

Право защиты инвестиций как элемент международного права развития

Штефан В. Шилл*

*Автор является референтом Гейдельбергского Института Макса Планка по зарубежному публичному и международному праву, авторней права (Нью-Йорк), LL.M. (Университет г. Аугсбург, 2002); LL.M. International Legal Studies (Университет г. Нью-Йорк, 2006); доктор права (Университет им. Иоганна Вольфганга Гете, г. Франкфурт на Майне, 2008). «Дайджест публичного права» Гейдельбергского Института Макса Планка выражает благодарность издательству «Бек», 80791 Мюнхен (С.Н. Веck, 80791 München) и автору за разрешение перевести и напечатать данную статью. Оригинал статьи: **Stephan Schill, Investitionsschutzrecht als Entwicklungsvölkerrecht**, in: *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht* 72 (2012), 261.

Резюме	158
I. Введение	158
II. Развитие международного права защиты инвестиций	166
1. Либерализация инвестирования и содействие инвестициям	168
2. Развитие права защиты инвестиций	170
а) Провал попыток принятия многостороннего регулирования как элемент конфликта Север-Юг	172
б) Права инвесторов как элемент либеральной политики в целях развития	177
III. Инвестиционное арбитражное производство и дискуссия по проблемам развития	186
1. Понятие инвестиции	187
2. Достигнутый уровень развитие и стандарт защиты	191
3. Объект и цели соглашений о защите инвестиций	197
IV. Право защиты инвестиций: препятствие или структурный элемент устойчивого развития?	199

1. Кризис легитимности права защиты инвестиций	199
2. Защита инвестиций и самоопределение	204
3. Защита инвестиций и стандарты эффективного правления (Good Governance)	208
V. Заключение и прогноз	214

Резюме

Иностранные инвестиции и сотрудничество в целях развития представляют собой две важные сферы трансграничного экономического сотрудничества, которые развиваются довольно быстрыми темпами. Соответствующие правовые режимы и исследующая их научно-правовая литература развиваются, однако, изолированно друг от друга. Когда исследуются взаимосвязи между инвестициями и развитием, то, как правило, превалирует критический подход. В рамках него соотношение защиты инвестиций и устойчивого развития, понимается как неразрешимый конфликт между интересами инвестирующих предприятий и их стран происхождения, являющимися обычно экспортерами капитала, и интересами принимающих государств, а значит, как правило, развивающимися или менее развитыми государствами-импортерами капитала. Защита инвестиций, таким образом, стилизуется как препятствие на пути устойчивого развития. В предлагаемой статье такому подходу противопоставляется принципиально иное понимание этих явлений. В ней приводятся аргументы в пользу того, что соотношение практики инвестиций и политики содействия развитию не обязательно должно пониматься как антагонистическое. Скорее наоборот, право защиты инвестиций должно рассматриваться как важная тема и объект правового регулирования помощи в целях развития и, следовательно, в качестве одного из элементов политики устойчивого развития.

I. Введение

Международное право защиты инвестиций и нормы, регулирующие вопросы сотрудничества в целях развития, относятся к одной из наиболее прогрессирующих областей международного права. Не в последнюю очередь, это связано с ростом экономического значения иностранных

инвестиций и помощи развивающимся странам.¹ Это требует установления соответствующих правил и норм, регулирующих управление и распределение помощи в целях развития через национальные правительства и надгосударственные учреждения, формы структурирования и защиты иностранных инвестиций, а также механизмы урегулирования инвестиционных споров. В целом, такое развитие событий отражается, в том числе, также и в росте числа научных юридических публикаций по данной теме.² Взаимосвязи, существующие между защитой инвестиций и правовым регулированием предоставления помощи в целях развития, однако, редко становятся предметом самостоятельного научного исследования.

Так, литература по вопросам права защиты инвестиций лишь в редких случаях обращается к проблематике соотношения защиты инвестиций и развития.³ Еще более поразительным является отсутствие дискуссии об инвестициях и развитии в многочисленных монографиях и сборниках, появившихся в последнее время по вопросам развития сотрудничества в целях развития, международного права развития и концепции устойчивого развития. Исследование проблематики правового регулирования инвестиций и защиты инвестиций в таких работах, как правило, почти полностью отсутствует.⁴ Это разительно контрастирует с интенсивностью,

¹ К вопросу о развитии прямых иностранных инвестиций см. обзор United Nations Conference on Trade and Development (UNCTAD), World Investment Report 2011 – Non-Equity Modes of International Production and Development (2011), 3, <<http://www.unctad-docs.org/files/UNCTAD-WIR2011-Full-en.pdf>>. По вопросу о предоставлении средств в целях развития см. обзор, подготовленный Организацией экономического сотрудничества и развития (ОЭСР): <<http://webnet.oecd.org/dcdgraphs/ODAhistory>>.

