суд Европейского Союза. Напротив, с коммерческим арбитражем вряд ли существуют параллели (сходство) в функциональном отношении.<sup>61</sup> Соответственно, инвестиционный арбитраж следует рассматривать как

---

roughly equal parties engaging in sophisticated transnational commercial transactions. Investment arbitration is fundamentally different from international commercial arbitration. It governs the situation of a foreign investor exposed to the sovereignty, the regulatory, administrative and other governmental powers of a state. The investor is frequently if not mostly in a position of structural weakness, exacerbated often by inexperience (in particular in case of smaller, entrepreneurial investors). Investment arbitration therefore does not set up a system of resolving disputes between presumed equals as in commercial arbitration, but a system of protection of foreign investors that are by exposure to political risk, lack of familiarity with and integration into, an alien political, social, cultural, commercial, institutional and legal system, at a disadvantage. Legal principles for and methodological approaches to examining the factual situation, habits, natural instincts and styles of commercial arbitration are therefore no suitable guideposts for investment arbitration».).

<sup>61</sup> Фундаментальное значение решения по делу *International Thunderbird Gaming v. Mexico* (сноска 49), Особое мнение Томаса Вэльде (*Thomas Wälde*), пункт 13. «Для арбитражного процесса между инвестором и государством больше подходят аналогии с судебным контролем действий государства - будь то в рамках международного судебного контроля (как например, Панели ВТО и ее Апелляционного органа, Европейского или Межамериканского суда по правам человека или Европейского Суда) или на уровне национальных административных судов, рассматривающих иски отдельных граждан о предполагаемых злоупотреблениях государственной властью. Во всех этих случаях речь идет о злоупотреблениях государственных органов в отношении частных лиц, которые фактически и на законных основаниях доверяют заверениям и гарантиям, полученным ими от государства; в международном коммерческом арбитраже, с другой стороны, речь идет, скорее, о толковании условий договора в соответствии с принципом добросовестности. Злоупотребление государственной властью не является проблемой международного коммерческого арбитража, а представляет собой основу стандартов эффективного управления (*Good Governance-Standards*), закрепленных в соглашениях о защите инвестиций. Речь идет о том, чтобы предотвратить злоупотребления государством своей роли как суверенной и регулирующей власти, после того, как оно взяло на себя соответствующее обязательство» («... more appropriate for investor-state arbitration are analogies with judicial review relating to governmental conduct – be it international judicial review (as carried out by the WTO dispute panels and Appellate Body, by the European- or Inter-American Human Rights Courts or the European Court of Justice) or national administrative courts judging the disputes of individual citizens' [sic] over alleged abuse by public bodies of their governmental powers. In all those situations, at issue is the abuse of governmental power towards a private party that did and could legitimately trust in governmental assurances it received; in commercial arbitration on the other hand it is rather a good-faith interpretation of contractual provisions that is at stake. Abuse of governmental powers is not an issue in commercial arbitration, but it is at the core of the good-governance standards embodied in investment protection treaties. The issue is to keep a government from abusing its role as sovereign and regulator after having made commitments».).

инструмент правовой защиты средствами публичного права, а международное право защиты инвестиций в целом как публично-правовую дисциплину, так как, в сущности, речь идет об ограничении и контроле государственной власти по отношению к частным инвесторам.

## **5. Инвестиционное арбитражное судопроизводство как осуществление публичной власти**

Публично-правовое измерение международного права защиты инвестиций не исчерпывается, однако, лишь ограничением действий суверенной власти государств и ее контролем со стороны инвестиционных арбитражей. Его публично-правовая составляющая следует также из того влияния и значения арбитражных решений, которые они имеют за рамками подлежащего решению конкретного спора. Здесь имеются в виду два важных аспекта - конкретизация норм и судебное правотворчество, которые осуществляются инвестиционными арбитражами. Принимаемые ими решения влияют не только на поведение государства-ответчика, но и на ожидания и поведение инвесторов и государств, которые не являются ни участниками конкретного арбитражного разбирательства, ни участниками применимого соглашения о защите инвестиций. Инвестиционные арбитражи осуществляют в этом отношении публичную власть, выходящую по своему значению за рамки конкретного случая. Это является также причиной для серьезных сомнений относительно легитимности инвестиционного арбитража, так как глобальное регулирующее воздействие признается, как правило, исключительно за арбитражными инстанциями, легитимированными консенсусом сторон.<sup>62</sup>

Характеристика деятельности инвестиционных арбитражей как осуществление публичной власти может вызвать удивление. На первый взгляд, третьи лица, как инвесторы, так и государства, не должны вовсе проявлять интереса к арбитражным разбирательствам, в которых они не участвуют, и, по идее, такие разбирательства не должны влиять на их действия и поведение. Скорее наоборот, материальное и процессуальное право защиты инвестиций организовано как раз таким образом, чтобы избежать его действия на субъекты, не являющиеся сторонами соглашения.

---

<sup>62</sup> По данной проблеме в контексте действия принципа демократии см. *A. von Bogdandy/I. Venzke, Zur Herrschaft internationaler Gerichte: Eine Untersuchung internationaler öffentlicher Gewalt und ihrer demokratischen Rechtfertigung, ZaöRV 70 (2010), 1.* В целом к подходу, в соответствии с которым феномен господства на наднациональном уровне рассматривается с точки зрения осуществления публичной власти см. *A. von Bogdandy et al.* (сноска 35).

В этом смысле действующие соглашения о защите инвестиций не только по своей форме являются двусторонними; многие соглашения, более того, специально предусматривают положения, четко направленные на то, чтобы ограничить действие принимаемых арбитражных решений в качестве прецедентов для будущих разбирательств.<sup>63</sup>

Правовая реальность, однако, со всей определенностью демонстрирует, что принимаемые арбитражные решения затрагивают также и «непричастных» инвесторов и государства именно вследствие того, что в рамках инвестиционного арбитража сложилась комплексная система прецедентов.<sup>64</sup> Так, практически в каждом арбитражном решении содержатся ссылки на предшествующую судебную-арбитражную практику толкования и интерпретации соглашений о защите инвестиций.<sup>65</sup> Поскольку решения инвестиционных арбитражей, в отличие от решений коммерческого арбитража, как правило, публикуются,<sup>66</sup> они в решающей степени оказывают влияние как прецеденты на толкование соглашений о защите инвестиций. Хотя формально эти решения не являются общеобязательными, они, таким образом, влияют косвенно и на действия государств и инвесторов. Решения инвестиционных арбитражей приобретают, тем самым, выходящее за рамки конкретного

---

<sup>63</sup> См. ст. 1136 часть 1 Североамериканского соглашения о свободной торговле (НАФТА): «Решение, принятое арбитражем не будет иметь обязательной силы, кроме как в отношении сторон спора и в отношении данного конкретного дела» (An award made by a Tribunal shall have no binding force except between the disputing parties and in respect of the particular case.). Аналогично этому, ст. 53 абз. 1 *ICSID*-Конвенции: “The award shall be binding on the parties”. По вопросу об отсутствии у более ранних решений *ICSID*-Трибунала обязательного значения как прецедента см. также решение по делу *AES Corp v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/02/17, Decision on Jurisdiction, 26.4.2005, Rdnr. 23; *SGS Société Générale de Surveillance SA v. Republic of the Philippines*, ICSID Case No. ARB/02/6, Decision of the Tribunal on Objections to Jurisdiction, 29.1.2004, Rdnr. 97; *C. Schreuer/L. Malintoppi/A. Reinisch/A. Sinclair*, The ICSID Convention: A Commentary, 2. Aufl. 2009, Art. 53, Rdnr. 16.

<sup>64</sup> По данной теме см. *G. Kaufmann-Kohler*, Arbitral Precedent: Dream, Necessity or Excuse?, *Arbitration International* 23 (2007), 357.

<sup>65</sup> *J. Commission*, Precedent in Investment Treaty Arbitration – A Citation Analysis of a Developing Jurisprudence, *J. Int. Arb.* 24 (2007), 129; *O. K. Fauchald*, The Legal Reasoning of ICSID Tribunals – An Empirical Analysis, *EJIL* 19 (2008), 301.

<sup>66</sup> Решения инвестиционных арбитражей могут публиковаться с согласия сторон; согласно пункту 48 часть 4 Арбитражных правил *ICSID*, Секретариат публикует выдержки из обоснования решений, если решение арбитража подвергается перепроверке национальным судом вне системы *ICSID* или если арбитражное решение публикуется одной из сторон. Решения коммерческих арбитражей, напротив, значительно чаще остаются неопубликованными, хотя и здесь обоснование арбитражей регулярно освещается в специализированных юридических публикациях. Это происходит, однако, не на такой систематической основе, как публикация решений инвестиционных арбитражей.

разбирательства нормативное значение, регулирующее поведение субъектов инвестиционных правоотношений. Ведь нормативные представления фактически или потенциально участвующих в инвестиционных арбитражных разбирательствах инвесторов и государств, а также адвокатов и арбитров о том, как должны применяться соглашения о защите инвестиций, ориентируются, в первую очередь, на более ранние арбитражно-судебные прецеденты.<sup>67</sup>

В свою очередь, инвесторы и государства задействуют эти представления, обращаясь к арбитражным прецедентам в своих письменных ходатайствах и устных заявлениях на слушаниях в арбитраже. Таким образом, прецедентные решения используются здесь, в первую очередь, в качестве средства юридической аргументации. Эта практика, однако, показывает, что государства и инвесторы исходят из того, что арбитраж принимает свое решение не на основе абстрактного толкования соглашения о защите инвестиций, а увязывает свое решение и его обоснование с дискурсивными рамками, сформулированными предшествующей арбитражной практикой.<sup>68</sup> Арбитражи реагируют, в конечном счете, на эти ожидания сторон спора<sup>69</sup> и, ориентируясь в своем

---

<sup>67</sup> См. *M. Jacob*, Lawmaking through International Precedent, GLJ 12 (2011) (готовится к публикации). См. также Japan – Taxes on Alcoholic Beverages, WT/DSS/AB/R, WT/DS10/AB/R, WT/DS11/AB/R, Report of the Appellate Body, 4.10.1996, 14 «Принятые отчеты панели являются важной составной частью нормативно-правовой базы Генерального соглашения по тарифам (ГАТТ). Они часто учитываются в последующих решениях панели. Они порождают законные ожидания стран-членов ВТО, и поэтому должны приниматься во внимание, если они актуальны для соответствующего спора. Тем не менее, они не являются обязательными, за исключением решения конкретного спора между сторонами судебного разбирательства». («Adopted panel reports are an important part of the GATT acquis. They are often considered by subsequent panels. They create legitimate expectations among WTO Members, and, therefore, should be taken into account where they are relevant to any dispute. However, they are not binding, except with respect to resolving the particular dispute between the parties to that dispute».)

