

ПРАВО И МЕЖДУНАРОДНЫЕ ОТНОШЕНИЯ

ПРИМЕНИМОСТЬ МЕЖДУНАРОДНОГО ПРАВА К СПОРАМ МЕЖДУ ГОСУДАРСТВАМИ И ИНОСТРАННЫМИ ЛИЦАМИ

© 2013 г. Георгий Михайлович Вельяминов¹

Краткая аннотация: Международное право применимо в отношениях и спорах между государствами и иностранными частными лицами, но не “прямо”, а избирательно и опосредованно. Основным критерием применения международного права в таких спорах должен быть критерий содержания соответствующих международно-правовых норм, рецептированных (трансформированных) в правовой (национальной) системе, применимой к спору. При этом соответствующие международно-правовые нормы должны быть действительны применительно к обеим или более сторонам в споре.

Annotation: International Law rules are applicable in the legal interrelations and disputes between States and foreign private persons. But selectively and not directly – that is in the quality of rules recepted (transformed) from International Law into a proper national law system. And these rules are to be equally valid and applicable for all parties in a litigation.

Ключевые слова: международно-правовые, частноправовые “диагональные” отношения и споры; Вашингтонская конвенция 1965; ИКСИД; двусторонние инвестиционные договоры (BIT); “зонтичные оговорки”; рецепция (трансформация) международно-правовых норм в национальном праве; “прямое” действие международно-правовых норм; “мягкое право”.

Key words: State contracts, interrelations and disputes between States and foreign persons, ICSID, reception (transformation) of international law rules into national legal systems, “direct” applicability of international law rules, Bilateral Investment Treaties (BITs), “Umbrella clauses”, “soft law”.

В любых возможных так называемых диагональных правоотношениях и спорах между, с одной стороны, государством, а с другой – частным (физическим или юридическим) иностранным лицом возможное использование международного права определяется применимостью, действительностью конкретных норм международного права к обеим (или более) спорящим сторонам, т.е. в соответствующем случае и к государству, и к частному лицу. И в этом смысле не имеет особого значения характер существа спора, например договорный или деликтный, или способ разрешения спора в арбитражном или в государственном судебном порядке. Особенно показательны в силу своего относительного обилия диагональные споры, вытекающие из инвестиционных международных отношений. Для таких споров в отличие от иных аналогичных коммерческого характера споров характерно то, что международно-правовые нормы, особенно из двусторонних соглашений о поощрении и защите инвестиций (так называемых

bilateral investment treaties) (далее – BIT), имеют повышенную значимость и применимость.

Профессор М.М. Богуславский среди других диагональных споров особо выделяет споры между иностранным частным инвестором и государством, принимающим частные инвестиции². Наиболее наглядно возможность использования при этом международного права нормативно обуславливается в рамках арбитражного процесса на условиях Вашингтонской конвенции 1965 г. о порядке разрешения инвестиционных споров между государствами и иностранными лицами (далее – Вашингтонская конвенция) в Международном центре для урегулирования инвестиционных споров (International Centre for Settlement of International Disputes – ICSID) (далее – ИКСИД). В Преамбуле этой Конвенции признается, что разрешение инвестиционных споров между договаривающимися государствами и национальными субъектами других договаривающихся государств должно обыкновенно подпадать под национальное правовое регулирование (*would usually be*

¹ Главный научный сотрудник Института государства и права РАН, арбитр Международного коммерческого арбитражного суда при Торгово-промышленной палате РФ, доктор юридических наук, профессор (E-mail: igpran@igpran.ru).

² Богуславский М.М. Иностранные инвестиции: правовое регулирование. М., 1996. С. 194, 195.

subject to national processes), а международные методы урегулирования могут быть подходящими в определенных случаях (*may be appropriate in certain cases*). Далее, в ст. 42 (I) Конвенции уточняется, что при отсутствии соглашения сторон спора о нормах, на основе которых арбитраж должен решать спор, арбитраж будет применять право договаривающегося государства – стороны в споре и “такие нормы международного права, которые могут быть применимыми”³. Такое условие не исключает использования норм международного права и тогда, когда стороны сами согласовали какое-либо применимое (национальное) право.