² Более подробно к вопросу о становлении и развитии международно-правовой литературы по праву защиты инвестиций см. *S. Schill*, W(h)ither Fragmentation? On the Literature and Sociology of International Investment Law, *EJIL* 22 (2011), 875; к вопросу о состоянии исследований и литературы по теме право и развитие см. *M. Riegner/T. Wischmeyer*, “Rechtliche Zusammenarbeit” mit Transformations- und Entwicklungsländern als Gegenstand öffentlich-rechtlicher Forschung, *Der Staat* 50 (2011), 436.

³ *A. Newcombe*, Sustainable Development and Investment Treaty Law, *Journal of World Investment & Trade* 8 (2007), 357; *P. Muchlinski*, Holistic Approaches to Development and International Investment Law: The Role of International Investment Agreements, в: *J. Faundez/C. Tan* (Hrsg.), *International Economic Law, Globalization and Developing Countries*, 2010, 180; *M.-C. Cordonier Segger/M. W. Gehring/A. Newcombe* (Hrsg.), *Sustainable Development in World Investment Law*, 2011; *A. van Aaken/T. A. Lehmann*, *International Investment Law and Sustainable Development: Developing a New Conceptual Framework* (23.7.2011), University of St. Gallen Law & Economics Working Paper No. 2011-10, <<http://ssrn.com/abstract=189369>>. *D. A. Desierto*, Development as an International Right: Investment in the New Trade-Based IIAs, *Trade, Law & Development* 3 (2011), 296.

⁴ См. например, *M.-C. Cordonier Segger/A. Khalfan* (Hrsg.), *Sustainable Development Law: Principles, Practices, and Prospects*, 2004; *D. French*, *International Law and Policy of*

с которой уже на протяжении нескольких десятилетий ведутся дебаты по вопросам международной торговли и развития.⁵

Как правило, если вопрос о соотношении права защиты инвестиций и права на развитие вообще затрагивается, то эти институты предстают в качестве своего рода «антагонистов», которые призваны обеспечивать соответственно разные и, в принципе, противоположные, если не вообще взаимоисключающие интересы. Высказываемая при этом идея неразрешимого «конфликта целей» формулируется при этом на различных уровнях. Для многих уже само абстрактное содержание соглашений о защите инвестиций отражает тенденцию к предоставлению приоритета интересам инвесторов и государствам их происхождения в ущерб интересам развивающихся стран или менее развитых государств.⁶ Также и в судебной практике международных арбитражей, которые разрешают споры, связанные с соглашениями о защите инвестиций, можно найти аргументативные практики, исходящие из антагонистических отношений между защитой инвестиций и прав инвесторов, с одной стороны, и помощью в целях развития, с другой.⁷ Аналогично этому, основное содержание потока критической литературы, которая ставит под вопрос легитимность действующего режима защиты инвестиций, может с полным

Sustainable Development, 2005; *M.-C. Cordonier Segger/C. G. Weeramantry* (Hrsg.), *Sustainable Justice – Reconciling Economic, Social and Environmental Law*, 2005; *N. Schrijver*, *The Evolution of Sustainable Development in International Law: Inception, Meaning and Status*, 2008; *A. Qureshi/X. Gao* (Hrsg.), *International Economic Law*, vol. V: *International Development Law*, 2011; *I. D. Bunn*, *The Right to Development and International Economic Law: Legal and Moral Dimensions*, 2012. См., однако, также *E. Kentin*, *Sustainable Development in International Investment Dispute Settlement: The ICSID and NAFTA Experience*, в: *N. Schrijver/F. Weiss* (Hrsg.), *International Law and Sustainable Development*, 2004, 309.

⁵ См. «классическую» работу *R. E. Hudec*, *Developing Countries in the GATT Legal System*, 1987. Из более новой литературы см. например *M. W. Gehring/M.-C. Cordonier-Segger* (Hrsg.), *Sustainable Development in World Trade Law*, 2005; *H. Jessen*, *WTO-Recht und “Entwicklungsländer”*, 2006; *C. Thomas/J. P. Trachtman* (Hrsg.), *Developing Countries in the WTO Legal System*, 2009; *Y.-S. Lee/G. Horlick/W.-M. Choi/T. Broude* (Hrsg.), *Law and Development Perspective on International Trade Law*, 2011; *C. Deere Birkbeck* (Hrsg.), *Making Global Trade Governance Work for Development*, 2011; *S. E. Rolland*, *Development at the WTO*, 2012; *M. W. Gehring/M.-C. Cordonier-Segger* (Hrsg.), *Globalisation, Trade Law and Its Impact: Assessing the Sustainable Development Effects of International Trade Regimes*, 2012.

⁶ Так, например *M. Sornarajah*, *Mutations of Neo-Liberalism in International Investment Law*, *Trade, Law & Development* 3 (2011), 203. Более подробно см. ниже, часть II.