<sup>68</sup> Так напр., в решении по делу *АЕС против Аргентины (AES v. Argentina)* (сноска 63, пункт 18) было констатировано, что инвестор ссылался на ранее вынесенные арбитражные решения «более или менее так, как если бы они были прецедентами для того, чтобы сказать, что возражения Аргентины против юрисдикции данного суда являются беспредметными или даже бесполезными, поскольку эти суды уже определили ответ, который должен быть дан на идентичные или сходные возражения против юрисдикции (more or less as if they were precedent [tending] to say that Argentina's objections to the jurisdiction of this Tribunal are moot if not even useless since these tribunals have already determined the answer to be given to identical or similar objections to jurisdiction)».

<sup>69</sup> См. напр., решение по делу *Эль Пасо Энерджи Интернэшнл Ко против Аргентины (El Paso Energy International Co v. Argentine Republic)*, ICSID Case No. ARB/03/15, Decision on Jurisdiction, 27.4.2006, пункт 39 (арбитраж будет следовать той же линии, [что и более ранние решения], тем более, что обе стороны «в их письменных

обосновании на предшествующие судебные решения, активно участвуют в консолидации подхода, ориентированного на прецеденты.

Примечательно, что такое последовательно развивающееся формирование нормативных представлений происходит относительно независимо от того, имели ли более ранние арбитражные решения отношение к тому же самому соглашению о защите инвестиций. Соответственно, в возрастающей степени формируются общие для различных соглашений представления относительно их интерпретации. Арбитражные решения приобретают, благодаря этому, выходящее за рамки данного соглашения (генерализирующее) значение, которое, в конечном счете, имеет глобальные последствия для регулирования поведения субъектов инвестиционных правоотношений. Этот процесс существенно отличается от аналогичных процессов, происходящих на уровне коммерческого арбитража. В последнем случае поиск арбитражного решения реагирует на нормативные ожидания, которые следуют из принципов государственного правопорядка и их интерпретации национальными судами.<sup>70</sup> В инвестиционном арбитраже, напротив, нормативные ожидания «подпитываются» самой арбитражной судебной практикой.

Регулятивную функцию арбитражных решений, которая выходит за рамки отдельного соглашения, можно продемонстрировать и на примере их влияния на договорную практику государств. Так, например, при необходимости государства реагируют на арбитражные решения, с которыми они не согласны, изменением их договорной практики даже в тех случаях, когда соответствующее решение касалось полностью автономного соглашения о защите инвестиций.<sup>71</sup> Это еще одна дополнительная черта к

---

заявлениях и в ходе устного разбирательства в значительной степени опирались на прецеденты» («will follow the same line [as earlier awards], especially since both parties, in their written pleadings and oral arguments, have heavily relied on precedent»).

<sup>70</sup> *Lex mercatoria* как ненациональная система регулирования для международных торговых отношений между частными субъектами может рассматриваться в этом смысле в качестве исключения, если придерживаться точки зрения, что здесь речь идет о правовой системе, которая независима от национального права и международного права и которая также в значительной мере развивается на основе арбитражных решений.

<sup>71</sup> Интерпретация оговорки о наибольшем благоприятствовании арбитражем в решении по делу *Emilio Agustín Maffezini v. Spain*, ICSID Case No. ARB/97/7, Decision of the Tribunal on Objections to Jurisdiction, 25.1.2000, пункт 38 и сл., привела, например, к тому, что третьи «незаинтересованные» страны предусмотрели в своих соглашениях о защите инвестиций т.н. «анти-Маффесини» оговорки. См. ст. 10.4 часть 2 прим. 1 проекта Соглашения о свободной торговле между Центральной Америкой и США, 28.1.2004, <[http://www.sice.oas.org/TPD/USA\\_CAFTA/Jan28draft/Chap10\\_e.pdf](http://www.sice.oas.org/TPD/USA_CAFTA/Jan28draft/Chap10_e.pdf)>. Также расширительное толкование условия о справедливом и равноправном режиме («fair and equitable treatment») и понятия «косвенной экспроприации» побудили различные государства, в том числе и США, к тому, чтобы предусмотреть ограничительные

представлениям государств о функционировании инвестиционных арбитражей как части единой системы, имеющей общую для различных соглашений природу, а соответственно, как элемента многостороннего правопорядка с регулирующей и упорядочивающей функцией.

Действительно, в чисто количественном отношении в обоснованиях арбитражных решений преобладают разъяснения к прецедентным решениям,<sup>72</sup> хотя они рассматриваются в международном праве исключительно лишь в смысле «источников познания права».<sup>73</sup> Но также и в качественном отношении «преюдиции» (прецеденты) имеют первостепенное значение в процессе принятия и обоснования арбитражных решений, особенно в отношении интерпретации «канона» прав инвесторов, которые, как правило, предоставляются им в рамках соглашений о защите инвестиций. Так, арбитражи нередко ссылаются, например, при истолковании принципа справедливого и равноправного режима («*fair and equitable treatment*») в первую очередь, на интерпретацию этого принципа в предыдущей арбитражной практике. Толкование соответственно применимого соглашения, оторванное от преюдиций, является в противоположность этому исключением.<sup>74</sup>

Арбитражное решение в рамках *NAFTA* по делу *Waste Management против Мексики* (*Waste Management v. Mexico*) является в этом отношении одним из наиболее типичных примеров. В этом деле арбитраж сформулировал определение «справедливого и равного режима» на основе ранее принятых арбитражных решений и применил выявленное таким образом нормативное содержание этого принципа в рассмотренном им деле:

---

оговорки в более поздних соглашениях о защите инвестиций. Ст. 10.5 часть 2 а) Соглашения между Доминиканской Республикой, Центральной Америкой и США о свободной торговле (<http://www.ustr.gov/trade-agreements/free-trade-agreements/cafta-dominican-republic-central-americafta>), предусматривает, например, в отход от прежде принятых формулировок: «справедливый и равноправный режим включает запрет отказа в предоставлении правовой защиты в рамках уголовного, гражданского или административного процесса в соответствии с принципом надлежащей процедуры, как он признан в наиболее авторитетных правовых системах мира» («*fair and equitable treatment includes the obligation not to deny justice in criminal, civil, or administrative adjudicatory proceedings in accordance with the principle of due process embodied in the principal legal systems of the world*»). В целом о влиянии инвестиционной арбитражной практики на договорную практику см. также UNCTAD, *Investor-State Dispute Settlement and Impact on Investment Rulemaking*, 2007, [http://unctad.org/en/docs/iteiia20073\\_en.pdf](http://unctad.org/en/docs/iteiia20073_en.pdf).

<sup>72</sup> J. Commission (сноска 65), 148.

<sup>73</sup> См. ст. 38 часть 1 г) Устава Международного Суда ООН.

<sup>74</sup> Примером этого может служить решение по делу *Glamis Gold v. US* (сноска 41), пункт 598 и сл.

«Дела *S.D. Myers, Mondev, ADF* и *Loewen* в совокупности позволяют предположить, что минимальный стандарт справедливого и равноправного режима оказывается нарушенным в результате вменяемого государству действия, которое наносит ущерб истцу, если это действие является произвольным, очевидно несправедливым, непропорциональным или неравноправным, носит дискриминационный характер и подвергает истца общественным или расовым предрассудкам или предполагает отсутствие надлежащего процесса, ведущего к результату, что оскорбляет судебную этику, как это имеет место в случае нарушения норм элементарной справедливости в судебном разбирательстве или полного отсутствия публичности и открытости в административном процессе». («Taken together, the *S.D. Myers, Mondev, ADF* and *Loewen* cases suggest that the minimum standard of treatment of fair and equitable treatment is infringed by conduct attributable to the State and harmful to the claimant if the conduct is arbitrary, grossly unfair, unjust or idiosyncratic, is discriminatory and exposes the claimant to sectional or racial prejudice, or involves a lack of due process leading to an outcome which offends judicial propriety – as might be the case with a manifest failure of natural justice in judicial proceedings or a complete lack of transparency and candour in an administrative process»).<sup>75</sup>

Если прецеденты, на которые делались ссылки в разбирательстве по делу *Waste Management*, еще были решениями, вынесенными исключительно в рамках арбитража *NAFTA*, то большинство арбитражей для определения значения «справедливого и равного режима» ссылаются на сложившуюся арбитражную практику в целом, без учета того, какое именно соглашение о защите инвестиций было применено в конкретном случае. Так, например, определение «справедливого и равного режима», содержащееся в арбитражном решении по делу *Текмед против Мексики (Tecmed v. Mexico)*, в котором речь шла о применении соглашения о защите инвестиций между Испанией и Мексикой,<sup>76</sup> стало общепризнанным *locus classicus* (классическим примером) для характеристики этого правового института. В частности, данное определение было использовано арбитражами в качестве масштаба для интерпретации оговорок о «справедливом и равном режиме» в соглашениях о защите иностранных инвестиций между Чили и Малайзией<sup>77</sup>, Эквадором и США<sup>78</sup>, а также ФРГ и Аргентиной<sup>79</sup>. Аналогичный подход, ориентированный на учет

---

<sup>75</sup> *Waste Management Inc v. United Mexican States*, ICSID Case No. ARB(AF)/00/3 (NAFTA), Award, 30.4.2004, пункт 98.

