

## ПРАВО И МЕЖДУНАРОДНЫЕ ОТНОШЕНИЯ

### ОТВЕТСТВЕННОСТЬ ГОСУДАРСТВ

© 2012 г. Георгий Михайлович Вельяминов<sup>1</sup>

**Краткая аннотация:** в работе раскрывается сущность института ответственности государств в аспекте практических мер по оздоровлению современной системы двусторонних инвестиционных соглашений (БИТ) и совершенствованию международного инвестиционного правосудия.

**Annotation:** the work discloses the essence of the institute of state responsibility in the context of practical measures for improvement of modern system of bilateral investment treaties (BIT) and modernization of international investment justice.

**Ключевые слова:** ответственность государств; Статьи об ответственности государств Комиссии международного права ООН (2001 г.); “диагональные” инвестиционные контракты; двусторонние инвестиционные соглашения (БИТ); зонтичные оговорки; международный инвестиционный арбитраж; прецедентное право в инвестиционном арбитраже; ICSID.

**Key words:** State Responsibility, “UN International Law Commission Articles on State Responsibility” (2001), “State Contracts”, Bilateral Investment Treaties (BIT), Umbrella Clauses, International Investment Arbitration, “Case Law” in Investment Arbitration, ICSID.

#### I. Межгосударственная ответственность

Ответственность государств за свои противоправные деяния или бездействие перед другим государством – одна из наиболее щекотливых проблем в международном праве, особенно имея в виду отсутствие в мире универсального аппарата принуждения, который был бы в состоянии обеспечить соответствующую ответственность государств<sup>2</sup>. Совет Безопасности ООН в этом смысле таковым аппаратом не является, будучи особым и узкофункциональным инструментом пресечения действий, угрожающих миру и всеобщей безопасности.

Мировое сообщество в рамках своей заинтересованности в обеспечении юридической безопасности государств сосредоточивает свои усилия в направлении принятия в рамках ООН многосторонней конвенции об ответственности государств. Соответственно, в 2001 г. Генеральная ассамблея ООН приняла резолюцию № 56/183, 22 декаб-

ря, о Проекте статей по теме ответственности государств<sup>3</sup>.

Выработанный текст стал лишь приложением к резолюции Генеральной Ассамблеи ООН, т.е. юридически обладает свойствами только рекомендательной, но не императивной силы. Проект (далее – Статьи КМП) может трактоваться не более как авторитетная, но не облигаторная кодификация *обязательных* норм обычного международного права.

Вообще обычное, неписаное международное право в части ответственности государств может быть, на наш взгляд, тезисно сведено к трем основополагающим постулатам: (1) государства должны соблюдать свои международные обязательства; (2) всякое нарушение международных обязательств должно быть восстановлено; (3) вред, причиненный нарушением, подлежит возмещению. Статьи КМП на сегодня призваны дать объективное понимание обстоятельствам и обязанности, связанным с ответственностью государств.

Основополагающие положения Статей КМП представляются следующими.

1. Каждое международно-противоправное деяние государства влечет за собой международную ответственность этого государства (ст. 1)<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> Главный научный сотрудник Института государства и права РАН, арбитр Международного коммерческого арбитражного суда при Торгово-Промышленной палате, доктор юридических наук, профессор (E-mail: nn1962@yandex.ru).

<sup>2</sup> См. по данной теме, в частности: *Оппенгейм Л.* Международное право. Т. 1. П/т 1. М., 1948. С. 308–339; *Василенко В.А.* Ответственность государства за международные правонарушения. Киев, 1976; *Броунли Я.* Международное право. Кн. 2. М., 1977. С. 77–195; *Ушаков Н.А.* Основание международной ответственности государств. М., 1983; *Черниченко С.В.* Теория международного права. М., 1999. С. 212–331.

<sup>3</sup> См.: *Шрёдер М.* // В кн.: Вольфганг граф Витцтум и др. Международное право. М.-Берлин, 2011. С. 737.

<sup>4</sup> Здесь и далее приводятся тексты Статей КМП по публикации в журнале “Международный коммерческий арбитраж” (2007. № 3. С. 32–52). При этом в журнале указывается, что данный русский текст был опубликован на сайте ООН.

Ключевыми являются слова “международно-противоправное деяние”, т.е. речь не идет о частноправовых действиях. Это понимание уточняется далее в ст. 2: “Международно-правовое деяние государства имеет место, когда какое-либо поведение, состоящее в действии или бездействии: а) присваивается государству по международному праву и б) представляет собой нарушение международно-правового обязательства этого государства. Далее, в ст. 4 вновь указывается, что “поведение любого органа государства рассматривается как деяние государства по международному праву, независимо от того, осуществляет ли этот орган законодательные, исполнительные, судебные или любые иные функции...”. Здесь не случайно не упоминаются частноправовые, коммерческого характера действия; речь по сути идет исключительно о любых суверенных, публичных, властных функциях.

Профессор М. Шрёдер считает, что из ст. 2 Статей КМП следует, что нарушение государством международного права имеет место тогда, когда ему *вменяется*, присваивается какое-либо действие или бездействие, и это представляет собой нарушение международно-правового *обязательства*. При этом вменяемое правонарушение имеет в основе *специфическое правоотношение*. Нельзя, однако, согласиться с М. Шрёдером в той части, что участниками такого “правоотношения” выступают *субъект, совершивший нарушение международного права, и потерпевшее государство*<sup>5</sup>. Из Статей КМП отнюдь не следует, что под “субъектом” может пониматься кто-либо, кроме государств.

Факт же нарушения обязательства при этом может, очевидно, определяться действительно любой международно-правовой нормой в смысле ч. 1 ст. 38 Статута Международного Суда ООН (также ст. 3, 12, 13 Статей КМП), “если на момент соответствующего действия или бездействия указанная норма уже вступила в силу применительно к затронутому государству”<sup>6</sup>.

2. Международно-противоправное деяние влечет за собой международную ответственность государства, порождающую юридические последствия (ст. 28 Статей КМП). Это может быть, в частности, возмещение нанесенного вреда, но вреда, причиненного международно-противоправным деянием государства (ст. 31). Речь отнюдь не идет о вреде, причиненном невыполнением частноправовых обязательств государства.

События, факты, составляющие основу правонарушения, должны *вменяться* государству в качестве его поведения (ст. 2 Статей КМП), причем доказательство вины по международному обычному праву не является обязательной предпосылкой для наступления международной ответственности. Но причинная связь между противоправным деянием и последствиями для потерпевшего государства должна быть такой, чтобы поведение нарушителя в любом случае предстало в виде “государственного акта” (“act of state”) и могло послужить для обращения на государство, к которому предъявляются требования.

Ответственность государства обычно не распространяется на правонарушения, совершаемые частными лицами. Но поведение, которое не вменяется государству на основании соответствующих Статей КМП (они строго ограничительны в квалификации поведения государства и его органов), “тем не менее рассматривается как деяние данного государства по международному праву, если и в той мере, в какой это государство признает и принимает данное поведение в качестве *собственного*” (ст. 11).