Надо отметить, что в Правилах арбитражной процедуры ЮНСИТРАЛ⁴, Арбитражного института при Стокгольмской торговой палате (SCC), Международного коммерческого арбитражного суда (МКАС) при Торгово-промышленной палате РФ и ряде других подобных институций возможности применения международного права вообще особо не оговариваются. Между тем несмотря на это арбитражная практика свидетельствует о вполне обычном использовании международными арбитражами норм международного права. Так, например, в известных показателем характера дела, решавшихся на основе Правил ЮНСИТРАЛ (*Metanex Corp. v. US, 2001 г.*; *SD Meyers Inc. v. Canada, 1998 г.*) были широко использованы нормы Соглашения о Северо-Американской свободной торговле (NAFTA), Базельской конвенции 1989 г., касающейся экологических проблем, и т.д.

³ Соответствующие тексты (в неофициальном переводе) Вашингтонской конвенции:

Преамбула: “...такие споры должны обычно подчиняться национальной правовой процедуре, международные методы урегулирования могут быть подходящими в определенных случаях...”.

Статья 42(1) “Арбитраж решает спор в соответствии с нормами права, которые могут быть согласованы сторонами. В случае отсутствия соглашения сторон Арбитраж применяет право Договаривающегося государства, выступающего в качестве стороны в споре (включая коллизионные нормы этого государства), а также такие нормы международного права, которые могут быть применимыми.

⁴ Статья 33(1) Арбитражного регламента ЮНСИТРАЛ: “Арбитражный суд применяет право, которое стороны согласовали как подлежащее применению при решении спора по существу. При отсутствии такого согласия сторон арбитражный суд применяет право, определенное в соответствии с коллизионными нормами, которые он считает применимыми”.

Заметим лишь, что определение на базе ст. 33(1) Регламента ЮНСИТРАЛ самим арбитражным судом применимого права в соответствии с некими (разумеется, национальными) коллизионными нормами, естественно, приводит опять же к тому или иному национальному праву!

Следовательно, для применения в международном арбитражном процессе кроме прямых условий правил процедуры той или иной арбитражной институции (как в нормах Вашингтонской конвенции) могут быть и некие иные основания. Какие это основания, видится в основном в раскрытии предлагаемых ниже тезисов (постулатов).

1. Споры между государствами и иностранными частными лицами подпадают в принципе под национально-правовое урегулирование. Международное право применимо выборочно и опосредованно.

Приведенный тезис по существу прямо корреспондирует указанным выше нормам Вашингтонской конвенции. Смысл в том, что диагональные инвестиционные споры между государствами и иностранными инвесторами принципиально понимаются как споры коммерческого, частноправового характера, а не международно-правового. В противном случае не должно было бы вообще возникать вопроса о применимости международного права к таким спорам. Это право было бы в принципе исключительной основой для применения, а не национальное право какого-либо государства⁵. Но это не так, причем не только, исходя из норм Вашингтонской конвенции, которые используются отнюдь не во всех соответствующих спорах. Это вообще относительно к любым спорам между государствами и иностранными частными лицами. Государство – субъект международного права. В силу своего суверенитета оно обладает универсальной правоспособностью и может выступать как в публично-правовых, межвластного характера отношениях, так и в частноправовых. Частные лица не субъекты международного права, и оно к ним неприменимо.

Хотя и бытуют сугубо доктринальные точки зрения о международной, так называемой ограниченной, специальной и т.п. международной правосубъектности индивидов (соответственно, и юридических лиц), частное лицо *принципиально* не может быть субъектом международного права по многим основаниям. Рассмотрение всех их – за рамками нашей темы, но достаточно в сугубо прикладном смысле уже и одного важнейшего основания: любая правосубъектность предполагает не только возможности обладания определенными правами, но и несения бремени также определенных, свойственных для соответствующих субъектов обязанностей. Как в реальных международных правах, так и в обязанностях, в том

⁵ Ср. ст. 38 Статута Международного Суда ООН (Действующее международное право. Т. 1. М., 1996. С. 805).