<sup>76</sup> *Tecnicas Medioambientales Tecmed SA v. United Mexican States*, ICSID Case No. ARB(AF)/00/2, Award, 29.5.2003, пункт 154.

<sup>77</sup> *MTD Equity Sdn Bhd and MTD Chile SA v. Republic of Chile*, ICSID Case No. ARB/01/7, Award, 25.5.2004, пункт 113 и сл.

<sup>78</sup> *Occidental Exploration and Production Co v. Republic of Ecuador*, UNCITRAL, LCIA Case No. UN3467, Final Award, 1.6.2004, пункт 185.

<sup>79</sup> *Siemens AG v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/02/8, Award, 6.2.2007, пункт 298 и сл.

прецедентов, используется также при применении других принципов и основных институтов международного права защиты инвестиций.<sup>80</sup>

Стоит отметить, наконец, что влияние арбитражных прецедентов на решения арбитражей является значительным и в тех случаях, когда принятое решение отклоняется от правовых позиций, сформулированных в предшествующей практике. Ведь и в этих случаях прецедентные решения становятся предметом интенсивного рассмотрения со стороны инвестиционных арбитражей, которое часто включено в рамки, предполагающие определенную конвергенцию в догматическом отношении. Типичными аргументами, которые содержатся в решениях, расходящихся с существующими прецедентами, являются, например, выделение различий соответствующих исходных фактических обстоятельств дела или интерпретационное ограничение значения ранее принятого арбитражного решения, например, за счет трактовки его *ratio* не как правила, а лишь как общего принципа, допускающего исключения, или же за счет того, что само прецедентное решение рассматривается как частное исключение из общего принципа.<sup>81</sup>

Помимо этого, даже в том случае, когда арбитраж осознанно и явно отступает от прежних арбитражных решений, он, как правило, исходит из существования общей для различных инвестиционных соглашений системы. Это проявляется, в частности в том, что отказ следовать сложившейся интерпретации сопровождается в этом случае систематическим обоснованием. Чаще всего аргументом является не то, что суд не следует в своем решении сформулированному прецеденту, поскольку его задача собственно ограничивается тем, чтобы решить конкретный спор и имеющийся прецедент не имеет (обязательной) нормативной силы.<sup>82</sup> В большей мере, отступление от прецедента

---

<sup>80</sup> По этой причине общие монографические разработки по проблемам международного права защиты инвестиций определяют как содержание материального стандарта защиты, так и другие основные понятия инвестиционного права, в первую очередь, с учетом их толкования в сложившейся арбитражной практике. См. напр., С. *McLachlan/L. Shore/M. Weiniger*, *International Investment Arbitration – Substantive Principles*, 2007; R. *Dolzer/C. Schreuer*, *Principles of International Investment Law*, 2008; A. *Newcombe/L. Paradell* (сноска 1).

<sup>81</sup> Более подробно S. *Schill* (сноска 11), 347 и сл.

<sup>82</sup> Иначе, однако, в решении по делу *Росинвестко ЮК лтд против Российской Федерации (RosInvestCo UK Ltd v. Russian Federation)*, SCC Case No. V 079/2005, Award on Jurisdiction, октябрь 2007 года, пункт 137: «Арбитраж не видит необходимости вступать в подробную дискуссию [о более ранних решениях]. Трибунал согласен со сторонами, что действительно на этой основе можно прийти к самым различным выводам в зависимости от того, как интерпретируются различные формулировки арбитражной оговорки или оговорок о режиме наибольшего благоприятствования и их схожести как предпосылки для обобщения. Поскольку, однако, первоочередная задача данного трибунала состоит в том, чтобы решить переданное ему на рассмотрение дело,

обосновывается тем, что конкретный прецедент не может рассматриваться как генеральное и общепризнанное правило.<sup>83</sup> Таким образом, даже случаи явных разногласий между решениями судов инвестиционного арбитража иллюстрируют глубоко укоренившееся среди арбитражных судей представление о единстве международного права защиты инвестиций.

Представление о единстве международного права защиты инвестиций в возрастающей степени находит свое выражение также и в том, что арбитражи подчеркивают особое значение согласованности процесса принятия решений. Соответственно, многие арбитры видят свою собственную функцию часто не только в том, чтобы разрешить конкретный инвестиционный спор, но и способствовать разработке стройной системы международной защиты инвестиций. Решение арбитража *ICSID* о юрисдикции в деле *Сайпем против Бангладеш (Saipem v. Bangladesh)* особенно показательны в этом отношении:

«Трибунал считает, что он не связан предыдущими решениями. В то же время, он придерживается мнения, что он должен уделять должное внимание ранее принятым решениям международных трибуналов. Он считает, что при отсутствии убедительных оснований, свидетельствующих о противоположном, он обязан признавать решения, вынесенные в ряде последовательных дел. Он также считает, что, с учетом специфики соответствующего соглашения и обстоятельств конкретного дела, он обязан стремиться внести свой вклад в гармоничное развитие инвестиционного права и тем самым удовлетворить законные ожидания сообщества государств и инвесторов относительно их уверенности в верховенстве права». («The Tribunal considers that it is not bound by previous decisions. At the same time, it is of the opinion that it must pay due consideration to earlier decisions of international tribunals. It believes that, subject to

---

а не вести общую дискуссию о применимости оговорок о режиме наибольшего благоприятствования к положениям о разрешении споров, суд указывает на то, что комбинированная формулировка [оговорки о режиме наибольшего благоприятствования] и [арбитражной оговорки] в применимом двустороннем инвестиционном соглашении не является идентичной с формулировками других договоров, которые учитывались в этих других решениях». («[T]he Tribunal feels there is no need to enter into a detailed discussion of [earlier] decisions. The Tribunal agrees with the Parties that different conclusions can indeed be drawn from them depending on how one evaluates their various wordings both of the arbitration clause and the MFN-clauses and their similarities in allowing generalisations. However, since it is the primary function of this Tribunal to decide the case before it rather than developing further the general discussion on the applicability of MFN clauses to dispute-settlement-provisions, the Tribunal notes that the combined wording in [the MFN clause] and [the arbitration clause] of the [applicable] BIT is not identical to that in any of such other treaties considered in these other decisions.»).

<sup>83</sup> Наиболее показательны в решении по делу *SGS Société Générale de Surveillance S.A. v. Republic of the Philippines*, ICSID Case No. ARB/02/6, Decision of the Tribunal on Objections to Jurisdiction, 29.1.2004, пункты 119 и сл. Более подробно с примерами из других решений см. *S. Schill* (сноска 11), 341 и сл.

compelling contrary grounds, it has a duty to adopt solutions established in a series of consistent cases. It also believes that, subject to the specifics of a given treaty and of the circumstances of the actual case, it has a duty to seek to contribute to the harmonious development of investment law and thereby to meet the legitimate expectations of the community of states and investors towards certainty of the rule of law».).<sup>84</sup>

Таким образом, в целом можно наблюдать, что инвестиционное арбитражное производство оказывает существенное влияние и на поведение субъектов, не участвующих в конкретном разбирательстве. Решения арбитражей влияют на возможное толкование принципов и основных понятий международного права защиты инвестиций в будущих процессах. Они порождают также соответствующие нормативные ожидания в отношении процесса поиска и принятия арбитражных решений. Как раз, учитывая неопределенность правовых понятий, используемых в международных соглашениях о защите инвестиций, инвестиционные арбитражи могут во все возрастающей степени относительно автономно разрабатывать и реализовывать единое для различных соглашений о защите инвестиций квази-многостороннее международное право ответственности государств по отношению к иностранным инвесторам. В этом находит свое выражение единый для различных соглашений процесс конкретизации норм и развития права, который содержит также элемент осуществления публичной власти на

---

<sup>84</sup> *Saipem SpA v. People's Republic of Bangladesh*, ICSID Case No. ARB/05/07, Decision on Jurisdiction and Recommendation on Provisional Measures, 21.3.2007, пункт 67. См. также *International Thunderbird Gaming v. Mexico*, (сноска 49), Особое мнение *Томаса Вэльде (Thomas Wälde)*, пункт 16: «Даже если отдельные арбитражные решения сами по себе и не являются обязательными прецедентами, последовательная линия аргументации, в которой развивается какой-либо правовой принцип или определенное толкование конкретного договорного обязательства, должна приниматься во внимание; если складывается авторитетная судебная практика, она принимает характер международного обычного права и должна учитываться» («While individual arbitral awards by themselves do not as yet constitute a binding precedent, a consistent line of reasoning developing a principle and a particular interpretation of specific treaty obligations should be respected; if an authoritative jurisprudence evolves, it will acquire the character of customary international law and must be respected»). См. также *MCI Power Group LC and New Turbine Inc v. Republic of Ecuador*, ICSID Case No. Arb/03/6, Decision on Annulment, 19.10.2009, пункт 24: «Ответственность за обеспечение последовательности судебной практики и создание согласованной системы правовых норм несут, в первую очередь, инвестиционные арбитражи. В выполнении этой задачи им оказывает поддержку развитие общего правового убеждения и постепенная эволюция «устойчивой практики» («The responsibility for ensuring consistency in the jurisprudence and for building a coherent body of law rests primarily with the investment tribunals. They are assisted in their task by the development of a common legal opinion and the progressive emergence of 'une jurisprudence constante'»).