3. “Обязательства ответственного государства, установленные в настоящей части (т.е. “содержание международной ответственности государств”; см. об этом выше. – Г.В.), могут быть обязательствами в отношении другого государства, в отношении нескольких государств или международного сообщества в целом...” и далее: “Настоящая часть не затрагивает любого права, возникающего из международной ответственности государства, которое может непосредственно приобретаться любым лицом или образованием, иным, чем государство” (ст. 33).

Таким образом, Статьи КМП, как прямо следует из их текста, ориентированы на урегулирование ответственности государств за нарушение ими международно-правовых обязательств (ст. 1), и ответственность эта имеется в виду за международно-правовые деяния именно государств (ч. 1 Статей КМП).

При этом ст. 33 Статей КМП четко очерчивает круг субъектов, в отношении которых могут возникать обязательства государства, несущего ответственность за свои международно-противоправные деяния. В этот круг не входят не только любые субъекты внутреннего права государств, но даже и такие субъекты международного права, как межгосударственные организации.

<sup>5</sup> Шрёдер М. Указ. соч. С. 738, 740.

<sup>6</sup> Там же.

\* \* \*

Между тем некоторые комментаторы трактуют ст. 1 Статей КМП (в которой говорится не более того, что “каждое *международно-противоправное* (курсив мой. – Г.В.) деяние государства влечет за собой международную ответственность этого государства”) так, что статья якобы “покрывает все международные обязательства государства, не только включая принадлежащие другим государствам, но также другим (очевидно, лицам? – Г.М.). Таким образом, ответственность государства распространяется на нарушение прав человека и другие нарушения международного права, когда бенефициаром нарушенного обязательства является не государство, но индивид или юридическое лицо”<sup>7</sup>. Профессор К. Хобер, далее, развивает приведенные, на наш взгляд неосновательные, комментарии, утверждая, что “несомненно проект Статей применим также к другим чем суверены”<sup>8</sup>. Позволительно в этой связи заменить. Во-первых, не верно смешивать предмет ответственности – *ratione materiae* (ст. 1) с кругом субъектов права – возможных бенефициаров возмещения этой ответственности – *ratione personae*. Бенефициары эти четко прописаны в ст. 33 Статей КМП, которая явно исключает “любые лица или образования, иные, чем государство”, из-под действия Статей КМП. При этом, согласимся, не исключается возможная ответственность государства по иным, нежели Статьи КМП, основаниям.

Следует согласиться с проф. Н.Н. Вознесенской, которая считает, что проф. К. Хобер ошибается, считая, что ст. 1 Статей КМП якобы охватывает ответственность государства и перед другими, кроме государств, субъектами<sup>9</sup>. Проф. Н.Н. Вознесенская, далее, утверждает, что, когда дело идет о разрешении спора между государством и частным иностранным инвестором с применением Вашингтонской конвенции 1965 г. (ст. 42 которой предусматривает возможность применять, в частности, “те нормы международного права, которые могут быть применимы”), нет оснований для применения Статей КМП<sup>10</sup>, поскольку, можно

<sup>7</sup> *Hobér K. State Responsibility and Investment Arbitration in “Investment Arbitration and the Energy Charter Treaty”*. Huntington, New York, 2006. P. 265. При этом К. Хобер приведенный выше текст излагает со ссылкой на работу: *Crawford N. The International Law Commission’s Articles on State Responsibility. Introduction. Text. Commentaries. 2002. P. 76, 192, 193.*

<sup>8</sup> *Ibid.*

<sup>9</sup> См.: *Вознесенская Н.Н. Правовое регулирование и защита иностранных инвестиций в России. М., 2011. С. 296, 297.*

<sup>10</sup> См.: там же.

добавить, Статьи КМП ориентированы исключительно на применение к межгосударственным правоотношениям.

\* \* \*

Следует особо отметить, что специальные юридические последствия международно-правовых деяний могут определяться также и в особых международных договорах (например, в Конвенции о международной ответственности за ущерб, причиненный космическими объектами, 1975 г.; Конвенции 1982 г. по морскому праву (ст. 139); Договоренности 1994 г. о правилах и процедурах разрешения споров (ст. 23) в рамках ВТО, в двусторонних инвестиционных соглашениях и т.п.). Однако признание допустимости такого рода специального регулирования, отмечает М. Шрёдер, оставляет открытым принципиальный вопрос о соотношении таких *специальных* систем правовой защиты и санкций с *общими* правилами ответственности государств (например, в рамках защиты прав человека, дипломатического и консульского права, права ЕС и т.п.). Не решен и вопрос, действует ли принцип исключительности специального режима, выведенный посредством толкования и для “обычных случаев”, в любых международных ситуациях<sup>11</sup>. Думается, в отмеченных ситуациях как общий ориентир применим принцип *lex specialis derogat lex generalis*.

## II. Ответственность государств, связанная с их внешнеэкономической, коммерческой деятельностью

Внешнеэкономическая деятельность государства прежде всего, естественно, может носить функционально “суверенный” характер, когда государство, выступая стороной международных соглашений или участвуя в работе международных организаций и т.д., осуществляет свои функции защиты или продвижения своих государственно-суверенных экономических интересов в сфере международного сотрудничества. Эти функции особо наглядно в течение столетий проявлялись и отражались юридически в международных двусторонних торговых договорах. Ныне же эти функции широко воплощаются в многосторонней системе соглашений по самым разнообразным предметам торгово-экономического сотрудничества в рамках Всемирной Торговой Организации (ВТО). В этой системе эффективно действует и специальная система урегулирования споров,

<sup>11</sup> См.: *Шрёдер М. Указ. соч. С. 753, 754.*

включая решение практических проблем ответственности государства<sup>12</sup>.

В то же время современное государство во все большей мере непосредственно участвует в качестве хозяйствующего субъекта в предпринимательской деятельности на частноправовой, коммерческой основе как внутри своей страны, так и вовне, вступая в сделки в том числе и с иностранными частными, коммерческими предприятиями и лицами. Такое государство, часто именуемое “торгующим” государством, не являясь юридическим лицом как внутри страны, так и в других государствах, вступает в коммерческие сделки обычно через свои органы или через коммерческие предприятия, полностью или частично контролируемые государством. При этом государство теряет отдельные присущие ему юрисдикционные и тому подобные иммунитеты<sup>13</sup>.

Втягиваясь в частноправовые обязательственные отношения, государство, нарушая эти отношения, несет и частноправовую ответственность принципиально на основе либо своего собственного внутригосударственного права, либо определенного применимого иностранного права.

Из сказанного выше явственно следует, что Статьи КМП о межгосударственной ответственности никоим образом не применимы к частноправовой или иной ответственности государства перед другими, нежели государства, лицами и образованиями. Определяюще важной при этом является четко выражаемая в Статьях КМП парадигма: международно-правовая межгосударственная ответственность лежит совершенно в иной плоскости, нежели частноправовая или иная (политическая, моральная и т.п.) ответственность государства перед другими, кроме государств, субъектами права.