⁷ Более подробно см. ниже, часть III.

основанием рассматриваться как критика с точки зрения принципов сотрудничества в целях развития.⁸

По этой причине конструктивные предложения, при помощи которых могли быть в дискурсивном плане связаны между собой право защиты инвестиций, и право, регулирующее сотрудничество в целях развития, а также концепция устойчивого развития в международном праве, довольно редки. Не в последнюю очередь, это связано с весьма различающейся социализацией практиков и теоретиков, которые занимаются правом защиты инвестиций, с одной стороны, и международным правом сотрудничества в целях развития, с другой. Обе группы живут, можно сказать, в разных реальностях.

Право защиты инвестиций в значительной степени складывается и развивается под сильным влиянием процедур урегулирования споров в арбитражном производстве с участием государств и инвесторов и, соответственно, как правило, *ex post* перспективы, т.е., в основном, уже расстроенных отношений между принимающим государством и инвестором. В отличие от этого, право сотрудничества в целях развития уделяет основное внимание распределению помощи в целях развития и исходит, соответственно, из перспективы регулирования и управления на будущее.⁹ В конечном счете, усилия, предпринимаемые в контексте концепции устойчивого развития в международном праве, сосредотачиваются в значительной степени на ее реализации посредством международных инструментов частично обязательного, а частично необязательного характера.¹⁰

В этом смысле взаимная апатия различных научно-правовых дискурсов, с одной стороны, выглядит вполне понятной и объяснимой. Но с другой стороны, она представляется удивительной, не в последнюю очередь, из-за тесной связи, которую многие заинтересованные субъекты, действующие в области сотрудничества в целях развития, находят между инвестициями и развитием. Ибо здесь существует широкий консенсус в том, что инвестиции, включая иностранные инвестиции, в принципе, имеют положительное влияние на экономическое развитие национальной

⁸ По данному вопросу см. ниже, часть IV. 1.

⁹ Обстоятельный анализ см. *P. Dann*, *Entwicklungsverwaltungsrecht*, 2012; смотри также *P. Dann*, *Grundfragen eines Entwicklungsverwaltungsrechts*, в: *C. Möllers/A. Voßkuhle/C. Walter* (Hrsg.), *Internationales Verwaltungsrecht*, 2007, 49.

¹⁰ См. например, литературу, указанную в сноске 4.

хозяйственной системы.¹¹ Как правило, они имеют результатом экономический рост и повышение производительности экономики, а также создание новых рабочих мест и увеличение налоговых поступлений.¹² Более того, именно иностранные инвестиции усиливают, в свою очередь, и внутреннюю конкурентную борьбу в принимающих государствах и приводят к более активному использованию здесь инновационных методов и технологий, что, в конечном счете, также стимулирует их экономический рост. Это относится, в равной степени, и к промышленно развитым странам, и к развивающимся государствам.¹³ Тем не менее, в развивающихся странах особое значение инвестиций обусловлено еще и тем, что их собственные финансовые и экономические ресурсы как в государственном, так и в частном секторе часто являются недостаточными. По этой причине иностранные инвестиции являются здесь еще и важным источником передачи технологий.¹⁴

Так, инвестиции в целом рассматриваются также как позитивный фактор для содействия устойчивому развитию, понимаемому как «развитие, которое удовлетворяет потребности настоящего без угрозы будущим поколениям, удовлетворять их собственные потребности»¹⁵, поскольку лишь только таким путем могут быть профинансированы и реализованы экологически чистые технологии. В соответствии с этим, в Повестке дня на XXI-ый век Конференцией ООН по окружающей среде и развитию было сформулировано следующее положение:

«Инвестиции имеют решающее значение для способности развивающихся стран обеспечивать необходимый экономический рост в целях повышения благосостояния населения и непрерывного удовлетворения его основных

¹¹ См. *A. Newcombe* (сноска 3).

¹² По вопросу об экономических последствиях см. *G. B. Navaretti/A. J. Venables*, *Multinational Firms in the World Economy*, 2004, 151 и далее; *OECD*, *Open Markets Matter – The Benefits of Trade and Market Liberalisation*, 1998, 25 и далее.

¹³ Специально по вопросу о значении иностранных инвестиций для развивающихся государств см. *H. Hansen/J. Rand*, *On the Causal Links between FDI and Growth in Developing Countries*, *World Economy* 29 (2006), 21; *A. Chowdhury/G. Mavrotas*, *FDI and Growth: What Causes What?*, *World Economy* 29 (2006), 9; *E. Prasad/K. Rogoff/S.-J. Wei/M. Ayan Kose*, *Effects of Financial Globalization on Developing Countries*, *IMF Occasional Paper* 220 (2003), пункт 45-70; *M. Carkovic/R. Levine*, *Does Foreign Direct Investment Accelerate Economic Growth?*, в: *T. Moran/E. Graham/M. Blomström* (Hrsg.), *Does Foreign Direct Investment Promote Development?*, 2005, 195.