глобальном уровне. Это также ставит вопрос о легитимности, поскольку консенсус сторон спора не может легитимировать действие арбитражных решений в отношении субъектов, не являющихся сторонами спора. В этом отношении, понимание международного права защиты инвестиций, как публичного права, может содействовать тому, чтобы развеять подобные сомнения. Тем самым здесь затрагивается центральная функция публичного права, а именно его функция обеспечивать легитимность и ответственность осуществления публичной власти по отношению к частным лицам.<sup>85</sup>

## **6. Международное право защиты инвестиций и сравнительное публичное право**

Международное право защиты инвестиций не только должно концептуально и догматически пониматься как составная дисциплина публичного права. Оно должно также опираться на специфические публично-правовые методы, которые могут оказаться полезными для преодоления недоверия со стороны государств, инвесторов и гражданского общества и служат также легитимации осуществления публичной власти в данной области.

Публично-правовая перспектива и выбор соответствующего ей метода является реакцией на то, что, с одной стороны, международное право защиты инвестиций выполняет публично-правовую функцию при регулировании нормативных рамок для отношений между инвесторами и государствами, а с другой стороны, на то, что инвестиционные суды осуществляют публичную власть на глобальном уровне. Соответственно, существуют общие моменты как по отношению к национальному конституционному и административному праву, так и по отношению к иным международно-правовым режимам, имеющим собственный механизм разрешения споров. Одновременно при выборе метода следует, однако, учитывать и то обстоятельство, что международное право защиты инвестиций не представляет собой публично-правовую дисциплину национального права, а имеет надгосударственный характер.

Метод публично-правового сравнительного правоведения, предлагаемый в настоящей статье, позволяет рассматривать проблемы в области международного права защиты инвестиций без ущерба для традиционной международно-правовой методики интерпретации и юридического учения

---

<sup>85</sup> См. A. von Bogdandy/P. Dann/M. Goldmann, *Developing the Publicness of Public International Law: Towards a Legal Framework for Global Governance Activities*, в: A. von Bogdandy и др. (сноска 35), 3, 10.

об источниках права. Этот метод должен был бы стать неотъемлемой составной частью развития правовой доктрины международного права защиты инвестиций, а также средством правовой политики и политики реформирования. Публично-правовое сравнительное правоведение должно привлекаться не только для интерпретации неопределенных основополагающих принципов права защиты инвестиций, но также и для поиска решений институциональных и процедурных вопросов урегулирования споров. Публично-правовая компаративистика может оказаться в этой связи особенно ценной, поскольку традиционные методы толкования в международном праве, которые фокусируются на дословном тексте соглашения в его контексте, а также в свете объекта и целей соглашения, имеют свои границы; то же самое справедливо и в отношении идентификации норм международного обычного права. Особенно это ясно, когда речь заходит о конкретизации неопределенных правовых понятий международного права защиты инвестиций, например, понятия «справедливого и равного режима», и об их применении в отношении действий государственной власти в современном регулирующем государстве.<sup>86</sup>

В поддержку такого подхода выступил в своем особом мнении к решению по делу *International Thunderbird Gaming* Томас Вэльде (*Thomas Wälde*) при определении нормативного содержания принципа защиты доверия как элемента «справедливого и равного режима» согласно ст. 1105

---

<sup>86</sup> Правовые вопросы, связанные с государственным вмешательством в иностранные инвестиции, относятся к «классической сфере» международно-правовой защиты иностранцев. Соответствующие нормы применялись на уровне межгосударственных арбитражных комиссий уже в 19-м и начале 20-го века. И в настоящее время они имеют определенное значение для современного права защиты инвестиций. Тем не менее, лежащие в их основе правовые убеждения не всегда могут быть перенесены на фактические условия современного регулирующего государства, которые нередко обнаруживают особую специфику. Также традиционные методы интерпретации международно-правовых соглашений наталкиваются на методические пределы при выяснении смысла таких неопределенных правовых понятий как «справедливый и равный режим», при котором центральное значение имеет не определенный критерий оценки данного содержания, а, скорее, смыслообразование путем конкретизации норм и судебного развития права. Так например, текстуальная (грамматическая) интерпретация понятий «справедливый» и «равный» может быть заменена аналогично неопределенными понятиями как «честный», «беспристрастный» или «легитимный». Это не сможет, однако, уточнить или конкретизировать нормативное содержание данного принципа без использования оценочных суждений, выходящих за рамки буквального текста. В той же малой степени толкование цели и назначения соглашений, состоящих в содействии иностранным инвестициям и их защите, может привести к субстанциональному смыслообразованию «справедливого и равного режима» без привлечения «внешних» оценочных критериев.

Соглашения *NAFTA* при помощи сравнительно-правового метода.<sup>87</sup> По его мнению, нормативное содержание «справедливого и равного режима», может быть обосновано и конкретизировано при помощи использования концепций «договорного права», в частности, принципа *estoppel* (англ. *estoppel* - процессуальный отвод, лишение права возражать) и *venire contra factum proprium* («никто не может противоречить собственному предыдущему поведению»). Вместе с тем, он высказался в пользу сравнительно-правового анализа соответствующих концепций публичного права, как они разработаны в практике Суда Евросообществ, Европейского Суда по правам человека, в рамках разрешения споров в системе Всемирной Торговой Организации, а также в «передовых системах административного права» на национальном уровне.

Сравнительно-правовой подход должен, в первую очередь, концептуализировать основные принципы права защиты инвестиций как публично-правовые принципы. К таким принципам относятся, в частности, предоставление иностранным инвесторам т.н. «национального режима» (т. е. таких же условий, как и отечественным инвесторам), принцип «справедливого и равного режима», запрета прямой или косвенной безвозмездной экспроприации, обязательства по предоставлению полной защиты и безопасности и т.д. Здесь важно также показать черты сходства этих принципов как с национальным публичным правом, так и с другими международно-правовыми режимами, например, международной защитой прав человека или международным торговым правом. Затем на сравнительно-правовой основе могут быть исследованы подходы к решению более специальных проблем, разработанные в других публично-правовых режимах, и, насколько это возможно и целесообразно, они могут быть перенесены в международное право защиты инвестиций. При этом публично-правовая компаративистика может не только предлагать подходы к решению материально-правовых проблем в отношениях между государствами и инвесторами, но и вопросов процессуального права и отношений между государствами и арбитражами. Среди таких вопросов следует назвать, например, проблемы применимости и пределов действия соответствующих процессуальных принципов публичного права или применимого арбитражем масштаба правового контроля.

Публично-правовое сравнительное правоведение может служить при этом различным целям. Во-первых, - более конкретной дефиниции содержания неопределенных правовых принципов международного инвестиционного права для конкретных сфер деятельности государства.

---

<sup>87</sup> *International Thunderbird Gaming v. Mexico* (сноска 49), Особое мнение Томаса Вэльде (*Thomas Wälde*), пункт 24 и сл. Аналогично также и в более позднем решении по делу *Total S.A. v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/04/1, Decision on Liability, 27.12.2010, пункт 128 и сл.

Во-вторых, - основой для оценки соотношения прав инвестора и коллидирующих правовых ценностей публичного или частного характера. В-третьих, оно может служить повышению целостности и непротиворечивости арбитражно-судебной практики, поскольку в ее основе будет лежать в этом случае единообразная методика. В-четвертых, публично-правовая компаративистика может способствовать усилению общей согласованности различных инвестиционно-правовых режимов и их открытости по отношению к другим международно-правовым режимам. В этом смысле сравнительно-правовой метод позволяет показать черты сходства между различными подходами международно-правового регулирования. В-пятых, компаративный подход может служить дополнительной легитимации существующей инвестиционной судебно-арбитражной практики в той мере, в какой она соответствует практике национальных судов или других международных судов, рассматривавших аналогичные проблемы. Наконец, важное значение публично-правовая компаративистика может иметь и для разработки предложений о реформировании договорной инвестиционной практики, а также практики арбитражного производства, в частности, в тех сферах, в которых в рамках других публично-правовых режимов сложились и действуют иные принципы.

Следует, помимо этого, учитывать, однако, и различные способы воздействия, которые сравнительное публичное право может иметь в международном праве защиты инвестиций. С одной стороны, оно может ограничиваться чисто право-политической функцией, если нормы и принципы, установленные через публично-правовое сравнительное правоведение, противоречат действующему праву защиты инвестиций.<sup>88</sup> С другой стороны, сравнительное публичное право может служить (юридически необязательным) ориентиром при поиске возможных решений проблем инвестиционного арбитража, которые являются общими для различных публично-правовых право порядков.<sup>89</sup> Сравнительное публичное право может, таким образом, привлекать внимание инвестиционных арбитражей к определенному институту публичного права, не приобретая при этом обязывающей силы. Наконец, сравнительное публичное право может оказывать непосредственное влияние на интерпретацию соглашений о защите инвестиций, например,

---

<sup>88</sup> *Гас Ван Хартен (Gus Van Harten)*, например, основывает свое требование проведения структурных реформ механизма разрешения споров в международном инвестиционном праве и, в частности, создания Постоянного Инвестиционного Суда, именно на сравнительном публично-правовом понимании принципов судебной независимости и беспристрастности судей. См. *G. Van Harten* (сноска 23).

<sup>89</sup> *W. W. Park/T. W. Walsh*, Review Essay: The Uses of Comparative Arbitration Law, *Arbitration International* 24 (2008), 615.

при выяснении смысла и значения отдельных понятий публичного права, которые закреплены в инвестиционных договорах (например, понятия экспроприации). Компаративистский публично-правовой подход может в этом смысле рассматриваться в качестве своего рода интерпретационной поддержки.<sup>90</sup>

Сравнительно-правовой подход может быть также использован для того, чтобы показать существование общих правовых принципов, которые являются источниками международного права<sup>91</sup> и которые в соответствии со ст. 31 частью 3с Венской Конвенции о праве международных договоров должны учитываться при толковании и применении соглашений о защите инвестиций как «соответствующие нормы международного права, применяемые в отношениях между участниками». Степень возможного влияния публично-правового сравнительного правоведения на толкование соглашений о защите инвестиций зависит при этом, в первую очередь, от того, насколько положения соответствующего соглашения оставляют место для интерпретации. Само сравнительное публичное право не является обязательным; оно может, однако, иметь прямое влияние на толкование соглашений, особенно в тех случаях, когда могут быть установлены общие принципы права, применение которых не исключается или не ограничивается соответствующими нормами договорного права.