Эта парадигма базируется на особой, в основе своей суверенной природе государства, его универсальной способности выступать в различных правовых ипостасях: на международном уровне быть субъектом как международного права, так и того или иного применимого иностранного национального права, а на соответствующем внутригосударственном уровне быть субъектом гражданского, административного, уголовного, даже семейного права и т.д. При этом следует исходить из презумпции властной, суверенной сути госу-

дарства, ибо это есть его ключевое, понятийное свойство.

Казалось бы, правовые свойства и роль государства достаточно изучены и ясны, если бы не новомодные и целенаправленные тенденции в современной международной политике и, увы, в доктрине – всячески расшатать суверенную основу и специфику государства. Отсюда, в частности, широко бытующие доктринальные концепции полного кризиса международного права или становления взамен международного права некоего глобального объединенного международно-национального, в том числе так называемого транснационального, права; выдвигание своего рода субститутов подлинному праву в виде так называемого “мягкого” права, “субправа”, *lex mercatoria*, самодостаточного договора – контракта (*self contained contract*) вне всякого иного права; утверждение статуса индивида в качестве своего рода “парамаунт-субъекта” любого как национального, так и международного права; включение в международное частное право любых норм, в какой-либо мере имеющих так называемый “иностраный элемент”, и, соответственно, выводя как бы “дуалистичность” международного права. Сюда же относятся доктрины крушения и анахронизма понятий суверенитета и т.п.

Происходит это, возможно, не только целенаправленно в указанных выше интересах, но иногда (к сожалению, без учета политической составляющей) и новационно ориентированно на научный поиск. Объективно же ведет это к подрыву, размыванию сути и государства, и права – и все это в русле общей тенденции как бы “модернизации” международного права. Но, если задуматься, почему-то отвечает интересам именно большого бизнеса, воплощаемого прежде всего в ТНК, и направлено на элиминирование суверенитета и дискредитацию роли государства как статусной основы права вообще и международного права, в частности.

Доктринальные “диверсии” против устоев классического международного права – это еще бы полбеды. Но во второй половине XX в. появляются на свет и многочисленные полночисленные международные договоры, в которых наглядно на передний план выдвигаются приоритеты и защита интересов ТНК, ориентированных на инвестирование в страны, в основном развивающиеся, заинтересованные в притоке зарубежных капиталов. Это прежде всего получившие огромное распространение двусторонние так называемые соглашения о поощрении и защите инвестиций, или, иначе, просто двусторонние инвестиционные

<sup>12</sup> См. подробнее, в частности: *Трунк-Федорова М.П.* Разрешение споров в рамках Всемирной Торговой Организации. СПб., 2005.

<sup>13</sup> См. об этом подробнее.

соглашения (далее именуемые здесь “ВІТ’ы” по общепринятой в бизнесе и литературе английской аббревиатуре словосочетания: *bilateral investment treaty*). Их насчитывается в мире уже около 3 тыс. Это также и многосторонние инвестиционно ориентированные соглашения: Договор энергетической хартии (ДЭХ) и Соглашение о североамериканской свободной торговле (НАФТА).

Этими соглашениями, и прежде всего ВІТ’ами, определяется ныне в мире правовой режим международных прямых инвестиций, представляющих собой наиболее внушительные коммерческого характера реальные финансовые транзакции с участием так называемых “торгующих” государств. На основе этих соглашений инвесторы и пытаются всячески обеспечить ответственность суверенных государств и по коммерческим инвестиционным сделкам (“*state contracts*”). Особенностью же ВІТ’ов является, как, возможно, нигде в других сферах, не всегда легко дифференцируемое переплетение суверенных и коммерческих составляющих.

Именно на непростых правовых особенностях ВІТ’ов и сосредоточим далее свое внимание.

## II.1. Значение и смысл ВІТ’ов

По своей политико-экономической сути ВІТ’ы есть типичная правовая форма управления процессом глобализации в рамках неолиберальной модели, используемой ТНК развитых стран под знаменем свободы конкуренции<sup>14</sup>. Свободная конкуренция (парадигма, на которой зиждутся не только ВІТ’ы, но и вся система ВТО) призвана содействовать экономическому развитию, но только при условии, что она не подменяется фикцией в виде сговоров двух-трех монополий, якобы конкурирующих между собой, а фактически мирно поделивших рынок и близко не подпускающих к нему реальных конкурентов<sup>15</sup>.

Доминантная идеологема ВІТ’ов элементарно проста и наглядна: инвестиции – не благотворительность, а бизнес. И бизнес этот требует обеспечения для главных инвесторов – ТНК наиболее благоприятного делового климата в государствах-импортерах капитала, в том числе посредством подключения к данной задаче как этих государств (обычно развивающихся стран),

на которых возлагается принятие внутринациональных мер по защите иностранных инвестиций, так и государств-экспортеров (обычно развитых стран), наделяемых своего рода опекой по защите капиталов своих инвестирующих за рубежом предприятий, в том числе от так называемых некоммерческих (иначе – политических) рисков: национализации, индигинации, народных волнений и т.п.

Выдвигаемые резоны необходимости особой защиты от этих рисков выглядят достаточно убедительными. Требуются, дескать, особенные международно-правовые “гарантии” со стороны капиталопринимающих государств. В качестве таких “гарантий” в ВІТ’ы обычно включаются специальные оговорки, в том числе: “справедливого и равного режима”, защиты и безопасности (“*protection and security clause*”); предохранения права (обеспечение превалирования над условиями данного ВІТа любого более благоприятного режима, вытекающего из других применимых международных соглашений или из национального законодательства); стабилизационная оговорка; условия о соотношении инвестиционных соглашений с проведением экспроприационных (национализация и т.п.) и индигинационных (передача определенных имуществ в собственность национальным лицам) мер; условия свободы валютных переводов доходов и т.п., компенсации за внутренние беспорядки, о запрете “*performance requirements*” (запрет приоритетов национальным лицам при исполнении инвестиционных контрактов)<sup>16</sup>; условия об использовании найма мигрантов, нарушений обусловленных в ВІТах процедур рассмотрения “диагональных” инвестиционных споров; суброгационные оговорки (в случае выплаты страховщиком страхователю-инвестору страхового возмещения за так называемые некоммерческие (политические) риски. Страховщик при этом имеет право передать в порядке регресса требование о возмещении государству инвестора или государственному страховому агентству, которое в свою очередь обращается за возмещением к государству, где имел место стра-

<sup>14</sup> Об управляемой неолиберальной глобализации см.: Вельяминов Г.М. Международное экономическое право и процесс. М., 2004. С. 7–34, 355–364; *Его же*. Глобализация и Россия // В кн.: Россия в глобальной политике. Т. 4. 2006. № 3. С. 88–105.

<sup>15</sup> См.: Хомски Н. Прибыль на людях. Неолиберализм и мировой порядок / Пер. с англ. М., 2002. С. 9.

<sup>16</sup> В этом же направлении работает и такой международно-правовой инструмент, как Соглашение о торговых аспектах инвестиционных мер (TRIMS) в рамках системы ВТО, фактически запрещающей странам – импортерам инвестиций при их использовании вводить какие-либо условия поощрения собственной экономики в интересах развития, так называемые “*performance requirements*” (см. об этом: Вельяминов Г.М. Международное экономическое право и процесс. С. 379–81; *Его же*. Agreement on Trade-Related Investment Measures in Rechtslage von Auslandsinvestitionen in Transformationsstaaten. Berlin, 2006. S. 179–184.