¹⁴ К вопросу о понятии инновации, включая технологические инновации см. *W. Easterly*, *The Elusive Quest for Growth*, 2002, 47 и далее; *R. Solow*, *Technical Change and the Aggregate Production Function*, *Review of Economics & Statistics* 39 (1957), 312.

¹⁵ См. *World Commission on Environment and Development*, *Our Common Future*, 1987, 43.

потребностей без истощения или ущерба для ресурсной базы, служащей фундаментом для процесса развития. Устойчивое развитие требует увеличения инвестиций, для чего необходимы внутренние и внешние финансовые ресурсы. Одним из важных источников финансовых ресурсов являются инвестиции иностранных частных компаний и возвращение вывезенного капитала, которое зависит от наличия благоприятных инвестиционных условий».¹⁶

Аналогично этому, *Монтеррейский Консенсус (Monterrey Consensus)*, который был достигнут на Международной конференции по финансированию развития и *Йоханнесбургский План выполнения решений* представляют собой два значимых документа, свидетельствующих об усилении, предпринимаемых международным сообществом в целях содействия развитию, где констатируется, что инвестиции являются важным фундаментом для сокращения бедности и содействия устойчивому экономическому росту и развитию.¹⁷ Как указано в *Монтеррейском Консенсусе*, для этого необходимы,:

«усилия по обеспечению транспарентных, стабильных и предсказуемых условий для инвестирования при надлежащем обеспечении соблюдения договоров и уважении прав собственности, создаваемых благодаря рациональной макроэкономической политике и деятельности учреждений, обеспечивающих как для национальных, так и для международных предприятий возможности эффективного и выгодного с точки зрения получения прибыли функционирования с максимальной отдачей для процесса развития.»¹⁸

Кроме того, группа стран G-8 и G 20 регулярно подчеркивают важность частных инвестиций для экономического роста и устойчивого развития.¹⁹ Аналогичных позиций придерживаются также ряд других международных организациях, таких как Организация экономического сотрудничества и

¹⁶ Повестка дня на XXI век: Определение первоочередных вопросов в области окружающей среды, торговли и развития, UN Doc A/Conf.151/26/Rev.1 (vol. I), пункт 2.23 (1992).

¹⁷ United Nations, Monterrey Consensus of the International Conference on Financing for Development: The Final Text of Agreements and Commitments Adopted at the International Conference on Financing for Development, Monterrey, Mexico, 18.-22.3.2002, <<http://www.un.org/esa/ffd/monterrey/MonterreyConsensus.pdf>>; План выполнения решений Всемирной встречи на высшем уровне по устойчивому развитию//, UN Doc A/Conf.199/20 (2002), http://www.un.org/esa/sustdev/documents/WSSD_POI_PD/English/WSSD_PlanImpl.pdf.

¹⁸ Monterrey Consensus (сноска 17), пункт 21.

¹⁹ См. Обоснования в *M. W. Gehring/A. Newcombe, An Introduction to Sustainable Development in World Investment Law*, в: М.-С. Cordonier Segger/М. W. Gehring/A. Newcombe (сноска 3), 3, 4 и след.

развития (ОЭСР)²⁰, Всемирный Банк²¹ или Конференции Организации Объединенных Наций по торговле и развитию (ЮНКТАД).²² Более того, и критически настроенные неправительственные организации также рассматривают инвестиции в принципе как важный инструмент, если не *conditio sine qua non* (непременное условие), для обеспечения устойчивого развития. *Международный Институт устойчивого развития (International Institute for Sustainable Development)*, который принимает особо активное участие именно в развитии права защиты инвестиций, следующим образом обозначил первостепенную важность инвестиций для устойчивого развития:

Трудно переоценить значение инвестиций для устойчивого развития. Устойчивое развитие подразумевает повышенный комфорт и улучшенные условия жизни людей (прежде всего, людей небогатых), достигнутые с учетом экологических рамок. Это требует структурных экономических перемен; общеизвестно и признано, что современные экономические структуры не являются устойчивыми в двойном смысле. С одной стороны, они оказывают разрушительное воздействие на окружающую среду. С другой стороны, они не обеспечивают достаточной справедливости между нациями и внутри них. Таким образом, стремление к устойчивому развитию означает также стремление к изменению экономики. Требуемые структурные изменения, могут быть достигнуты лишь посредством инвестиций, и в странах со слабыми национальными экономиками инвестиции должны прийти из-за границы. По этой причине во многих странах содействие устойчивому развитию, в конечном счете, равнозначно содействию инвестициям, которые повышают устойчивое развитие. В этом смысле не существует никакой другой экономической деятельности, которая имела бы большее значение для осуществления принципов устойчивого развития, чем инвестиции.²³

Также и согласно позиции самой ООН, инвестиции представляют собой один из путей, позволяющих реализовать *Цели в области развития*, сформулированные в Декларации тысячелетия (ЦРТ).²⁴

²⁰ См. например, OECD (сноска 12); OECD, Promoting Private Investment for Development, 2006, <<http://www.oecd.org/dataoecd/23/40/36566902.pdf>>.