числе в отношении их набора, ни о каком равенстве возможностей между государством и частным (физическим или юридическим) лицом не может быть и речи. Ну можно ли от частного лица требовать прежде всего соблюдения *всех* обязательных для каждого государства – субъекта международного права основополагающих, общепризнанных принципов международного права, Устава ООН и т.д.? Разница коренится в главном: любое государство в принципе властно, суверенно (несмотря на те или иные изъятия); частное лицо, как таковое, – принципиально этими качествами не обладает и обладать не может. Понятие правосубъектности (в отличие от правоспособности) – это свойство не количественное, но качественное. Или оно есть, или его нет⁶.

Иногда ссылаются на международную уголовную юстицию, например в рамках Международного уголовного суда, генетически восходящую еще к Нюрнбергскому военному трибуналу над военными преступниками. Не углубляясь в неоднозначный правовой статус такого рода судов, а также вообще в понятие статуса подсудимых индивидов международных трибуналов (на наш взгляд, этот статус ни в коем случае не есть статус субъектов международного права), отметим, что в принципе уголовная юстиция относится целиком к области публичного права и для частноправовых судебных или арбитражных процессов во всяком случае не может служить аналогией.

В подкрепление якобы международной правосубъектности индивидов неприемлемы и ссылки на Европейский суд по правам человека. Здесь мы имеем, по сути, дело не более чем с *уступкой* (делегацией) государствами на договорной основе некоторых своих юрисдикционных функций международному суду, но при этом государство – участник не наделяет (да и не может этого сделать) соответствующих индивидов статусом международной правосубъектности. К тому же далеко не все государства (например, США, Китай и др.) вообще идут на такого рода *уступки*. При этом и те государства, которые на конвенционной основе участвуют в Европейском суде по правам человека, в принципе в силу своего суверенитета могут правомерно прекратить свое участие в этом суде, что наглядно доказывает не абсолютную, но существенно относительную и производную, прекарную судебную власть суда, а также и возможных процессуальных прав участников такого судопроизводства.

Наглядна и аналогия: индивид, пользуясь в иностранном государстве некоторым минимальным “стандартом” прав (точнее – минимальной правоспособностью) и являясь стороной, подсудимым в иностранном судебном процессе, не становится от этого гражданином данного государства. Также и участвуя в процессе в международном суде, индивид не превращается в субъекта международного права. Но может быть его дестинатором⁷.

2. Принятие в диагональном процессе того или иного национального права, применимого к существу спора, может включать также и принятие норм международного права, содержащихся (рецепированных) в принятой национальной правовой системе.

Что касается Вашингтонской конвенции 1965 г., в ней, как сказано выше, по сути прямо закреплён принцип рассмотрения таких споров в рамках национального процесса (*national processes*), а международно-правовые средства трактуются в качестве вспомогательных, субсидарных, применимых лишь в определенных случаях. Эти принципиальные установки особо примечательны, ибо закреплены в авторитетной международной конвенции, заключенной под эгидой ООН с участием множества государств, и хотя конвенция имеет предметом регулирования лишь определенную, хотя и очень специфическую, инвестиционную категорию споров, ее принципы со всей очевидностью могут *mutatis mutandum* служить аналогией и вообще для иных диагональных коммерческих споров с участием государства и иностранного частного лица. Установки эти могут быть применимы при рассмотрении кроме инвестиционных и иных коммерческого характера споров по линии таких арбитражных институций, правилами которых применение международного права вообще прямо не оговаривается.

Но что существенно: ни в Вашингтонской конвенции, ни тем более в правилах процедуры других международных арбитражных судов нигде не содержится какого-либо определенного критерия или метода определения пределов использования международного права, хотя и очевидно, что разумно оно не может пониматься, как применимое в целом, *in corpore*. Определяет ли такие пределы сам арбитраж по собственному свободному решению? Думается, арбитраж должен следовать общему, капитальному принципу, применимому к арбитражному процессу, – принципу свободы

⁶ См.: Вельяминов Г.М. Международная правосубъектность // Сов. ежегодник межд. права. 1986. М., 1987. С. 82–88.