ховой случай); так называемая зонтичная оговорка (*umbrella clause*)” и т.д.<sup>17</sup> Последняя оговорка наиболее, пожалуй, юридически “коварна”, поскольку используется при попытках превращения частнопредпринимательской ответственности принимающего государства перед иностранным инвестором в международно-правовую ответственность, о чем подробнее – ниже.

Формально условия ВІТ’ов обычно строго равнозначны для обоих договаривающихся государств. В действительности же ВІТы обычно заведомо представляют собой соглашение между, с одной стороны, реально государством – экспортером капитала, а с другой – государством – импортером капитала. Всё содержание ВІТ – защита интересов государства-экспортера. На стороне этого государства и все *права* на защиту инвестиций. На стороне же государства-импортера – *обязанности* по обеспечению этой защиты, “гарантии” сохранности инвестиций.

Напрашивается простая мысль: если на принимающее государство возлагается международно-правовая ответственность за обеспечение благоприятных условий для иностранных инвесторов, почему бы не возложить встречную ответственность на государство – инвестора за возможный экологический вред, нанесенный деятельностью инвестора, за нарушение им прав человека и социальных условий работников на предприятиях инвестора и т.п.?

Кому выгодны ВІТы? Тому, кто заранее разрабатывает модельные, типовые их проформы. Это – Великобритания, Германия, Соединенные Штаты Америки, Франция, Австрия, Канада, Нидерланды и т.д. Модельные ВІТы и предлагаются на возможно безальтернативной основе (по аналогии своего рода с договорами присоединения в гражданском праве) странам – потенциальным импортерам инвестиций.

Невооруженным взглядом видна неравноправная, невзаимовыгодная суть ВІТ’ов. По существу ВІТы, если подходить к ним условно, с цивилистических позиций, может квалифицироваться как неравноправная, даже кабальная сделка. Не отвечают ВІТ’ы в этом смысле по сути и общепризнанным международно-правовым принципам равноправия, взаимной выгоды и сотрудничества. И это, полагаем, создает основания требовать признания недействительными многих ВІТ’ов *ab initio*.

<sup>17</sup> Подробнее о содержании ВІТ’ов (СПЗИ) см.: Вельяминов Г.М. Международное экономическое право и процесс. С. 364–373.

Вот некоторая статистика, иллюстрирующая, кто на практике отвечает по нарушениям “диагональных” инвестиционных контрактов. Оказывается – исключительно принимающие инвестиции государства. Инвесторы же, надо полагать, безгрешны...

Из 77 дел, рассмотренных со ссылками на ВІТ’ы в 2003–2007 гг. в Международном центре для урегулирования инвестиционных споров (*International Centre for Settlement of Investment Disputes*, далее – МЦУИС), ответчиками были по 65 делам те или иные развивающиеся страны (в том числе по 27(!) делам – Аргентина, очевидно в связи с национальным экономическим кризисом), а еще по 12 делам – страны Восточной Европы или государства на пространстве СССР<sup>18</sup>.

В чем же, так сказать, “глобальный” международный экономический эффект применения ВІТ’ов? Это – (объективно) содействие обеспечению наблюдаемого сохраняющегося и даже растущего разрыва экономического развития между Бедным Югом и Богатым Севером. Хотя инвестиции по идее должны были бы работать на сокращение этого разрыва...

\* \* \*

Уже после подготовки предшествующего текста в руки автора попал документ “Открытое заявление о международном инвестиционном режиме. 31 августа 2010”, в высшей степени заслуживающий изложения здесь его основных положений. В Заявлении исключительно ярко характеризуется сложившаяся ситуация в сфере транснациональных перемещений прямых капиталовложений. Документ представляет собой своего рода итог дискуссий в рамках юридического факультета Йоркского университета (Торонто, Канада), а также семинаров в Международном институте социологии права (Онати, Испания). Заявление подписано 37 ведущими профессионалами – профессорами, исследователями права, политологии, социологии, экологии и экономики из Австралии, Великобритании, Германии, Индии, Канады, Сингапура, США, Финляндии и других стран<sup>19</sup>.

В Заявлении, в частности, констатируется, что решения международных арбитражей зачастую принимаются на основе чрезмерно либеральной интерпретации положений межгосударственных

<sup>18</sup> См.: *H. Richard, Rubins No. Digest of ICSID Awards and Decisions. 2003–2007. Oxford, 2009. P. XIII–XVII, XIX–XXIV.*

<sup>19</sup> Контактные адреса координаторов акции для получения дополнительной информации, обсуждения и поддержки: prof. Gas van Harten (gvanharten@osgoode.yorku.ca) and prof. David Schneidermann (david.schneidermann@utoronto.ca).

инвестиционных соглашений (т.е. ВІТ'ов). Такая интерпретация служит установлению приоритета защиты собственности и экономических интересов ТНК над правом государственного управления и правом самоопределения наций... Эта инвестор-ориентированная интерпретация представляет существенный сдвиг в балансе между защитой инвестиций и публичными государственными интересами в международном праве... Международный инвестиционный арбитраж в его нынешнем виде не является справедливым, независимым и сбалансированным методом разрешения инвестиционных споров и, следовательно, не должен использоваться для этих целей... Государства обладают основополагающим правом управления в интересах общества. Это право не должно быть подчинено интересам инвесторов... и т.д.

В Заявлении рекомендуется государствам “проанализировать заключенные ими инвестиционные соглашения с целью решения вопроса о выходе из них или перезаключения...”<sup>20</sup>.

Цель Заявления – “донести озабоченность, выраженную в нем, до органов, ответственных за принятие решений в инвестиционной сфере, и до общественности в широком смысле”. Думается, в Заявлении наглядно, как нигде, представлен вопиющий договорно-узаконенный перекосяк в международной инвестиционной политике в пользу интересов ТНК и государств их базирования в ущерб развитию экономики в основном развивающихся государств – импортеров инвестиций<sup>21</sup>.

## II.2. Зонтичные оговорки в ВІТ'ах

Почему из всех условий, составляющих в совокупности содержание ВІТ'ов, выделяются нами зонтичные оговорки? Потому, что именно они служат своего рода “троянским конем” –

юридически неосновательно используются для разрушения основ классического разделения публичного и частного права, национального и международного, а также и для узкоприкладных попыток трансформации частнопубличных обязанностей государств в международно-правовые.

По сути своей, “по духу” зонтичные оговорки аналогичны, хотя формулировки их в конкретных ВІТ'ах несколько различаются “по букве”, и именно этим различиям арбитры при рассмотрении споров склонны в ущерб “духу” придавать решающее значение. Приведем в порядке иллюстрации несколько примеров зонтичных оговорок, чтобы было яснее, о чем идет речь<sup>22</sup>.