## **7. Право защиты инвестиций и общие принципы публичного права**

В зависимости от целей сравнительно-правового рассмотрения строится выбор определенного правопорядка как масштаба или примера для сравнения. Для того, чтобы сформулировать предложения по реформированию существующих структур, достаточной может быть уже ссылка на какую-либо отдельную правовую систему. Если, однако, аргументируется, что определенные принципы или правила представляют собой общие принципы права, то в этом отношении действуют более строгие методические требования. Общие принципы права, как они понимаются в смысле ст. 31 части 3с Венской Конвенции о праве международных договоров, включают в себя правовые принципы, которые являются общепризнанными в рамках различных национальных правопорядков. Сюда относятся как правовые принципы, которые происходят из области межгосударственных отношений, так и правовые

---

<sup>90</sup> См. *M. Perkams*, *The Concept of Indirect Expropriation in Comparative Public Law – Searching for Light in the Dark*, в: S. Schill (сноска 35), 107 (111, 147).

<sup>91</sup> Ст. 38 часть 1 с) Устава Международного Суда.

принципы, которые присущи вообще любому правопорядку, будь то внутригосударственное или надгосударственное право.<sup>92</sup> Они должны устанавливаться особыми, специальными методами сравнительного правоведения с учетом национального и международного права.<sup>93</sup>

Действительно, общие принципы права, которые первоначально рассматривались в качестве второстепенных источников международного права<sup>94</sup>, играют в судебной практике международных судов и арбитражей все более важную роль: они используются в целях формирования и дальнейшего развития процессуального права международных судов;<sup>95</sup> они функционируют как источник материальных прав и обязанностей;<sup>96</sup> они служат в качестве вспомогательного интерпретационного средства, в качестве способа восполнения пробелов в праве и как средство дальнейшего (судебного) развития права.<sup>97</sup> В своей практике международные суды редко объясняют, какому методу они следуют при выведении общих принципов права. Часто они ограничиваются простым утверждением какого-либо принципа, вместо того чтобы доступно

---

<sup>92</sup> S. Kadelbach/T. Kleinlein, *International Law – A Constitution for Mankind? An Attempt at a Re-appraisal with an Analysis of Constitutional Principles*, GYIL 50 (2007), 303 (340) (m. w. N.). Подробный анализ см. также W. Weiss, *Allgemeine Rechtsgrundsätze des Völkerrechts*, AVR 39 (2001), 394; B. Cheng, *General Principles of Law as Applied by International Courts and Tribunals*, 1953; J. G. Lammers, *General Principles of Law Recognized by Civilized Nations*, в: F. Kalshoven et al. (Hrsg.), *Essays on the Development of the International Legal Order*, 1980, 53; R. Kolb, *La bonne foi en droit international. Contribution à l'étude des principes généraux de droit international public*, 2000, 24 и сл.; F. O. Raimondo, *General Principles of Law in the Decisions of International Criminal Courts and Tribunals*, 2008, 7 и сл.

<sup>93</sup> В частности, в настоящее время можно считать общепризнанным, что для определения общих принципов права не обязательно обращаться исключительно лишь к национальным правопорядкам. В меньшей степени, учитывая современное развитие международного права из сугубо межгосударственного права сотрудничества и сосуществования в направлении более общего права международного сообщества и активную позицию международных организаций, общие принципы права могут выводиться и из общих правовых принципов, которые касаются регулирования международных отношений. См. по этому вопросу S. Kadelbach/T. Kleinlein (сноска 92), 340.

<sup>94</sup> Указание на общие принципы права было включено в ст. 38 часть 1 с) Устава Постоянного Международного Суда с тем, чтобы избежать *non liquet* (отказа в вынесении судебного решения) в случае возможного пробела в международном праве. См. A. Pellet, *Article 38*, в: A. Zimmermann et al. (Hrsg.), *The Statute of the International Court of Justice: A Commentary*, 2006, пункт 245 (с ссылками на дальнейшие источники).

<sup>95</sup> См. B. Cheng (сноска 92), 257 и сл.; C. Brown, *A Common Law of International Adjudication*, 2007, 53 и сл.

<sup>96</sup> См. *Petroleum Development Ltd v. Sheikh of Abu Dhabi*, Award, 28.8.1951, *International Law Reports* 18 (1961), 149–50. См. также B. Cheng (сноска 92), 29 и сл.

<sup>97</sup> См. W. Weiss (сноска 92), 411 и сл.

обосновать его существование на сравнительно-правовой основе<sup>98</sup>. К общим принципам права часто прибегали в своей практике Постоянный Международный Суд и Международный Суд ООН,<sup>99</sup> Апелляционный орган ВТО,<sup>100</sup> международные уголовные суды,<sup>101</sup> Суд Евросоюза<sup>102</sup> и Европейский Суд по правам человека (ЕСПЧ)<sup>103</sup>. Также и инвестиционные арбитражи нередко применяют общие принципы права, в частности, для восполнения пробелов в праве, в качестве интерпретационной помощи,<sup>104</sup> а также для определения соответствующих прав и обязанностей сторон<sup>105</sup>.

Общие принципы публичного права приобретают при этом особое значение, поскольку международное право не ограничивается уже исключительно регулированием отношений между государствами, но и во все большей степени имеет предмет своего регулирования, также как и право защиты инвестиций, отношения между государством и частными лицами. В то время как *Херш Лаутерпахт (Hersch Lauterpacht)* в своем исследовании «Источники частного права и аналогии международного права» в 1927 году, имея ввиду приоритетную на тот исторический момент функцию международного права по координации отношений равноправных государств, еще мог утверждать, что «общие принципы права практически идентичны общим принципам частного права»<sup>106</sup>, в настоящее время положение изменилось самым существенным образом.<sup>107</sup>

---

<sup>98</sup> См. *M. Bothe*, Die Bedeutung der Rechtsvergleichung in der Praxis internationaler Gerichte, *ZaöRV* 36 (1976), 280.

<sup>99</sup> *F. O. Raimondo* (сноска 92), 17 и сл. Впрочем, Международный Суд ООН проявляет скорее более сдержанное отношение при привлечении общих принципов права, см. *H. Mosler*, Rechtsvergleichung vor völkerrechtlichen Gerichten, в: R. Marcic et al. (Hrsg.), *Internationale Festschrift für Alfred Verdross*, 1971, 381 (400 и сл.); *W. Weiss* (сноска 92), 417 и сл.

<sup>100</sup> См. *W. Weiss* (сноска 92), 418 и сл.

<sup>101</sup> *F. O. Raimondo* (сноска 92), 73 и сл.

<sup>102</sup> Более подробно см. *A. von Bogdandy*, Grundprinzipien, в: *A. von Bogdandy/J. Bast* (Hrsg.), *Europäisches Verfassungsrecht*, 2. Aufl. 2009, 13; *X. Groussot*, *General Principles of Community Law*, 2006; *T. Tridimas*, *The General Principles of EU Law*, 2006.

<sup>103</sup> См. *H. Mosler* (сноска 99), 391 и сл.

<sup>104</sup> См. *A. von Walter*, *Oil Concession Disputes*, в: R. Wolfrum (Hrsg.), *MPEPIL*, <http://www.mpepil.com>, пункт 24–34; *T. Gazzini*, *General Principles of Law in the Field of Foreign Investment*, *Journal of World Investment and Trade* 10 (2009), 103; *C. Schreuer et al.* (сноска 63), Art. 42, пункт 178 и сл.

<sup>105</sup> О принципе запрета злоупотребления правом как общем принципе права см. недавнее арбитражное решение по делу *Mobil Corporation, Venezuela Holdings u. a. v. Bolivarian Republic of Venezuela*, ICSID Case No. ARB/07/27, Decision on Jurisdiction, 10.6.2010, пункт 169 и сл.

<sup>106</sup> *H. Lauterpacht*, *Private Law Sources and Analogies of International Law*, 1927, 7.

<sup>107</sup> *G. della Cananea*, *Minimum Standards of Procedural Justice in Administrative Adjudication*, в: S. Schill (сноска 35), 39, подчеркивает, впрочем, что сравнительное правоведение относится к устоявшимся методам в публичном праве, развитие которых

На нынешнем этапе еще более актуальным стало то, что Вольфганг Фридман еще в 1963 году описал следующим образом:

«Наука международного права не может более довольствоваться применением частноправовых категорий по аналогии. Напротив, она скорее должна вести поиск подходящих аналогий во всем комплексе «общих принципов права, признанных цивилизованными нациями». С растущим значением международных правовых отношений между публичными институтами и субъектами частного права публичное право будет в возрастающей степени становиться плодотворным источником международного права» («The science of international law can no longer be content with the analogous application of private law categories. It must search the entire body of the “general principles of law recognized by civilized nations” for proper analogies. With the growing importance of international legal relations between public authorities and private legal subjects, public law will be an increasingly fertile source of international law»).<sup>108</sup>

При определении общих принципов права центральным вопросом является вопрос о том, какие именно правовые системы должны служить объектом сравнительно-правового исследования. Ст. 38 Устава Международного Суда говорит в этой связи об «общих принципах права, признанных цивилизованными нациями». Если в данной формулировке еще и слышны гегемониальные или евроцентристские представления о международном праве, то уже длительное время она, в целом, понимается в том смысле, что определенный принцип должен быть признан в важнейших правовых порядках, существующих в мире.<sup>109</sup>

---

можно проследить, как минимум, начиная с первой половины 19-го века, когда были заложены основы современного конституционного и административного права.

<sup>108</sup> *W. Friedmann*, The Uses of “General Principles” in the Development of International Law, *AJIL* 57 (1963), 279 (295).