⁷ См.: Черниченко С.В. Личность и международное право. М., 1974. С. 149, 154.

воли сторон. Это – свобода выбора сторонами не только самой арбитражной процедуры, но и права, применимого к существу спора. И такой выбор, обычно того или иного национального права, презюмирует также и применение международного права – в объеме его включенности (действия) в той или иной избранной правовой (национальной) системе. Разумеется, конечно, и соотносительно к предмету спора. Применение такого подхода имеет, очевидно, не только теоретическое, но и сугубо прикладное значение для установления в принципе “применимого международного права” (ст. 42 Вашингтонской конвенции), и довольно невинная “применимость” обретает юридически, логически оправданный метод определения применимого права.

3. Нормы международного права не действуют своей собственной силой (*ex proprio vigore*) во внутренней, национальной правовой системе любого суверенного государства. Чтобы эти нормы стали действующими, они должны быть рецептированы (трансформированы) во внутреннее национальное право самим соответствующим государством.

На практике важно точно знать, какие же конкретно нормы международного права включены в применимое право того или иного государства. Ключ к этому – правильное определение состава соответствующих международно-правовых норм с учетом постулата о действительности во внутригосударственном юрисдикционном поле *только* рецепционно включенных в него международно-правовых норм. Этот подход, разумеется, действен в принципе для использования норм международного права и в международном арбитражном процессе, и *mutatis mutandis* во внутригосударственном судебном процессе.

Правовая логика приведенного постулата очень проста. Она основывается на одном из общих принципов права, которые, как известно, признаются согласно ст. 38 Статута Международного Суда ООН источником, в частности, и международного права: *Pacta non obligant nisi gentes inter quas inita* (договоры не обязывают никого, кроме участников). Или иначе: *Pacta tertiis nec nocent nec prosunt* (договоры и не вредны, и не выгодны для третьих лиц).

Международный договор, заключенный между государствами – субъектами международного права, не может *ipso jure* обязывать не только другие, не участвующие в нем государства, но и никаких частных лиц, граждан, в том числе и из государств-участников, которые являются самостоятельными субъектами, тем более системно не

международного, но национального права. Зато властная, суверенная воля государства может обязать своих подданных (устарелое по отношению к республикам слово, но очень хорошо и в республиках выражающее суть реальных отношений), иначе – граждан и юридических лиц воспринимать условия заключенного данным государством международного договора в качестве условий, равнозначных внутригосударственному закону. Эта властная воля может иметь форму генеральной рецепции (трансформации) в виде, например, конституционной нормы, априорно включающей все нормы и принципы общего международного права, а также все или некоторые международные договоры данного государства в его правовую систему. Это может быть и специальная рецепция в виде, в частности, ратификации того или иного конкретного международного договора, официальная публикация, издание особых подзаконных актов и т.п.⁸

Капитальным примером генеральной рецепции может служить п. 4 ст. 15 Конституции Российской Федерации: “Общепризнанные принципы и нормы международного права и международные договоры Российской Федерации являются составной частью ее правовой системы. Если международным договором Российской Федерации установлены иные правила, чем предусмотренные законом, то применяются правила международного договора”⁹.

Как пишет проф. С.Ю. Марочкин: “ничто не мешает государству в силу его суверенитета распространить действие им же согласованных и принятых норм международного права в сфере внутреннего права для регулирования отношений с участием организаций и индивидов”. Он же отмечает, что “многие исследователи (Г.И. Тункин, Е.Т. Усенко, Л.А. Лунц, Г.В. Игнатенко, И.И. Лукашук, Р.А. Мюллерсон, Г.И. Курдюков, А.М. Васильев и др.) подчеркивают, хотя и по-разному, необходимость санкции государства: “генераль-

⁸ См. об этом, в частности: *Triepel H. Völkerrecht und Landesrecht. Leiprig., 1899; Guggenheim P. Lehrbuch des Völkerrechts. Bd. I. Basel, 1948. S. 38; Левин Д.Б.* Что скрывается за теорией “примата” международного права над внутринациональным правом // Сов. гос. и право. 1955. № 7; *Усенко Е.Т.* Соотношение и взаимодействие международного и национального права и Российская Конституция // Моск. журнал межд. права. 1995. № 2.