²¹ Weltbank, Guidelines on the Treatment of Foreign Direct Investment, ICSID Rev. – Foreign Investment Law Journal 7 (1992), 297.

²² См. A. Joubin-Bret/M.-E. Rey/J. Weber, International Investment Law and Development, в: M.-C. Cordonier Segger/M. W. Gehring/A. Newcombe (сноска 3), 15, 25 и далее.

²³ A. Cosby/H. Mann/L. E. Peterson/K. von Moltke, Investment and Sustainable Development – A Guide to the Use and Potential of International Investment Agreements, 2004, 1 (сноска, данная в цитируемом тексте автором исключена).

²⁴ United Nations Development Program, Investing in Development: A Practical Plan to Achieve the Millennium Development Goals, Report to the United Nations Secretary General, 2005, <<http://www.unmillenniumproject.org/documents/overviewEngLowRes.pdf>>.

В то же время нельзя игнорировать или не признавать тот факт, что иностранные инвестиции могут оказывать также и негативное влияние или даже причинять вред устойчивому развитию. Это происходит, в частности, если они неконтролируемым и нерегулируемым для принимающей страны образом наносят ущерб окружающей среде, местным условиям жизни и социальным структурам страны пребывания. Особенно в области разработки природных ресурсов, таких, как нефть или руда, имеются многочисленные примеры деятельности иностранных компаний, которая приводит к разрушению окружающей среды, традиционных условий жизни или нарушает здоровье местных жителей.²⁵ Учитывая это, всегда важно обеспечивать, чтобы инвестиции использовались надлежащим образом и чтобы потенциальный ущерб, по-возможности, был предотвращен. Это предполагает эффективное регулирование со стороны принимающего государства, но и, с другой стороны, адекватные действия самих компаний или, в зависимости от обстоятельств, соответственно государств их происхождения и международного сообщества в целом. Ввиду часто встречающихся серьезных недостатков «практической реализации» в принимающих странах, которые еще более усиливаются повышенной восприимчивостью к коррупции, с 1960-ых годов ведется интенсивная дискуссия по вопросам регулирования деятельности транснациональных компаний государством происхождения. То же самое можно сказать и о дискуссии по вопросам обязательств транснациональных компаний, установленных международно-правовыми нормами.²⁶

Противоречия между позитивным и негативным влиянием, которое потенциально могут оказывать иностранные инвестиции на устойчивое развитие, иллюстрируются этим так же отчетливо, как и необходимость улучшения взаимодействия между различными международно-правовыми дисциплинами, занимающимися вопросами инвестиций и развития. Подобное взаимодействие может не только привести к сокращению существующей взаимной «апатии», но и в значительной степени способствовать взаимному обогащению этих дисциплин. С одной стороны,

²⁵ См. *P. Muchlinski*, *The Bhopal Case: Controlling Ultrahazardous Industrial Activities Undertaken by Foreign Investors*, M.L.R. 50 (1987), 545.

²⁶ В целом по вопросу о регулировании деятельности транснациональных корпораций см. *P. Muchlinski*, *Multinational Enterprises and the Law*, 2. Aufl. 2007; к вопросу о дискуссии вокруг международно-правовых обязательствах транснациональных корпораций см. *J. Harrison*, *Human Rights and Transnational Corporations: Establishing Meaningful International Obligations*, в: *J. Faundez/C. Tan* (сноска 3), 205.

наука и практика инвестиционного права должны осознать свою взаимосвязь с международным правом развития и стать более открытыми для постановки вопросов, относящихся к этой проблематике. С другой стороны, вопросы инвестиционной деятельности и защиты инвестиций должны быть интегрированы в дебаты по вопросам совершенствования международного сотрудничества в целях развития и международного права развития.