“Каждая сторона должна в любое время обеспечивать соблюдение обязательств, которые были даны в отношении собственности физических и юридических лиц любой другой стороны” (Проект конвенции ОЭСР о защите иностранной собственности, 1967 г.). “Каждая договаривающаяся сторона должна соблюдать любое обязательство, в которое она вступила, в отношении определенных инвестиций со стороны инвесторов другой договаривающейся стороны” (Австрийский модельный ВІТ). “Каждое договаривающееся государство будет выполнять любые иные обязательства, в которые оно может вступить в отношении инвестиций на его территории инвесторами другого договаривающегося государства” (Германский модельный ВІТ, 2008 г.).

Одна из наиболее расширительных (в интересах инвесторов) зонтичных оговорок содержится в ст. 10(1) Договора энергетической хартии: “Каждая Договаривающаяся сторона будет соблюдать любые обязательства, в которые она вступила с Инвестором или Инвестицией Инвестора любой другой Договаривающейся стороны”. Комментируя эту статью, К. Сёдерлунд пишет, что под понятием “инвестиция” понимается, к примеру, местная национальная компания, полностью владеемая иностранным инвестором<sup>23</sup>.

**Смысл и правовая сущность зонтичной оговорки** являются предметом живого научного интереса<sup>24</sup>. Толкование смысла зонтичных оговорок, учитывая, в частности, и различия их формулировок, не однозначно. Своего рода классическим примером служат два дела по искам одного и того же швейцарского инвестора “SGS”: одно

<sup>20</sup> Это, кстати, и сделано было Россией в отношении Договора энергетической хартии.

<sup>21</sup> Внушительная библиография научных трудов с критикой существующей системы международного регулирования транснациональных инвестиций приводится в: *Фам Тра.Т. Howard Mann and Konrad von Moltke. A Southern Agenda on Investment? Promoting Development with Balanced Rights and Obligations for Investors, Host States and Home States//IISD paper. 2005; Sormarajah M. A Coming Crisis: Expansionary Trends in Investment Treaty Arbitration, in Karl P.Sanvant and Michael Chiswick-Patterson (eds.). Appeals Mechanism in International Investment Disputes (OUR, 2008). P. 39. Это также труды R. Suda, L. Petersson, Gus Van Harten, Samrat Ganguly, U.Kriebaum; G. Mayeda; V. Yu; F. Marchal.*

См.: *Pham Tra T. International Investment Treaties and Arbitration as Imbalanced Instruments: A Ke-visit // International Arbitration law Review, Issue 3, 2010. P. 84, 85 (подстрочные примечания 1–6).*

<sup>22</sup> Приводятся тексты оговорок в основном в переводе с англ. яз. (см.: *Happ R., Rubins N. Op. cit.*)

<sup>23</sup> См.: *Söderlund C. // “Investment Arbitration and the Energy Charter Treaty”. Hantington, New York, 2006. P. 251.*

<sup>24</sup> *Ibid.* К. Сёдерлунд ссылается, в частности, на статьи A.C. Sinclair, C. Schreuer, T.W. Wälde.

дело против Пакистана (2003), а другое – против Филиппин (2004 г.).

Зонтичная оговорка в ВІТ Швейцария/Пакистан гласит: “Каждая Договаривающаяся Сторона постоянно гарантирует соблюдение обязательств, в которые она вступила, в отношении инвестиций инвесторов другой Договаривающейся стороны”. МЦУИС отверг утверждение истца, что зонтичная оговорка трансформирует частноправовые требования в международно-договорные, и признал что зонтичная оговорка понимается как “предполагаемая утвердительная обязанность задействовать имплементационные правила и регулирования, необходимые или надлежащие для того, чтобы сделать эффективными контрактное или законное действия в пользу инвесторов другой Договаривающейся стороны, которые в ином случае были бы мертвой буквой”<sup>25</sup>.

В дело же “SGS” против Филиппин МЦУИС, используя зонтичную оговорку в ВІТ Швейцария/Филиппины (“Каждая Договаривающаяся сторона будет соблюдать любые обязательства, которые она приняла в отношении определенных (specific) инвестиций на своей территории инвесторов другой Договаривающейся стороны”), решил, что “в свете обстоятельств нарушение контракта может составить нарушение зонтичной оговорки”<sup>26</sup>. В этом же решении МЦУИС дал и свое толкование, хотя и по конкретной зонтичной оговорке, но достаточно принципиальное: “она (оговорка. – Г.В.) не превращает необязывающие внутринациональные обещания (blandishments) в обязывающие международные обязательства. Она не превращает вопросы контрактного права в вопросы международно-договорного права. В частности, она не изменяет надлежащего права CISS Agreement (контракт между инвестором/истцом и Филиппинами. – Г.В.) из права Филиппин в международное право. Статья X(2) (Зонтичная оговорка в ВІТ Швейцария/Филиппины. – Г.В.) адресована не к составу (scope) обязательств, заключенных в отношении конкретных инвестиций, но к исполнению этих обязательств, когда они удостоверены”<sup>27</sup>. В этом толковании МЦУИС, начав с того, что справедливо, на наш взгляд, не признал превращение частноправовых отношений в международно-правовые, кончил тем, что не очень логично признал применимость зонтичной оговорки к исполнению частноправового обязательства, если его нарушение установлено (надо понимать, компетентным судом согласно инвестиционному ча-

стноправовому контракту). Как решается, однако, вопрос исполнения? Исполнения ли решения по частноправовому контракту? Или решения (какой инстанции?) по международно-правовому обязательству, происходящему из зонтичной оговорки? В этом последнем случае не может быть решения МЦУИС, не правомочного рассматривать межгосударственные споры. Смысл логики Трибунала не ясен.

Хотя “по духу” обе вышеприведенные зонтичные оговорки по ВІТ Швейцария/Пакистан и по ВІТ Швейцария/Филиппины, казалось бы, аналогичны, но разный состав арбитров МЦУИС, опираясь на разные “по букве” формулировки, пришел к различным оценкам смысла соответствующих зонтичных оговорок. При этом решение на основе ВІТ Швейцария/Пакистан рассматривается комментаторами как более узкое толкование оговорки, а решение по ВІТ Швейцария/Филиппины – как расширенное. В конечном же итоге выводы сводятся к тому, что смысл зонтичной оговорки, как по меньшей мере свидетельствует практика МЦУИС, “всегда зависит от ее формулировки”<sup>28</sup>. Но, как видим, толкования не всегда убедительны.

К. Сёдерлунд считает, что “включение любого выражения *pacta sunt servanda* (или соблюдение обязательств, или подобное) имеет единственной целью подвести контрактные обязательства под зонтик условий инвестиционного соглашения о разрешении споров. Трудно увидеть иные цели зонтичной оговорки, поскольку государства с очевидностью связаны своими обязательствами безотносительно к программатичным декларациям инвестиционных соглашений на этот счет”<sup>29</sup>.