⁹ В частности, что касается гражданского законодательства, генеральная норма п. 4 ст. 15 Конституции Российской Федерации “продублирована” с некоторыми нюансами и в Гражданском кодексе РФ п. 1 ст. 2; ст. 7; ст. 1186.

ная трансформация”, “юридические основания применения” и т.д.”¹⁰.

Теория рецепции (трансформации) отражает одну из двух основных существующих в науке теорий соотношения международного права и национальных систем права, а именно: так называемую “дуалистическую” концепцию (Д. Анцилотти, В.Г. Буткевич, Л.А. Луни, Х. Трипель, М. Уайтмэн, Е.Т. Усенко, Д.Б. Левин, С.В. Черниченко и др.). Вторая теория – “монистическая” (Х. Лаутерпахт, У. Бишоп, К. Иглтон, Х. Кельзен и др.) основывается на примате международного права и исходит из “прямого” действия норм международных договоров для субъектов внутреннего права государств-участников. Сопоставление, полемика и критика обеих теорий выходят далеко за пределы темы настоящего исследования, автор которого, являясь убежденным приверженцем так называемой “дуалистической” концепции, из нее и исходит, ее и пытается дополнительно защитить¹¹.

Формально следуя букве п. 4 ст. 15 Конституции РФ, можно, казалось бы, считать, что в принципе условия международного договора России с другим государством приоритетны по отношению и к самой Конституции РФ. Такой подход, кстати, вообще чуждый конституционному праву многих других государств, представляется неверным, ибо противоречит не только национальному суверенитету и пониманию Конституции как высшего закона государства, но и п. 1 ст. 3 этой же Конституции, ибо ставит международный договор, пусть и заключаемый даже высшей исполнительной государственной властью и ратифицированный Государственной Думой, выше самой Конституции, принятой всенародным референдумом. Народ же есть носитель суверенитета и единственный источник власти в РФ (п. 1 ст. 3 Конституции)¹².

Действие генеральной рецепции между тем создает иллюзию как бы универсальности “прямого” действия международного права в национальном правопорядке. Но это – только иллюзия.

Отнюдь не во всех государствах применяется генеральная рецепция. И отнюдь не во всех государствах (например, в США) международный договор приоритетен (как в России) по отношению к внутреннему праву.

Во всяком случае в общем международном праве не существует некоего императивного принципа или нормы о “прямом” действии конвенционных норм во внутринациональном праве государств-участников международного договора. Уже сама используемая государствами возможность оговорок при заключении международного договора о применении или, наоборот, неприменении “прямого” действия содержащихся в договоре норм свидетельствует о том, что императивного принципа “прямого” действия конвенционных норм в международном праве нет.

Вторым (после принципа “договоры не обязывают никого, кроме их участников”) аргументом в пользу постулата “международный договор не действует *proprio vigore* во внутреннем праве государств-участников” служит принцип территориального государственного суверенитета, проявляющий себя, в частности, в сфере реального исполнения права, что требует потенциально силового обеспечения – нужен “аппарат принуждения”. Но своей собственной силой (*proprio vigore*) международное право для своего обеспечения внутри того или иного государства не располагает. Есть же это только у государства, которое именно своей силой, действующей на его суверенной территории, и обеспечивает (или не обеспечивает) соблюдение любых (в том числе рецептированных международно-правовых) норм, а также и исполнение решений любых, в том числе международных, судов и арбитражей. А для этого соответствующий государственный “аппарат принуждения” получает властные полномочия *только* от своих же государственных органов, как таковых. Этатизм жив и в этом правовом аспекте.

Еще одним дополнительным аргументом в пользу неприятия принципа “прямого” действия конвенционных норм может служить и зиждущаяся на принципе государственного суверенитета практически всегда сохраняющаяся возможность выхода государства на тех или иных условиях из того или иного договора, в связи с чем, разумеется, отпадает (а возможно, по воле государства и сохраняется) действие норм данного договора на территории этого государства. Более того, увы, неисчислимы примеры, с очевидностью и не афишируемого, и без официального выхода из договора, но *намеренного* неисполнения государством своих договорных обязательств (это

¹⁰ Марочкин С.Ю. Действие норм международного права в правовой системе Российской Федерации. Тюмень, 1998. С. 26, 29.