В этом плане настоящая статья исходит из того, что право защиты инвестиций должно рассматриваться не как препятствие на пути устойчивого развития, а, наоборот, в качестве неотъемлемой части международного права развития. Исходя из этого, второй раздел статьи посвящен, прежде всего, рассмотрению процесса исторического развития и современной структуры права защиты инвестиций. В этом отношении следует признать, что конфликт Север-Юг, с точки зрения исторической ретроспективы, стоит, как представляется, все еще на переднем плане. Тем не менее, он во все большей степени постепенно утрачивает свое значение, уступая место новым подходам, в рамках которых защита инвестиций понимается уже как «общий интерес» всех государств. Это опровергает гегемонистски ориентированный взгляд на правовую защиту инвестиций, который исходит из столкновения и противоречия интересов развитых и развивающихся стран. В третьей части статьи основное внимание уделяется затем дискурсу об инвестициях и развитии в практике инвестиционного арбитража. Также и для этого дискурса характерным, в определенной степени, является представление о конфликте целей между защитой инвестиций и развитием, что не представляется, однако, убедительным с точки зрения правовой догматики. Наконец, в четвертой части рассматриваются проблемы новых критических тенденций в правовой теории, которые ставят под вопрос легитимационные основания права защиты инвестиций как такового. Лежащему в основе этой критики предположению, что право защиты инвестиций является препятствием для самостоятельно и автономно определяемого развития принимающих государств, противопоставляется идея о праве защиты инвестиций как составной части международного права развития (*Entwicklungsvölkerrecht*).

II. Развитие международного права защиты инвестиций

Правовые нормы, регулирующие иностранные инвестиции, можно найти как на внутригосударственном, так и на надгосударственном

уровне.²⁷ Первичное значение имеет при этом внутреннее, национальное законодательство. Именно оно определяет, какие инвестиции являются допустимыми, какие процедуры должны быть выполнены при получении разрешения на инвестирование, на какой основе должны осуществляться инвестиции и какие обязательства, установленные принимающим государством, должны выполнять инвесторы.²⁸ Кроме того, во многих развивающихся странах было принято специальное законодательство об инвестициях, призванное поощрять прямые иностранные инвестиции путем создания определенных стимулов, прежде всего в области налогового права, и путем предоставления особой правовой защиты.²⁹ И лишь в дополнение к этому вводятся нормы, принятые на уровне международно-правового регулирования.

В отличие от других областей международного экономического права, в частности, международного торгового или валютного права, правовые вопросы, возникающие в связи с иностранными инвестициями, не регулируются в едином режиме. Вместо этого, соответствующие правила, касающиеся инвестиций, содержатся в различных двусторонних, региональных и многосторонних соглашениях. Это, в свою очередь, также приводит к тому, что различные международные организации работают в этой области с частично отличающимися целевыми установками. Соответствующие правила можно подразделить - в весьма примерной и приблизительной форме - на две отличающиеся между собой правовые сферы: либерализацию инвестирования и содействие инвестициям, с одной стороны (1) и защиту инвестиций, с другой (2). По общему правилу, именно нормы права защиты инвестиций, содержатся, в первую очередь, в соглашениях между индустриально развитыми и развивающимися или менее развитыми странами, которые были разработаны в контексте длительного и сложного конфликта интересов Север-Юг. Это обстоятельство, наряду с другими факторами, также оказало воздействие на рассматриваемое часто как конфликт соотношение между защитой инвестирования капитала и содействием экономическому развитию.

²⁷ По данному вопросу см. *P. Juillard*, *L'évolution des sources du droit des investissements*, RdC 250 (1994-IV), 9, 37 и далее.

²⁸ *P. Muchlinski* (сноска 26), 177 и далее.

²⁹ *P. Muchlinski* (сноска 26), 215 и далее; более подробно в сравнительно-правовом аспекте см. *Sicht W. Shan*, *The Legal Protection of Foreign Investment – A Comparative Study*, 2012.

1. Либерализация инвестирования и содействие инвестициям

В области либерализации инвестирования, то есть снижения барьеров для доступа на рынок, право международной торговли в рамках Соглашения по инвестиционным мерам, связанным с торговлей (ТРИМС - *Agreement on Trade-Related Investment Measures, TRIMs*)³⁰ и Генеральное соглашение по торговле услугами (ГАТС - *General Agreement on Trade in Services, GATS*)³¹ содержат некоторые, весьма важные с точки зрения иностранных инвестиций нормативные регулирования.³² Так, ТРИМС запрещает, в частности, принимать в отношении иностранных инвестиций такие меры, как «требование использовать местный компонент» (*local content requirements, LCR*, т.е. запрет на то, что предприятию с иностранными инвестициями предписывается использовать в производственном процессе определенное количество материальных ресурсов принимающей страны - *прим. переводчика*). Международный экономический метод 3 согласно ГАТС (обозначение метода поставки услуг, официально называемого «коммерческим присутствием»; обозначение связано с тем, что в перечне Генерального соглашения по торговле услугами этот метод указан третьим - *прим. переводчика*), в сочетании с обязательствами по соответствующему Приложению предоставляет - хотя и ограниченное - право создавать филиалы в сфере оказания услуг и, таким образом, создает основу для постановки вопроса о секторальной специализированной либерализации инвестиций. В принципе можно отметить, что и более далеко идущие вопросы инвестирования нередко были предметом рассмотрения в рамках Всемирной Торговой Организации (ВТО). Не так давно эти вопросы были затронуты при обсуждении так называемых «Сингапурских вопросов» в рамках многосторонних торговых переговоров в г. Доха (*Doha*). После саммита в г. Канкуне (*Cancun*) проблематика, связанная с инвестициями, была, однако, исключена из повестки дня дальнейших переговоров.