Действительно, нельзя не согласиться с К. Сёдерлундом в его толковании зонтичных оговорок в части содержащихся в них обязательств соблюдения по сути и без того присущего любому договору/контракту принципа *pacta sunt servanda*. В частности, и попадающие иногда в ВІТ’ы (например, Швейцария/Пакистан) условия “гарантирования” соблюдения инвестиционных контрактов суть не более чем та же упомянутая универсальная парадигма общей защиты иностранных инвестиций. Но это никак не некая гарантия в смысле страхования или возможных внутригосударственных законодательных гарантий иностранных инвестиций и т.п.<sup>30</sup> Кстати,

<sup>25</sup> См.: *Happ R., Rubins N. Op. cit. P. 361.*

<sup>26</sup> *Ibid.*

<sup>27</sup> *Ibid. P. 67.*

<sup>28</sup> *Ibid. P. 362.*

<sup>29</sup> См.: *Söderlund C. // Arbitration and the Energy Charter Treaty. Huntington, N.Y., 2006. P. 251.*

<sup>30</sup> См. *Вознесенская Н.Н. Указ. соч. С. 239–265.*

страхование, как таковое, коммерческих и политических рисков само по себе широко применяется при инвестировании<sup>31</sup>.

Но совершенно наглядно и очевидно, что ни из одной известной зонтичной оговорки эксплицитно или имплицитно не вытекает каких-либо межгосударственных обязательств о подведении “под зонтик” этих обязательств также и как таковых частноправовых обязательств из инвестиционных контрактов, иначе говоря, о трансформации этих обязательств в международно-правовые. Думается, совершенно прав проф. С. Субеди, который пишет, что государства вправе самостоятельно принять решение о включении в ВІТы положения о том, что все нарушения государственного (“диагонального”. – Г.В.) контракта будут рассматриваться в качестве нарушения ВІТов. Но до этого арбитражным трибуналам не следует делать таких выводов<sup>32</sup>.

**Понимание зонтичной оговорки в ее субъектном аспекте** (*ratione personae*) имеет решающее значение для определения ее правового значения.

Дело в том, что в отсутствие этой оговорки нарушение принимающим государством своих обязательств по “диагональному” инвестиционному контракту с иностранным инвестором не дает государству этого инвестора никаких правовых оснований вообще вмешиваться, выступать перед принимающим государством в качестве “защитника” потерпевшего инвестора, ибо к инвестиционному частноправовому контракту между принимающим государством и иностранным инвестором полностью применим общий принцип права: *res inter alios acta alteri nocere non debet* (сделка между другими лицами не создает обязанностей для неучастников), или иначе: *pacta non obligant nisi gentes inter quas inita* (договоры не обязывают никого, кроме участников).

С другой стороны, и соответствующий межгосударственный ВІТ для частного инвестора также есть *res inter alios acta* и также ВІТ представляет собой для инвестора *pacta tertiі* (договор между третьими лицами), даже если и рассматривать частного инвестора бенефициаром данного ВІТ. Можно возразить, что, коль скоро нормы международного соглашения (ВІТ) включаются в пра-

вовую систему государств, участвующих в данном соглашении, нормы эти могут становиться конституционно действенными в этой системе. Действие таких норм распространяется, естественно, не на всех различных субъектов данной системы, но распространяется на них избирательно. Так, если норма явственно применима только к государству, как таковому, как к субъекту международного права (что и имеет место в зонтичных оговорках), норма эта не применима к иным субъектам права, даже если эти субъекты могут быть фактически бенефициарами тех или иных условий международных договоров, в которых они сами непосредственно не участвуют.

Смысл зонтичной оговорки в том, что она *дает государству инвестора право выступать, но сугубо в международно-правовом публичном статусе в качестве как бы “защитника” интересов своего инвестора, потерпевшего от нарушения контрактных обязательств принимающим государством.*

Ни зонтичная оговорка, ни другие обычные условия ВІТ не наделяют, однако, государство инвестора правами некоего гаранта, куратора и мониторинга выполнения принимающим инвестицией государством его инвестиционных контрактов с инвесторами из государства партнера. Поэтому возможность государства выступить в силу зонтичной оговорки “защитником” своего инвестора обоснована должна быть, *во-первых*, фактом признания компетентным судебным арбитражным учреждением имевшего место “нарушения” и, *во-вторых*, обоснованием государством инвестора причинно-следственной связи между нарушением контракта и несоблюдением международно-правовых обязательств, обусловленных в соответствующем ВІТ.

Особенностью зонтичных оговорок является то, что одно и то же событие – казус нарушения принимающим государством инвестиционного контракта с иностранным инвестором – может дать старт для разбирательства двух юридически принципиально различных спорных дел: *одного* частноправового дела между принимающим государством и инвестором и (*но последовательно*) *второго*: международно-правового разбирательства между государствами – участниками соответствующего ВІТ. И эти два разбирательства строго юридически не совместны во времени (*ratione tempore*) и в пространстве, подпадая под различные формы урегулирования споров, в различных инстанциях правосудия (*ratio decidendi*), а также по применимому праву (*ratio legis*), частному или международному публичному.

<sup>31</sup> См.: Вельяминов Г.М. Международное экономическое право и процесс. С. 373–379.

<sup>32</sup> См.: Subedi S.P. International Investment Law. Reconciling Policy and Principle//Oxford, 2008. P.107. Цит. по: Южно А.С., “Зонтичные” оговорки в практике международных арбитражных трибуналов: последние тенденции // Международное публичное и частное право. 2011. № 5. С. 5, 9.

Частноправовой спор по инвестиционному контракту может разбираться в арбитраже, компетентном рассматривать коммерческие споры (в том числе, возможно, в ICSID) и на основе прежде всего того или иного применимого национального права (субсидарно и международного права, применимого к соответствующим *коммерческим* спорам, но при этом не с использованием Статей КМП). Разбирательство же международно-правового спора, основывающееся на условиях соответствующего ВІТ'а, подпадает юрисдикционно под процедуру разбирательства международно-правовых споров как согласованную в соответствующем ВІТ, так, возможно, и иную, принятую в международном праве, от дипломатических переговоров и согласительных процедур до международных судов и т.п., причем на основе международного права, в том числе с возможным использованием и Статей КМП.

**Понимание зонтичной оговорки в ее предметном аспекте (*ratione materiae*)** связано в большей степени с попытками толковать зонтичную оговорку как создающую правовую возможность для трансформации частноправовой ответственности принимающего инвестиции государства, нарушившего свой контракт с иностранным инвестором, в международно-правовую ответственность. Так, к примеру, зонтичная оговорка в ВІТ Германия/Пакистан (“Каждая сторона должна соблюдать любое обязательство, которое она на себя приняла в отношении инвестиций граждан и компаний другой стороны”) неправомерно толкуется в комментариях<sup>33</sup> в качестве трансформирующей принятую в отношении частного инвестора ответственность из национальной в международную.

А.С. Юхно в этой связи предлагает свое понимание: “зонтичная оговорка позволяет заинтересованной стороне (ВІТ или контракта? – Г.В.) поднимать спорный вопрос отдельного инвестиционного контракта с государством на уровне инвестиционного соглашения (ВІТ. – Г.В.) и передавать такой спор в инвестиционный арбитраж”<sup>34</sup>.