<sup>109</sup> Данное ограничение важнейшими правовыми системами не может строиться на понятии «цивилизированной нации». Эта квалификация в ст. 38 часть 1 с) Устава Международного Суда сегодня не может больше выполнять функцию исключения определенных правовых порядков как незначимых. Подобное прочтение противоречило бы принципу суверенного равенства государств согласно ст. 2 части 1 Устава ООН. Ограничение важнейшими правовыми системами, представленными в мире, для выявления общих принципов права может быть, впрочем, оправдано на основе ст. 9 Устава Международного Суда. Здесь предусмотрено, что «состав судей в целом должен обеспечить представительство главнейших форм цивилизации и основных правовых систем мира». В этой связи представляется обоснованным понятие «цивилизированной нации» в ст. 38 части 1 с) Устава Международного Суда и понятие «главнейших форм цивилизации» в ст. 9 Устава Международного Суда рассматривать в их взаимосвязи. См. *W. Weiss* (сноска 92), 405 и сл.; *G. Schwarzenberger*, *International Law*, 3. Aufl. 1957, Vol. I, 44.

В условиях плюралистического миропорядка это позволяет, в принципе, без ограничений привлекать к сравнительному исследованию различные национальные правовые системы. В качестве абсолютного (обязательного) минимума для выявления общего принципа права рассматривается, тем не менее, привлечение к сравнению представительных право порядков, принадлежащих англосаксонской системе общего права, с одной стороны, и романо-германской системе континентального (гражданского) права, с другой.<sup>110</sup> Система общего права и система континентального права охватывает довольно широкий спектр национальных право порядков на всех континентах.<sup>111</sup>

С учетом трудностей сравнительно-правового анализа (здесь можно указать, в частности, на нередко лишь ограниченную доступность иностранного источниковедческого материала) в международной практике сложилось обыкновение в целях определения общих принципов права привлекать к анализу, по крайней мере, немецкое, французское, английское и американское право. Причина такого выбора лежит не в правовой гегемонии этих систем, а основывается, скорее, на том, что принципы и понятия, разработанные в рамках данных правовых систем, сравнительно легко доступны и, кроме того, оказали влияние на национальное публичное право многих стран. Разумеется, ничего не говорит против того, чтобы принимать во внимание также и другие правовые системы, лежащие вне приведенного канона. Наоборот, чем более широко заложен сравнительно-правовой анализ, тем более он убеждает. Тем не менее, смысл, предмет и цель соглашений о защите инвестиций подсказывает принимать во внимание, прежде всего, те правовые системы, которые структурируют отношения между государством и обществом на основе принципов правового государства (верховенства права), индивидуальной экономической свободы и защиты собственности.<sup>112</sup>

Впрочем, для выяснения общего принципа права не требуется количественное исследование всех или практически всех национальных правовых систем. Напротив, сравнительно-правовой анализ может быть

---

<sup>110</sup> См. *F. O. Raimondo* (сноска 92), 50 и сл.

<sup>111</sup> С одной стороны, многие бывшие колонии переняли и усвоили правовую систему соответствующих колониальных держав. С другой стороны, институты и принципы публично-правовых систем важнейших стран общего или континентального (гражданского) права получили широкое признание и в ходе правовых реформ в других странах. См. также *A. Pellet* (сноска 94), пункт 258.

<sup>112</sup> К вопросу об историческом формировании идеи соглашений о защите инвестиций и их целях см. *K. J. Vandeveld*, *The Political Economy of a Bilateral Investment Treaty*, *AJIL* 92 (1998), 621 (627); *K. J. Vandeveld*, *Investment Liberalization and Economic Development: The Role of Bilateral Investment Treaties*, *Colum. J. Transnat'l L.* 36 (1998), 501; *K. J. Vandeveld*, *Sustainable Liberalism and the International Investment Regime*, *Mich. J. Int'l L.* 19 (1998), 373.

ограничен качественным исследованием наиболее важных внутренних и/или надгосударственных правопорядков. Не является также необходимым условием, чтобы определенное правило существовало и применялось в этих правовых системах аналогичным образом. Достаточно, чтобы действующие в определенной области принципы получили общее признание и считались общепризнанными. Сравнительно-правовой метод, следовательно, предполагает не количественно-механический анализ, а научно-абстрагирующее, систематизирующее и оценочное исследование. Сравнительно-правовой анализ не может быть не критичным по отношению к существующим в национальных правопорядках различиям. Тем не менее, он должен оценивать их, в первую очередь, с функциональной точки зрения и поэтому обнаруживать достаточно высокий уровень абстракции. В противном случае он может затеряться в особенностях и специфике и упустить из виду общие регулирующие структуры, которые являются едиными для публичного права различных правовых систем.<sup>113</sup>

Другой аспект выбора сравниваемых правовых систем для выявления общих принципов права в области защиты инвестиций, касается вопроса о том, следует ли привлекать к рассмотрению, главным образом, национальные правопорядки государств-участников соответствующего инвестиционного соглашения или же более уместным является более полный и охватывающий сравнительно-правовой анализ. То обстоятельство, что большинство соглашений о защите инвестиций имеют двусторонний характер, могло бы говорить в пользу ограничения анализа публичным правом государств-участников соглашения.<sup>114</sup> Но в противоположность «классическим» двусторонним договорам, соглашения о защите инвестиций служат не только реализации принципа «услуга за услугу» (*quid pro quo*) в отношениях между двумя сторонами договора. Они являются, скорее, элементами общей для различных соглашений системы международной защиты инвестиций, которая, несмотря на двустороннюю форму этих соглашений, имеет многостороннюю природу.<sup>115</sup> Это обстоятельство говорит в пользу более широкого сравнительно-правового подхода, который не ограничивается публичным правом соответствующих государств-участников договора, а выходит за

---

<sup>113</sup> Справедливо *G. della Cananea* (сноска 107), 41, указывая на то, что «идея общих принципов права не обязательно находится в противоречии с признанием существующих различий» («the idea of general principles of law is not necessarily in contrast with the recognition of particularities»).

<sup>114</sup> Трибунал по претензиям между Ираном и США, например, формулировал общие принципы права, опираясь, прежде всего, на правовые системы Ирана и США; см. по данному вопросу *G. Hanessian*, "General Principles of Law" in the Iran-U.S. Claims Tribunal, *Colum. J. Transnat'l L.* 27 (1989), 309 (318).

<sup>115</sup> Более подробно см. *S. Schill* (сноска 11).

эти рамки и предпринимает попытку выявить общие принципы права, которые могут применяться на многосторонней основе.

При этом многосторонняя структура международного права защиты инвестиций проявляется, прежде всего, в единстве основных понятий, которые используют соглашения о защите инвестиций, в частности, в отношении таких принципов международного инвестиционного права, как запрет прямой и косвенной экспроприации, принцип «справедливого и равного режима», принцип предоставления национального режима и т.д.<sup>116</sup> Это единообразие, что важно подчеркнуть, является осознанным и планомерным и отражает интерес к унифицированным правилам. Международные соглашения о защите инвестиции следуют, почти без исключения, примерным (типовым, модельным) соглашениям, которые, в свою очередь, являются продуктом многосторонних процессов.<sup>117</sup> Так, большинство типовых соглашений базируются на усилиях стран-экспортеров капитала в 1960-х годах по созданию многостороннего соглашения о защите инвестиций в рамках Организации экономического сотрудничества и развития (ОЭСР). В последующем из этого типового соглашения сложилась общая модель соглашений о защите инвестиций, а именно соглашений между индустриальными государствами и развивающимися странами, с одной стороны, а также соглашений между развивающимися и менее отсталыми странами, с другой. В этом находит свое отражение тот факт, что в единых унифицированных положениях заинтересованы принципиально все государства. Только таким образом, в конечном счете, могут быть созданы единообразные конкурентные условия для глобальной экономики.

Более того, соглашения о защите инвестиций регулярно содержат оговорки о режиме наибольшего благоприятствования, которые обязывают государства не применять к иностранным инвесторам и их инвестициям иной режим только на основании их государственной принадлежности.<sup>118</sup> Независимо от наличия существенных расхождений по поводу

---

<sup>116</sup> В качестве пояснения, следует отметить, что тезис о многостороннем характере не означает, что все двусторонние соглашения о защите инвестиций идентичны и могут приравниваться к единому или общему многостороннему соглашению. Напротив, этот тезис означает, что существующие соглашения, не важно являются ли они двусторонними, региональными или секторальными (отраслевыми), основываются на общих принципах, выходящих за рамки отдельного соглашения и обнаруживают определенное сходство в такой мере, что они обоснованно могут рассматриваться как элементы унифицированного многостороннего режима, который следует единой институциональной логике и основывается на общих для различных соглашений понятиях.

<sup>117</sup> По данному вопросу см. *S. Schill* (сноска 11), 65 и сл.

<sup>118</sup> К вопросу о границах, действии и функции оговорок о режиме наибольшего благоприятствования см. *S. Schill* (сноска 11), 121 и сл.

«правильного» толкования оговорок о режиме наибольшего благоприятствования и, в частности, по вопросу о том, применимы ли они исключительно только к материальным стандартам обеспечения защиты, или же также и к процессуальным вопросам урегулирования спора арбитражами, эти оговорки придают преимуществам конкретного соглашения о защите инвестиций многосторонний характер и гармонизируют защиту инвестиций в соответствующем принимающем государстве. Это также говорит против ограниченного, сугубо «двустороннего» истолкования основных понятий и стандартов защиты в международных соглашениях о защите инвестиций.