Кроме этого, также и нормы права Европейского Союза (ЕС), регулирующие вопросы свободы выбора местожительства и экономической деятельности (*Niederlassungsfreiheit*) либо свободного движения капитала, содержат важные для нормирования инвестиций на внутреннем рынке правила, которые касаются, в том числе, и вопросов либерализации

³⁰ Agreement on Trade-Related Investment Measures vom 15.4.1994, 1868 U.N.T.S. 186.

³¹ General Agreement on Trade in Services vom 15.4.1994, 1869 U.N.T.S. 183, ILM 33 (1994), 1167.

³² По данному вопросу см. S. Schill, *The Multilateralization of International Investment Law*, 2009, 50 и далее, 58 и далее (с дальнейшими ссылками).

инвестирования.³³ В дополнение к этому, принятый в рамках ОЭСР Кодекс по либерализации движения капиталов и текущих невидимых операций (*Liberalisation of Capital Movements and Current Invisible Operations*) налагает на страны-участницы определенные обязательства по принятию мер по недопущению дискриминации и, тем самым, по определенным направлениям гарантирует либерализацию инвестиций между странами ОЭСР.³⁴ Наконец, все большее число двусторонних соглашений о свободной торговле и инструменты в области региональной экономической интеграции предусматривают особые правила доступа иностранных инвестиций на рынок.³⁵ Тем не менее, всеобъемлющего режима либерализации инвестиций не существует.

Усилия по разработке международно-правовых режимов в области содействия инвестициям, а именно в области создания правовых стимулов для иностранных инвестиций, ведутся на нескольких уровнях, среди которых, в первую очередь, следует назвать деятельность Группы Всемирного Банка (*World Bank Group*; ГВБ), Международного Банка реконструкции и развития (*International Bank for Reconstruction and Development*; МБРР), Международной финансовой корпорации (*International Finance Corporation*; МФК), Международной ассоциации развития (*International Development Association*; МАР) и Многостороннего агентства по гарантированию инвестиций (*Multilateral Investment Guarantee Agency*; МАГИ).³⁶ Кроме того, наличие или принятие нормативных актов для стимулирования инвестиций рассматриваются

³³ Подробное исследование по вопросам «европейского права» и либерализации инвестиций см. *S. Hindelang*, *The Free Movement of Capital and Foreign Direct Investment*, 2009. Здесь необходимо также учитывать распространение общей торговой политики также и на прямые инвестиции в соответствии с Лиссабонским Договором (см. ст. 207 (1) Договора о работе Европейского Союза). Однако, до настоящего времени Евросоюз находится все еще в фазе поиска в том, что касается будущей международной инвестиционной политики. К вопросу о связанных с новой компетенцией проблемах см. *M. Bungenberg/J. Griebel/S. Hindelang* (Hrsg.), *Internationaler Investitionsschutz und Europarecht*, 2010; исследования и документы Евросоюза см. *K. Sauvant* (Hrsg.), *Yearbook on International Investment Law & Policy 2010/2011* (2011), 143 и далее; *A. Dimopoulos*, *EU Foreign Investment Law*, 2011.

³⁴ OECD, *OECD Codes of Liberalisation – User’s Guide*, 2008, <<http://www.oecd.org/dataoecd/21/23/38072327.pdf>>. См. По данному вопросу *M. Ruffert*, *Capital, Free Flow of*, в: *R. Wolfrum* (Hrsg.), *MPEPIL*, пункты 17-19, <<http://www.mpepil.com>>.

³⁵ Более подробно UNCTAD, *Investment Provisions in Economic Integration Agreements*, 2006, <http://www.unctad.org/en/docs/iteit200510_en.pdf>.

³⁶ См. *M. Ragazzi*, *World Bank Group*, в: *R. Wolfrum* (сноска 34).

также и Международным Валютным Фондом как один из структурных элементов политики «кондициональности» (*Konditionalität*).³⁷

С помощью различных механизмов таких, как инвестиционные гарантии, договоренности о содействии техническому сотрудничеству или об оказании информационных либо консультационных услуг, применения упомянутого выше *принципа кондициональности* при заключении кредитных договоров (это подразумевает обусловленность предоставления и использования кредитов обязательством должников проводить определённую экономическую политику - *прим. перев.*), действующие акторы пытаются создать положительный инвестиционный климат для инвестирования в устойчивое развитие. Два аспекта имеют при этом особое значение: с одной стороны, обеспечение доступа иностранных инвестиций на рынки, с другой - организация национальных структур, которые обеспечивают необходимые условия для создания благоприятного инвестиционного климата и, по сложившемуся правилу, объединяются в правовую категорию «наждежащего или эффективного управления». В целом же, разработка этой области с точки зрения правовой теории находится сегодня, однако, все еще в зачаточном состоянии.³⁸ Кроме того, действия соответствующих акторов, так или иначе, как кажется, меньше определяются правом, а скорее мотивируются соображениями содействия развитию, что еще более затрудняет научно-правовой анализ.