¹¹ О современных теоретических подходах, в частности в германской доктрине, к применимости и сочетаемости монистической и дуалистической концепций соотношения международного права и национального правопорядка см.: Куниг Ф. Международное и внутригосударственное право // Международное право. Москва – Берлин, 2011. С. 126–132, 165–168.

¹² См.: юридически выверенный критический анализ п. 4 ст. 15 Конституции РФ (Усенко Е.Т. Указ. соч. С. 17–26).

касается даже и Устава ООН). Формально же используются и принципы *actus contrarius*, противоречия “публичному порядку” или прибегают к методам так называемых “двойных стандартов”. Иначе говоря, в жизни наглядно доминирует реальная парамаунтная (наивысшая) действенность государственного суверенитета.

Реалистически подходу к проблеме “прямого” действия международного права, еще А. Фердросс отмечал, что национальная норма, противоречащая международному праву, отнюдь не является необязательной, так как государственные суды в принципе обязаны применять даже законы, противоречащие этому праву¹³.

Принято считать, что есть некоторая часть международного права, обычно называемая “общим международным правом”, принципы и нормы которого, в том числе общеправовые, универсально действенны для государств всего мира. Это – как бы по цивилистической аналогии – *объективное* международное право. Действительно, после создания ООН и принятия Устава принципы и нормы Устава ООН трактуются как применимые универсально, даже и для государств – не членов ООН, например в отношении КНДР, которая не является членом ООН и формально не связана ее Уставом; но, тем не менее, возникают вопросы применения санкций на основании Устава ООН.

К сожалению, однако, даже и закрепленные в Уставе ООН отдельные общие принципы (*jus cogens*) международного права далеко не одинаково понимаемы. Широко известно использование “двойных стандартов” при применении этих принципов. Печальным примером могут служить коллизии в практике использования таких общепризнанных (!) принципов, как территориальная целостность государств, право наций на самоопределение, невмешательство во внутренние дела государств и т.д. Это тем более касается употребительных, особенно, к примеру, в ВТО, так называемых принципов “справедливый и равный режим”, “минимальный стандарт” и т.п., которые отнюдь не закреплены в такого рода универсальных документах, как Устав ООН и др.¹⁴

¹³ См.: Фердросс А. Международное право. М., 1959. С. 87, 88.

¹⁴ См. об этом, в частности: Вельяминов Г.М. Международно-правовые основы самоопределения народов и признания самоопределившихся государств // Новый взгляд. Сухум, Абхазия, 2007. № 2. С. 26–31; Его же. Правовое значение “стандарта” справедливого и равного режима // Вестник Дипломатической академии МИД РФ. 2010. С. 9–20.

Поэтому (что, думается, хорошо чувствуют практикующие юристы) значительно надежнее, оказывается, практически базироваться не столько на общепризнанных принципах, как таковых, но на более конкретных условиях межгосударственных договоров, в том числе ВТО. Многотысячная масса действующих двусторонних, региональных и т.п. международных договоров и является подавляющей составной *corpus juridicum* международного права. По цивилистической аналогии это – своего рода *субъективное* международное право.

Уже в силу самого различного состава участников и содержания международных договоров неизбежно и разнообразие набора международно-правовых норм, входящих в правовые системы, действительных для субъектов того или иного государства, в том числе и международные конвенции по частному праву (например, Венская конвенция 1980 г. о международной купле-продаже товаров) не универсальны, обычно не императивны, применимы к отношениям между частными лицами диспозитивно.

Определение пределов использования международного права, в том числе в арбитражном процессе, может быть прямо предусмотрено конвенционно (например, хотя и не очень внятно, в Вашингтонской конвенции 1965 г.), и тогда, соответственно, может быть использована лишь некоторая определенная часть международного права. Возможность выборочного применения элементов международного права, очевидно, может быть обусловлена, в частности, и в инвестиционном или ином контракте государства с иностранным инвестором (лицом).