Также необходимо учитывать, что сами инвесторы имеют широкие возможности за счет выбора соответствующей организационно-правовой (корпоративной) структуры избежать ограничений, которые могут быть предусмотрены в конкретном соглашении о защите инвестиций.<sup>119</sup> Путем создания дочерних компаний в «третьем» государстве инвесторы получают возможность соответственно перенаправлять свои инвестиции и подчинять их режиму защиты в рамках другого соглашения о защите инвестиций. Получившая в последнее время распространение практика «*treaty shopping*» (выбор истцом удобного соглашения в качестве правового основания для предъявления иска и использование подходящей для этого корпоративной инвестиционной структуры) подрывает понимание двусторонних соглашений о защите инвестиций в качестве исключительно двустороннего инструмента. Наконец, и арбитражная практика трактует соглашения о защите инвестиций как составную часть единого унифицированного режима инвестиций.<sup>120</sup> Об этом свидетельствуют, в частности, многочисленные и выходящие за рамки единичных соглашений о защите инвестиций ссылки на арбитражные прецеденты в решениях арбитражей.<sup>121</sup>

Исходя из этого, представляется принципиально неверным ограничивать в данном отношении публично-правовое сравнительное исследование лишь национальными правопорядками государств-участников соглашений о защите инвестиций. Это особенно справедливо в том случае, если речь идет об определении общих принципов права. В качестве направляющего ориентира для конкретизации и дальнейшего развития международного права защиты инвестиций сравнительное публичное право, наоборот, должно базироваться на более широком по охвату публично-правовом сравнительном правоведении.

---

<sup>119</sup> По данному вопросу см. *S. Schill* (сноска 11), 197 и сл.

<sup>120</sup> По данному вопросу см. *S. Schill* (сноска 11), 278 и сл.

<sup>121</sup> См. сноски 64-84 и сопровождающий основной текст.

Как источник международного права развитые таким образом общие принципы публичного права могут оказывать влияние не только на толкование соглашений о защите инвестиций, но и на применение общего международного обычного права. Применение публично-правовой компаративистики для выявления общих принципов права целесообразно поэтому также и в тех случаях, когда права инвесторов в соглашениях о защите инвестиций увязаны с минимальным стандартом международного обычного права, как это имеет место, например, при регулировании «справедливого и равноправного режима» и «режима полной защиты и безопасности» в соответствии с частью 1с статьи 1105 Соглашения НАФТА.<sup>122</sup> Ибо для нарушения международного обычно-правового минимального стандарта, если следовать позиции, выраженной в решении по делу *Нур (Neer)*, требуется, «недостаточность действий государства, которая в такой степени не соответствует международным стандартам, что любое разумное и беспристрастное лицо могло бы легко распознать его недостаточность» («an insufficiency of governmental action so far short of international standards that every reasonable and impartial man would readily recognize its insufficiency»).<sup>123</sup>

Данное обстоятельство также говорит в пользу сравнительно-правового анализа, используемого в целях установления подлежащего применению стандарта. Не в последнюю очередь связано это с тем, что минимальный стандарт, как заключает *Эдвин Борхард (Edwin Borchard)*,

«...состоит из единообразных практик, признанных цивилизованными нациями западного мира, которые породили и питали международное право. Уже задолго до принятия статьи 38 Устава Постоянного Международного Суда, которая объявила общие принципы права, признанные цивилизованными нациями, источником общего международного права, внешнеполитические ведомства и арбитражи ссылались на подобные общие принципы права в целях развития гибкого минимального стандарта, который они последовательно применяли в межгосударственной практике» (composed of the uniform practices of the civilized states of the western world who gave birth and nourishment to international law. Long before article 38 of the Statute of the Permanent Court of International Justice made the “general principles of law recognized by civilized states” a source of common international law, foreign offices and arbitral tribunals had

---

<sup>122</sup> См. NAFTA Free Trade Commission, Notes of Interpretation of Certain Chapter 11 Provisions, 31.7.2001, <http://www.international.gc.ca/trade-agreements-accords-commerciaux/disp-diff/nafta-interpr.aspx?lang=en>.

<sup>123</sup> *LFH Neer and Pauline E Neer (US) v. Mexico*, Opinion, 15.10.1926, 4 UNRIAA 61 и сл.

relied on such general principles to work out a loose minimum which they applied constantly in interstate practice)».<sup>124</sup>

Сравнительное публичное право может оказывать влияние на толкование принципов международного права защиты инвестиций в двояком смысле. С одной стороны, оно может служить конкретизации прав инвесторов в определенных областях в силу того, что к осуществлению публичной власти государством будут предъявляться определенные институциональные и процедурные требования, которые вытекают из национального (внутригосударственного) контекста и/или других международно-правовых режимов. Так, например, в целях конкретизации принципа «справедливого и равноправного режима» может быть использован сравнительно-правовой анализ национальных правовых систем в их понимании значения принципа правовой государственности (верховенства права) для разработки более точных масштабов организации административного процесса.<sup>125</sup> Аналогично этому, может быть разработана также систематика для разграничения допустимых ограничений права собственности, которые либо подлежат, либо не подлежат обязательному возмещению (компенсации).<sup>126</sup>

С другой стороны, сравнительное публичное право может быть применено для обоснования осуществления публичной власти государством. Если определенные действия, например, такие, как несоблюдение государством какого-либо обязательства по договору с инвестором в ситуации чрезвычайного положения, допускаются в различных национальных правопорядках в общем как не требующие обязательного возмещения, то суды инвестиционного арбитража должны рассматривать это как выражение общего принципа права и,

---

<sup>124</sup> *E. Borchard*, The “Minimum Standard” of the Treatment of Aliens, *Mich. L. Rev.* 38 (1940), 445 (448 f.). В этом же направлении также *American Law Institute, Restatement of the Law (Second) – Foreign Relations Law of the United States*, 1965, 501, § 165(2): «Международный минимальный стандарт правосудия ... представляет собой стандарт, который предусмотрен для обращения с иностранцами (а) действующими принципами международного права как они установлены в международном обычном праве, в решениях судов и арбитражей и в других признанных источниках права или при отсутствии таких применимых принципов (b) аналогичными принципами, которые признаны государствами, обладающими достаточно развитыми правовыми системами» («The international standard of justice ... is the standard required for the treatment of aliens by (a) the applicable principles of international law as established by international custom, judicial and arbitral decisions, and other recognized sources or, in the absence of such applicable principles, (b) analogous principles of justice generally recognized by states that have reasonably developed legal systems.»).

<sup>125</sup> См. *G. della Cananea* (сноска 107).

<sup>126</sup> См. *M. Perkams* (сноска 90).

соответственно, применять данное правило.<sup>127</sup> В этом смысле сравнительное публичное право может показывать не только минимальный, но и максимальный стандарт ответственности государства в области правовой защиты инвестиций.<sup>128</sup> В равной мере, сравнительное публичное право может способствовать выяснению критериев того, как разрешаются противоречия между защитой собственности и конкурирующими правовыми ценностями (законными интересами) в иных публично-правовых системах (примером может служить применение принципа пропорциональности).<sup>129</sup>

Источником действенного применения публично-правовой компаративистики в инвестиционном праве могут служить и иные правовые режимы. Особенное внимание в этом смысле заслуживает анализ судебной практики международных судов по правам человека,<sup>130</sup> в частности, практики Европейского Суда по правам человека, касающейся ст. 6 Европейской конвенции по правам человека (ЕКПЧ). Так, сформулированные им правовые позиции могут быть применены для конкретизации содержания принципа «справедливого и равноправного режима», например, при рассмотрении вопроса о том, была ли иностранному инвестору предоставлена эффективная правовая защита на национальном уровне. Постановка и решение данного вопроса играет важную роль как в праве защиты инвестиций, так и в области защиты прав человека.<sup>131</sup> Аналогично этому, представляется возможным в сравнительно-правовом аспекте обращаться к формирующимся принципам европейского административного права<sup>132</sup> или к практике Апелляционного органа

---

<sup>127</sup> В этом направлении недавнее решение по делу *Joseph Charles Lemire v. Ukraine*, ICSID Case No. ARB/06/18, Decision on Jurisdiction and Liability, 14.1.2010, пункт 506 («The desire to protect national culture is not unique to Ukraine. France requires that French radio stations broadcast a minimum of 40 % of French music, Portugal has a 25-40 % Portuguese music quota and a number of other countries impose similar requirements.»).

<sup>128</sup> Примером аргументации, что стандарт материально-правовой защиты в соглашениях о защите инвестиций не должен превосходить стандарты, действующие в развитых индустриальных странах, может служить публикация *S. Montt*, State Liability in Investment Treaty Arbitration, 2009, 21 и сл., 74 и сл.

<sup>129</sup> См. *A. Stone Sweet*, Investor-State Arbitration: Proportionality's New Frontier, Law & Ethics of Human Rights 4 (2010), <http://www.bepress.com/lehr/vol4/iss1/art4>; *B. Kingsbury/S. Schill*, Public Law Concepts to Balance Investors' Rights with State Regulatory Actions in the Public Interest – The Concept of Proportionality, в: *S. Schill* (сноска 35), 75.

<sup>130</sup> Подробно см. *U. Kriebaum*, Eigentumsschutz im Völkerrecht – Eine vergleichende Untersuchung zum internationalen Investitionsschutzrecht sowie zum Menschenrechtsschutz, 2009.

<sup>131</sup> См. *A. Ehsassi*, Cain and Abel: Congruence and Conflict in the Application of the Denial of Justice Principle, в: *S. Schill* (сноска 35), 213 (227 и сл.).

<sup>132</sup> См., напр. *J. Schwarze*, Europäisches Verwaltungsrecht, 2. Aufl. 2005; *P. Craig*, EU Administrative Law, 2006; *J.-B. Auby/J. Dutheil de la Rochère* (Hrsg.), Droit Administratif

Всемирной Торговой Организации, например, в целях определения критериев надлежащего правления и управления, как конкретизации «справедливого и равноправного режима».<sup>133</sup>

Наконец, подобное «междисциплинарное» сравнительно-правовое исследование представляет собой важный инструмент, позволяющий рассматривать отношения между арбитражами и сторонами спора через призму принципов публичного права. Это может иметь значение в решении вопросов, касающихся основных процессуальных начал,<sup>134</sup> масштаба арбитражного контроля,<sup>135</sup> принципа публичности и транспарентности в арбитражном процессе<sup>136</sup>, а также правовых последствий арбитражных решений.<sup>137</sup> При применении подобного междисциплинарного подхода необходимо в то же время учитывать и различия в целевых установках и контекстах регулирования, характерных для других правовых режимов. Эти различия могут, в свою очередь, препятствовать рецепции соответствующих правовых принципов в международное право защиты инвестиций.<sup>138</sup>

В целом, на основании вышесказанного можно сделать вывод, что публично-правовая компаративистика может влиять на международное право защиты инвестиций и инвестиционное арбитражное производство разнообразным образом. Это касается самых различных вопросов, относящихся как к материальному праву, так и к арбитражному процессу. Сравнительное публичное право помогает в результате понять и концептуализировать международное право защиты инвестиций в

---

Européen, 2007; *M. P. Chiti*, *Diritto amministrativo europeo*, 3. Aufl. 2008; *T. von Danwitz*, *Europäisches Verwaltungsrecht*, 2008.