Если под “заинтересованной стороной” понимается сторона ВІТ, тогда с этим можно согласиться, но только если при этом речь идет не вообще о “спорном вопросе”, а о доказанном уже нарушении контракта! Неясно, однако, по А.С. Юхно, и в какой “инвестиционный арбитраж” передается

спор? Если имеется в виду МЦУИС (другого специализированного инвестиционного арбитража как будто бы не наблюдается), такая передача представляется неправильной, ибо МЦУИС не компетентен решать межгосударственные споры.

Не понятно также, почему А.С. Юхно считает, что главная цель зонтичной оговорки – “предоставить возможность стороне (очевидно, стороне ВІТ? – Г.В.) обратиться к инвестиционному арбитражному разбирательству для обеспечения выполнения другой стороной обязательства, регулируемого правом, которое определено сторонами”<sup>35</sup>. Представляется, во-первых, очевидным, что указанная возможность обращения сторон ВІТ к инвестиционному арбитражному разбирательству вообще обуславливается специальными условиями ВІТ о порядке рассмотрения споров между сторонами ВІТ, а не зонтичными оговорками. Во-вторых, “право, которое определено сторонами”, – это, очевидно, право, определенное сторонами контракта между принимающим государством и инвестором. Но это право никак не применимо к разбирательству международно-правового спора между сторонами ВІТ, хотя межгосударственный спор этот, очевидно, может быть инициирован по факту невыполнения контракта, но не на основе права, применимого к этому контракту(!), а на основе международного права.

На практике, к сожалению, арбитры МЦУИС склонны, базируясь в основном на “букве” отдельных зонтичных оговорок, как раз строить свои решения по сути противоправно, вступая в рассмотрение межгосударственных правоотношений (!) и приходя к неверному заключению, что “нарушение контракта может составлять нарушение зонтичной оговорки”<sup>36</sup>.

Резонными в принципе являются заключения некоторых арбитражных трибуналов МЦУИС в том, что «не все контрактные нарушения конститутуют нарушение (Правильнее было бы сказать не “нарушение”, но “применимость”. – Г.В.) зонтичной оговорки, но только нарушения, сделанные при осуществлении суверенных полномочий»<sup>37</sup>. При этом, на наш взгляд, *во-первых*, это – полномочия, оговоренные в соответствующем ВІТ'е, а *во-вторых*, речь может идти именно о полномочиях и в тех случаях, когда в тексте зонтичной оговорки говорится и о так называемых “любых (всех)” обязательствах. Грубым нарушением подлинного “духа” и смысла ВІТ и зон-

<sup>33</sup> См.: Wang J. Umbrella Clauses in Bilateral Investment Treaties: Of Breaches of Contract, Treaty Violations, and the Divide between Developing and Developed Countries in Foreign Investment Disputes // George Mason Law Review. Vol. 14. 2006. P. 149, 150. Цит. по: Юхно А.С. Указ. соч. С. 4, 8.

<sup>34</sup> Юхно А.С. Указ. соч. С. 4.

<sup>35</sup> Там же. С. 8.

<sup>36</sup> Happ R., Rubins N. Op. cit. P. 361.

<sup>37</sup> См.: ibid. P. 363.

тичной оговорки, а также смешением частноправовых и публично-правовых обязательственных отношений представляется решение МЦУИС по делу Siemens AG v. Аргентина (2007), в котором Трибунал интерпретировал зонтичную оговорку в ВІТ Германия/Аргентина как “покрывающую нарушение всех относящихся к инвестиции обязательств (включая содержащиеся в контракте), как нарушение международного соглашения”<sup>38</sup>.

Коль скоро в международно-правовом договоре, в том числе ВІТ, прямо не прописано возможности образования непосредственно между договаривающимися сторонами каких-либо “несуверенного” типа отношений, действует “этатистская” презумпция именно публичного, суверенного, государствообразующего свойства международно-правовых обязательственных межгосударственных отношений.

Если дело идет о международно-правовой ответственности, основывающейся на конкретном ВІТ, она и ограничивается в принципе ответственностью, прописанной в этом ВІТ, и в ракурсе *ratione materiae* не может базироваться на иного типа любой, в том числе специальной, ответственности прямо или по аналогии, например на нормах, относящихся к ответственности за вред, приносимый экологии Мирового океана, или за ущерб, нанесенный космическими объектами, и т.п. С другой стороны, нормы общего международного права, в том числе отраженные в Статьях КМП, очевидно, применимы, но с соблюдением принципа *lex specialis derogat lex generalis*.

\* \* \*

**Концептуально, зонтичная оговорка есть одна из норм международных двусторонних инвестиционных соглашений; норма, предоставляющая одной из сторон данного ВІТ – государству “А” право выступить перед другой стороной ВІТ – государством “Б” с международно-правовой претензией о нарушении государством “Б” его обязательств по ВІТ, основываясь в претензии на установленном (в судебно-арбитражном порядке) факте нарушения государством “Б” его частноправовых обязательств по его инвестиционному контракту с инвестором из государства “А”, причем нарушения, причинно связанного с неисполнением государством “Б” тех или иных его обязательств, закрепленных в ВІТ, а также, возможно, иных обязательств из применимых норм общего международного права (включая эвентуально Статьи КМП).**

<sup>38</sup> Ibid. P. 240, 363.

Иными словами, **принципиальный смысл зонтичной оговорки** именно в том, что она предоставляет возможность государству, права инвестора из которого по “диагональному” инвестиционному контракту оказались в судебно-арбитражном порядке доказаны нарушенными, обратиться, основываясь на этом **факте**, к государству – партнеру по ВІТ с претензией о нарушении им его *международно-правовых* обязательств по ВІТ, несоблюдение которых эвентуально было **причиной** неисполнения контракта с инвестором. Но эта претензия не имеет правовой связи с **частноправовой ответственностью** (возмещением соответствующих убытков и т.д.) по “диагональному” контракту или с исполнением судебно-арбитражного решения по частноправовому спору между инвестором и принимающим государством.

Иное толкование зонтичной оговорки (т.е. трансформация, как такового, частноправового требования потерпевшего инвестора к государству – нарушителю “диагонального” инвестиционного контракта в международно-правовое требование) юридически необоснованно, смешивает ответственность по частноправовому контракту и по международному договору, причем и с разными участниками.

Нельзя не согласиться полностью с мнением проф. М. Шоу, что ситуация, когда ТНК как одни из главных субъектов инвестиционной деятельности, которые не являются субъектами международного права, могут создавать международные обязательства в государстве посредством контракта, не имеет теоретической базы в международном праве... и что слишком много говорится о данном предмете на основе слабого теоретического изучения вопроса<sup>39</sup>.

### II.3. Международное инвестиционное правосудие

Это правосудие привлекает внимание прежде всего в ракурсе практики ICSID не в последнюю очередь в связи с открытостью процесса в данном учреждении. В этой связи, очевидно, особо наглядны и встречающиеся недостатки, в том числе включая, на наш субъективный взгляд, и недостаток, диктуемый, возможно, естественной, но не весьма похвальной осторожностью арбитров не поддаваться оценкам “по духу” права, но, напротив, найти надежную опору в “букве” текста нормы, в прецеденте.