Следует иметь в виду, что в качестве применимого к существу спора права вместо того или иного национального права могут быть избраны и какие-либо международного характера правила, общие условия и т.п., выработанные как в межгосударственном, так и в негосударственном порядке, например Принципы международных коммерческих договоров ЮНИДРУА, ИНКОТЕРМС, *lex mercatoria* и т.п. Такого рода инструменты, будучи согласованы для применения сторонами спора, юридически следует понимать не более, чем в качестве особого согласованного набора контрактных условий, и при этом специально вопроса применения норм именно международного права, очевидно, не должно возникать.

Однако иногда, на наш взгляд, совершенно неосновательно подобного рода правовые инструменты доктринально толкуются в качестве норм так называемого “мягкого права”, причем именно

в рамках системы международного права. В национальном праве, где действует обычно четко определенный правовой механизм законотворчества, это сделать гораздо труднее. В отношении же международного права весьма велик соблазн доктринального позиционирования неких политических аспираций в виде якобы правовых принципов хотя бы и “мягкого права”. По сути при этом *объективное* право как бы смешивается с *субъективным* правом (с договорными правоотношениями и т.п.). Водораздел между этими двумя категориями (*norma agenda* в отличие от *jus agendi*) давно и четко был проведен еще римскими юристами и представляется теоретически незыблемым. Главное же – в “мягком праве” отсутствует решающий критерий подлинного права – явственно выраженная властная регулятивная государственная (межгосударственная) воля.

4. Международно-правовые нормы применимы в арбитражных (судебных) процессах между государствами и иностранными лицами, если только эти нормы юридически действительны для обеих (или более) сторон.

Если взять, к примеру, очень показательную практику по спорам, в том числе между государством – импортером инвестиций и иностранным инвестором, следует исходить, в частности, из того, что при разрешении таких споров могут использоваться нормы ВІТа между конкретными государством – импортером и государством инвестора, но в принципе не нормы иных ВІТов (или любых других международных договоров). Это относится к процессам, в которых может использоваться как право страны инвестора, так и право государства – импортера инвестиций. В соответствующей применимой правовой системе могут, разумеется, действовать международные нормы, рецепированные из ВІТов участвующего в процессе государства и с третьими государствами. Но такие нормы применимы к правоотношениям, в которых могут быть задействованы инвесторы только из государств – участников соответствующих ВІТов, ибо конкретные ВІТы регулируют правоотношения, во-первых, между самими государствами-участниками, а во-вторых, и правоотношения, в которых могут участвовать частные инвесторы, на которых опосредованно (рецепционно) распространяются отдельные условия ВІТ, но принципиально только заключенного государством инвестора с государством – контрагентом по спору, а не иных ВІТов.

Между тем в арбитражном процессе (Стокгольмский арбитражный институт) по делу

RosInvest Co UK Ltd v. Russian Federation, 2005¹⁵, было вынесено решение не столько на основании соответствующего ВІТ между Россией и Великобританией, но на основании ВІТ между Россией и Данией. При этом были использованы условия о наибольшем благоприятствовании, содержащиеся в ВІТ Россия – Дания, которые якобы могли быть использованы на основе оговорки о наибольшем благоприятствовании, содержащейся в ВІТ Россия-Великобритания.

На наш взгляд, в решении был нарушен, во-первых, один из уже упомянутых общих принципов права: *pacta non obligant nisi gentes inter quas inita* (договоры не обязывают никого, кроме их участников). Во-вторых, принцип наибольшего благоприятствования отнюдь не универсален как в применении всеми государствами, так и относительно конкретных, подпадающих под действие этого принципа правоотношений между соответствующими субъектами права. Сфера применения принципа наибольшего благоприятствования всегда обуславливается в клаузулах о наибольшем благоприятствовании в каждом конкретном международном договоре. Клаузулы эти строго индивидуальны и разнообразны. Исходя же просто из абстрактного общего понятия принципа наибольшего благоприятствования, нельзя соответствующий режим, оговоренный в одном из договоров какого-либо государства, распространять (если это особо не оговорено) на такой же принципиально (но не предметно и субъектно) режим, оговоренный в международном договоре данного государства с каким-либо третьим государством. Кстати, именно такой верный подход в отличие от дела *RosInvest v. RF* использовался в других аналогичных, упоминаемых в деле арбитражных процессах: *Plama v. Bulgaria*, *Telenor v. Hungary*). Если следовать логике решения по названному делу (*RosInvest v. RF*), не надо было бы в международных договорах каждый раз излагать особые пределы действия принципа наибольшего благоприятствования. Однако об унифицированном понимании и применении этого принципа Комиссия международного права ООН в течение многих лет так и не смогла договориться.