<sup>133</sup> См. *J. Kurtz*, *The Merits and Limits of Comparativism: National Treatment in International Investment Law and the WTO*, в: S. Schill (сноска 35), 243. См. также *G. della Cananea*, *Beyond the State: the Europeanization and Globalization of Procedural Administrative Law*, *European Public Law* 9 (2003), 563 (575).

<sup>134</sup> См. *C. Brown*, *Procedure in Investment Treaty Arbitration and the Relevance of Comparative Public Law*, в: S. Schill (сноска 35), 659.

<sup>135</sup> См. *W. Burke-White/A. von Staden*, *The Need for Public Law Standards of Review in Investor-State Arbitrations*, в: S. Schill (сноска 35), 689.

<sup>136</sup> По вопросу о транспарентности и возможностях участия «третьих» заинтересованных лиц см. *A. Asteriti/ C. J. Tams*, *Transparency and Representation of the Public Interest in Investment Treaty Arbitration*, в: S. Schill (сноска 35), 787.

<sup>137</sup> См. *A. van Aaken*, *Primary and Secondary Remedies in International Investment Law and National State Liability: A Functional and Comparative View*, в: S. Schill (Anm. 35), 721; *B. Sabahi/N. Birch*, *Comparative Compensation for Expropriation*, в: S. Schill (сноска 35), 755; *I. Marboe*, *State Responsibility and Comparative State Liability for Administrative and Legislative Harm to Economic Interests*, в: S. Schill (сноска 35), 375.

<sup>138</sup> См. *J. Kurtz* (сноска 133), где в качестве аргумента указывается на то, что право ВТО часто недостаточно критически переносится в область защиты инвестиций и нередко неверно применяется в инвестиционной арбитражной практике.

соответствии с его публично-правовой природой и сориентировать его применение на общие принципы публичного права. Это позволяет, с одной стороны, сделать толкование соглашений о защите инвестиций более предсказуемым, а с другой стороны, также нивелировать дефициты легитимации осуществления публичной власти арбитражными судами.

## 8. Заключение

В настоящей статье пропагандируется публично-правовой подход к разработке концепции и догматики международного права защиты инвестиций. Данный подход основан на понимании того, что эта область права принципиально отличается как от права международной торговли и коммерческого арбитража, так и от «классического», сугубо межгосударственного международного права. Ибо международное право защиты инвестиций предоставляет частным инвесторам непосредственно материальную и процессуальную защиту против осуществления публичной власти со стороны принимающего государства. Таким образом, оно выполняет ту же функцию, что и национальное административное или конституционное право, с одной стороны, но также и отдельные международно-правовые инструменты, прежде всего, в области защиты прав человека, с другой. Международное право защиты инвестиций предстает в функциональном отношении, соответственно, как подлинно публичное право. Однако, кроме этого, также и инвестиционные арбитражи следует понимать как институты, осуществляющие публичную власть в отношении государств, инвесторов и гражданского общества, поскольку в своей судебной практике они конкретизируют и развивают в дальнейшем принципы взаимоотношений между государством и иностранными инвесторами. В этом отношении к их деятельности следует также подходить с точки зрения принципов публичного права.

Методологически в данной статье предлагается, соответственно, исследовать международное право защиты инвестиций при помощи сравнительного публично-правового подхода. При этом, вопросы ответственности государств и урегулирования споров в международном инвестиционном праве должны рассматриваться не в качестве изолированных феноменов, а в контексте (соответственно) аналогичных проблем государственного и надгосударственного публичного права. В этой связи стандарты правовой защиты иностранных инвесторов в соглашениях о защите инвестиций понимаются в данной статье, прежде всего, как публично-правовые концепты, которые, будучи зафиксированными, как правило, на конституционном уровне, действуют также в национальном публичном праве. Среди этих концептов, которые

необходимы для функционирования рыночной экономики, особое значение имеют следующие:

- национальный режим и режим наибольшего благоприятствования как гарантия равных конкурентных условий,
- защита от безвозмездной экспроприации и уважение права собственности,
- принцип правового государства (верховенства закона) в качестве модели для интерпретации «справедливого и равноправного режима» и
- обязанность гарантировать полную защиту и безопасность как фундамент обязанности государства по обеспечению защиты от вмешательства со стороны «третьих» лиц.

Наконец, и возможность возбуждения арбитражного разбирательства представляет собой способ осуществления правовой защиты в целях обеспечения закрепленных в (инвестиционных) соглашениях публично-правовых принципов.<sup>139</sup>

Поскольку принципы международного права защиты инвестиций были идентифицированы как специальные публично-правовые принципы, постольку более детальный публично-правовой сравнительный анализ может конкретизировать значение этих принципов для более специфических отношений. Это может включать, например, оценку того, в какой степени в национальных и международном правовом порядке признается ответственность за устные заверения (обещания), данные исполнительным органом государства,<sup>140</sup> какие ограничения права собственности предусмотрены в налоговом законодательстве<sup>141</sup> или того, как в других публично-правовых системах разрешаются возможные противоречия между охраной исторических памятников и культурного наследия, с одной стороны, и защитой собственности, с другой.<sup>142</sup>

В идеале, сравнительный публично-правовой подход приводит к определению общих принципов публичного права, которые признаются в основных правовых системах. Они должны быть использованы в качестве источника международного права также и при толковании соглашений о защите инвестиций. В то же время общие принципы публичного права должны применяться в практике инвестиционного арбитража. На этом

---

<sup>139</sup> C. Tietje, *Internationaler Investitionsrechtsschutz*, в: D. Ehlers/F. Schoch (Hrsg.), *Rechtsschutz im Öffentlichen Recht*, 2009, 63.

<sup>140</sup> См. H. Mairal, *Legitimate Expectations and Informal Administrative Representations*, в: S. Schill (сноска 35), 413.

<sup>141</sup> C. Tietje/K. Kampermann, *Taxation and Investment: Constitutional Law Limitations on Tax Legislation in Context*, в: S. Schill (сноска 35), 569.

<sup>142</sup> F. Lenzerini, *Property Protection and Protection of Cultural Heritage*, в: S. Schill (Anm. 35), 541.

уровне сравнительное публичное право может способствовать более глубокому пониманию роли и компетенции арбитражей в отношении сторон спора, а также помочь более подробно определить пределы и методы судебного правотворчества в области права защиты инвестиций.

Точка зрения, представленная в данной статье, подчеркивает публично-правовой аспект международного права защиты инвестиций. Она предлагает теоретически и методически последовательный и по широте охвата принципиально новый подход к международному праву защиты инвестиций. Исследование общих принципов права и сравнительный публично-правовой анализ могут помочь международному праву защиты инвестиций воспользоваться научно-теоретическим и доктринальным (догматическим) арсеналом, уже разработанным в рамках других, более развитых систем публичного права. Это относится не только к проблемам ограничения осуществления публичной власти государством, но и к вопросам, касающимся правомерности действий государства в интересах общества и деятельности инвестиционного арбитража. Это может способствовать тому, что соглашения о защите инвестиций будут интерпретироваться и применяться в соответствии с решениями, признанными в более развитых публично-правовых правовых порядках.

Такой подход имеет также преимущество быть менее субъективным, чем подходы, которые концентрируются исключительно на интерпретации, видя в ней средство конкретизации неопределенных понятий права защиты инвестиций. Подход, предложенный в статье, позволяет не только сделать международное право защиты инвестиций более предсказуемым, но и усилить степень его признания со стороны государств и гражданского общества, поскольку ответственность государств по соглашениям о защите инвестиций и функции инвестиционных арбитражей увязываются с общими принципами публичного права. Помимо конкретизации и систематизации международного права защиты инвестиций, он позволяет также добиться разумного баланса между правами инвесторов и другими общественными интересами. Кроме того, сравнительное публичное право в состоянии подсказать решения, как в процессуальном отношении достичь учета не связанных с инвестициями общественных интересов и интересов третьих лиц, и показать как должны действовать инвестиционные арбитражи в разрешении споров и дальнейшем развитии права. Это могло бы помочь несколько разрядить критику в отношении инвестиционного арбитража.

В целом, подход к пониманию международного права защиты инвестиций как публичного права (также как и его концептуальное обоснование методом публично-правового сравнительного правоведения) способен привести к повышению признанности и легитимности международного инвестиционного права без того, чтобы существующие

структуры материального права и институциональная организация инвестиционного арбитража ставились под сомнение. С этой точки зрения, международное право защиты инвестиций представляет собой не что иное, как публично-правовую дисциплину, хотя и с международным элементом, которая служит защите интересов частных лиц против злоупотреблений государственной властью, и одновременно, однако, признает, что государства имеют легитимные права и обязанности по защите общественных интересов.

Интернализация, принятие элементов такой модели в инвестиционном арбитражном производстве могло бы показать, что международное право защиты инвестиций не только не представляет собой угрозу для публичного права, но и более того выступает в качестве его продолжения на международном уровне. Ибо, в конечном счете, национальное публичное право и международное право защиты инвестиций преследуют одну и ту же основную цель: они служат легитимации и контролю осуществления публичной власти.