<sup>39</sup> См.: Shaw M.N. International Law. Cambridge, P. 433. Цит. по: Юхно А.С. Указ. соч. С. 4.

\* \* \*

Соответственно, наибольшее непонимание и неприятие вызывает практика МЦУИС по разрешению споров на основе принципиально не того или иного применимого национального права, как это обусловлено в Преамбуле и в ст. 42 Вашингтонской конвенции 1965 г., но на основе преимущественно арбитражных прецедентов и международных договоров (ВІТ), хотя нормы международного права, которые могут быть применимы, следует понимать в качестве по сути субсидарного источника. При этом, как уже выше отмечалось, многие нормы международного права заведомо не применимы к частноправовым, в том числе к инвестиционным *контрактным* отношениям, но относимы только к межгосударственным отношениям.

В частности, зонтичные оговорки, как показано выше, регулируют международно-правовые обязательства, а не частноправовые. Принимающее инвестиции государство не должно в ICSID подпадать под международно-правовую юрисдикцию вообще и под вытекающую из зонтичных оговорок, в частности. Ситуация же, когда принимающее государство в частноправовом процессе в ICSID оказывается судимым по своим международно-правовым обязательствам из ВІТ по отношению к государству инвестора, представляется в корне неправосудной. Нельзя делать суверенное государство заложником решения суда по частноправовому делу на основе международно-правовых, *межгосударственных* обязательств (из ВІТ), причем суда не с международно-правовой, но с частноправовой компетенцией. Это и есть именно та теоретическая слабость (на службе ТНК ориентированной ангажированности), на которую справедливо обращает внимание проф. М. Шоу (см. выше).

Самые разные, подчас противоположные толкования смысла зонтичных оговорок по “букве” текста (по своему основному смыслу в принципе однозначных) в различных арбитражных решениях МЦУИС представляют собой по сути разновидность подхода “двойных стандартов”, вообще свойственного именно толкованию условий ВІТ’ов. Другим подобным примером, кроме зонтичных оговорок, может служить и почти универсальное использование в ВІТ’ах заведомо казуистической и лукавой оговорки так называемого “справедливого и равного режима”, именно для ВІТ’ов явно и измышленной, именно в них и укоренившейся<sup>40</sup>.

<sup>40</sup> См.: Вельяминов Г.М. Правовое значение “стандарта” справедливого и равного режима // Вестник Дипломатической академии. Международное право. М., 2010. С. 9–20.

В порядке предположения совершенствования процедуры рассмотрения инвестиционных споров можно напомнить в виде гипотетически возможной аналогии о процедуре урегулирования споров в рамках ВТО. Процедура эта работает на межгосударственном уровне. Однако практически государство может действовать в рамках этой процедуры, когда соответствующая информация о нарушениях правил ВТО поступает от национальных предпринимателей в национальные правительственные органы, которые таким образом получают *фактические* основания для заявления о нарушенных международных обязательствах со стороны некоего государства<sup>41</sup>. В некоторых государствах (США, в рамках Евросоюза) предусмотрен даже особый механизм обращения негосударственных образований к своим правительствам с просьбой инициировать спорное дело в рамках ВТО. Но в любом случае такие негосударственные образования, предприятия и лица не могут выступать сторонами в спорах в рамках процедуры ВТО<sup>42</sup>.

**Прецедентный подход** в мотивации решений в МЦУИС обозначает себя в объективном порядке в качестве сомнительного свойства. Прецеденты подчас процессуально совершенно неоправданно подменяют применимое национальное право и избирательно применимое международное право вопреки установкам Вашингтонской конвенции 1965 г.

Видимо, прецедентно-инфицирующая модельная система правосудия в месте обитания МЦУИС победно диктует свою методу. В “лучших” традициях общего права в решениях МЦУИС арбитры ссылаются не столько на нормы объективного права, но на “прецедентные” решения того же МЦУИС.

### III. Выводы и предложения

1. Ответственность государств по их взаимным международно-правовым обязательствам зиждется сегодня в основном на обычном международном праве либо на специальных локальных договорах. Принятые в 2001 г. резолюцией Генеральной Ассамблеей ООН Статьи Комиссии по международному праву (КМП) в качестве авторитетной, но юридически не обязывающей кодификации обычного международного права применимы исключительно к межгосударственным

<sup>41</sup> См.: Дюмулен И.И. Всемирная Торговая Организация. М., 1997. С. 145.

<sup>42</sup> См.: Трунк-Федорова М.П. Указ. соч. С. 52.

ной “суверенной” ответственности за противоправные международно-правовые деяния или бездеятельность государств и неприменимы к любой другой ответственности, к иным субъектам, кроме государств.

2. Ответственность государств перед иными, кроме государств, институтами и лицами на практике в основном в рамках коммерческой деятельности государств, выступающих в качестве так называемых “торгующих” государств, по их “диагональным” сделкам (*state contracts*) с иностранными учреждениями и лицами зиждется прежде всего на их контрактах, на нормах соответствующих применимых национальных правовых систем, субсидиарно на конвенционных основаниях, а в соответствующих случаях и на обычном праве.

Что касается юрисдикционных иммунитетов государств в их “диагональных” спорах, то в качестве авторитетной кодификации обычного права применимы соответствующие нормы еще не вступившей в силу Конвенции ООН 2004 г. о юрисдикционных иммунитетах государств и их собственности.

3. Анализ деятельности Международного центра урегулирования инвестиционных споров (МЦУИС) свидетельствует о бытующей в нем порочной практике вынесения решений против принимающих инвестиции государств на основе исков частных иностранных инвесторов (в особенности ТНК) с опорой, в частности, на зонтичные и подобные оговорки в межгосударственных двусторонних инвестиционных договорах (ВИТ), строго юридически из которых не возникает никаких международно-правовых отношений между государствами и частными инвесторами. Но в

решениях МЦУИС делаются попытки вменения им таких правоотношений.

4. Во внешнеэкономической политике и практике для России целесообразно всячески дистанцироваться (как уже было правильно сделано в отношении многостороннего Договора энергетической хартии) от использования ВИТ’ов (в их сложившемся качестве) в отношении как новых, так и ранее заключенных с участием России.

5. Впредь до выхода из существующих неравновыгодных ВИТ’ов или до их пересмотра, что, естественно, не просто, представляется целесообразным во избежание злоупотреблений в применении, в частности, зонтичных и иных подобных оговорок, содержащихся в действующих ВИТ’ах, включать во вновь заключаемые инвестиционные контракты принимающего инвестиции государства (России) с иностранными инвесторами оговорку следующего содержания.

“Ответственность сторон по настоящему контракту определяется, исключительно исходя из условий этого контракта, и не принимаются во внимание какие-либо условия любых иных договоров или сделок сторон с любыми третьими лицами и институтами”.

6. Представляется целесообразным на государственном уровне (МИД, МЭР РФ) подготовить и принять собственный российский модельный ВИТ со сбалансированным набором прав, обязанностей и выгод как для государства-экспортера, так и для государства – импортера инвестиций.

Такая модель в любом случае могла бы послужить инструментом при согласовании Россией условий новых ВИТ’ов с другими государствами.