5. При возможном применении в диагональном споре между государством и иностранным лицом норм международного договора следует сугубо различать нормы договора, действующие только между государствами, как таковыми, и нормы, возможно применимые (в качестве трансформированных в конкретную

¹⁵ <http://www.investmenttreatiesnews.com>

национальную правовую систему) для соответствующих частных лиц, в том числе и в диагональных правоотношениях.

Самым наглядным примером международно-правовых конвенционных норм, прямо рассчитанных на рецепцию в национальные правовые порядки государств – участников договора и на применение в частноправовых отношениях между субъектами права этих государств, могут служить нормы упомянутой Венской конвенции 1980 г. о международной купле-продаже товаров.

С другой стороны, одиозной является юридически несостоятельная практика толкования в процессах, ведущихся в ИКСИД, содержащихся обычно в ВІТах так называемых “зонтичных оговорок” в качестве якобы прямо применимых к частноправовым отношениям между государствами и иностранными инвесторами. Вот пример одной из таких довольно стандартных по своей сути оговорок: “Каждая из Договаривающихся сторон будет соблюдать любое обязательство, которое она возьмет на себя в отношении капиталовложений инвесторов другой Договаривающейся стороны” (ВІТ РФ-Дания)¹⁶. Принципиальный смысл “зонтичной оговорки” в том, что в случае, если инвестиционный контракт между государством и иностранным инвестором оказался невыполненным, государство инвестора может обратиться к государству – партнеру по ВІТ с претензией о нарушении этим государством своих ставших причиной неисполнения контракта международно-правовых обязательств, вытекающих из ВІТ (а не просто частноправовых обязательств по конкретному инвестиционному контракту). Инвестор может при этом рассматриваться как бенефициар

“зонтичной оговорки”, но отнюдь не как сторона регулируемых ею правоотношений.

“Зонтичная оговорка” обуславливает ответственность государства-импортера не перед иностранным инвестором, но перед государством – партнером по ВІТ, и для наступления этой ответственности должно быть доказано, что неисполнение конкретного инвестиционного контракта государством было следствием несоблюдения этим государством своих международно-правовых обязательств по ВІТ. Спорные вопросы в этой связи должны разрешаться между государствами – участниками соответствующего ВІТ, а не в споре, в том числе в ИКСИД, между государством-импортером и иностранным инвестором. ИКСИД же, выступая в качестве толкователя тех или иных условий международных договоров (ВІТ) и вынося на этой основе решения, превышает пределы своей юрисдикционной компетенции (*ultra vires*).

Не должно происходить, как это наблюдается в практике ИКСИД, смешения ответственности по частноправовому контракту и по международному договору, причем конвенционное международно-правовое условие не должно трактоваться как своего рода частноправовое обязательство¹⁷. Как отмечается и зарубежными исследователями, за такого рода неосновательным и теоретически беспочвенным подходом стоят реальные интересы главных инвесторов – транснациональных корпораций¹⁸.

¹⁷ См. подробнее: Вельяминов Г.М. Ответственность государств // Гос. и право. 2012. № 7. С. 65–71.

¹⁸ См.: Shaw M.N. International Law. 6 ed. Cambridge. P. 433; Открытое заявление о международном инвестиционном режиме от 31 августа 2010 г. // <http://gvanharten@osgoode.yorky.ca; david.schneiderman@utoronto.ca>

¹⁶ Дипломатический вестник. 1993. № 23, 24.