2. Развитие права защиты инвестиций

Основная часть норм международного права в области регулирования иностранных инвестиций устанавливается правом защиты инвестиций. В настоящее время существует уже более 2800 двусторонних, региональных и отраслевых соглашений о защите инвестиций, а также примерно 300 предписаний, касающихся инвестиций, в соглашениях о свободной торговле.³⁹ Таким образом, хотя единых многосторонних рамок и не существует, но, тем не менее, соглашения базируются на единых фундаментальных принципах защиты собственности и правовой государственности (верховенства закона) и, в целом, они предусматривают

³⁷ По данному вопросу *D. Kalderimis*, *IMF Conditionality as Investment Regulation: A Theoretical Analysis*, *Social & Legal Studies* 13 (2004), 103.

³⁸ По данному вопросу *M. Riegner/T. Wischmeyer* (сноска 2); см. также, однако, *P. Dann*, *Entwicklungsverwaltungsrecht*, 2012.

³⁹ См. UNCTAD (сноска 1), 100, (согласно этому докладу, по состоянию на конец 2010-го года в общем действовало 2.807 двусторонних соглашений о защите инвестиций, а также 309 иных соглашений по данным вопросам).

возможность того, что инвесторы могут защищать предоставленные им права непосредственно против принимающих стран в рамках арбитражных разбирательств между инвестором и государством. В результате этого устанавливается правовой режим, практически полностью сопоставимый с многосторонним договорным режимом.⁴⁰ Этот режим составляет не только центральную часть соответствующих норм международного права, которые действуют в отношении иностранных инвестиций, но и своего рода основным пунктом для - нередко фундаментальной - критики права защиты инвестиций.

Исторической отправной точкой этой критики является то обстоятельство, что право иностранных инвестиций сложилось и развивалось как право защиты инвестиций и соответственно инвесторов. Это явилось, прежде всего, результатом конфликта интересов промышленно развитых стран - экспортеров капитала, с одной стороны, и развивающихся стран - импортеров капитала, с другой. Этот конфликт неоднократно приводил к провалу принятия многосторонних договорных положений о защите инвестиций (а). В то же время, однако, для развивающихся стран необходимость привлечения иностранных инвестиций в целях собственного экономического развития была совершенно ясна и понятна. В результате, с конца 1950-х годов началось заключение двусторонних соглашений о защите инвестиций, а в 1965-ом году была заключена Конвенция об урегулировании инвестиционных споров между государствами и гражданами других государств (КУИС, Конвенция ICSID).⁴¹ Обе эти тенденции развития послужили основой для создания материального и процессуального права инвесторов как элемента либеральной политики в целях развития (b).

⁴⁰ Более подробно по данному вопросу см. *S. Schill* (сноска 32). Аналогичным образом также *E. Chalamish*, *The Future of Bilateral Investment Treaties: A de facto Multilateral Agreement?*, *Brook. J. Int'l L.* 34 (2009), 303; *S. Montt*, *State Liability in Investment Treaty Arbitration – Global Constitutional and Administrative Law in the BIT Generation*, 2009; *J. W. Salacuse*, *The Law of International Investment Treaties*, 2010.

⁴¹ Конвенция об урегулировании инвестиционных споров между государствами и гражданами других государств (Конвенция ICSID), *Übereinkommen zur Beilegung von Investitionsstreitigkeiten zwischen Staaten und Angehörigen anderer Staaten vom 18.3.1965*, *BGBI.* 1969 II, 369. По данной теме *B. Schöbener/L. Markert*, *Das International Centre for Settlement of Investment Disputes (ICSID) – Organisation, Verfahren und aktuelle Entwicklungen*, *Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaft* 105 (2006), 65; *C. Schreuer/L. Malintoppi/A. Reinisch/A. Sinclair*, *The ICSID Convention – A Commentary*, 2. Aufl. 2009.

а) Провал попыток принятия многостороннего регулирования как элемент конфликта Север-Юг

В центре развития права защиты инвестиций в течение длительного времени находились усилия по созданию многостороннего режима, сопоставимого с правом ВТО или международным валютным правом.⁴² Однако, все эти усилия постоянно терпели фиаско ввиду непреодолимого противоречия интересов между развитыми и развивающимися странами. При этом тематика, связанная с международным правом защиты инвестиций, стала развиваться, так или иначе, только тогда, когда другие формы защиты инвестиций в результате *дипломатии канонерок* или *имперских амбиций* теряли свой дальнейший смысл.⁴³ Можно соотвественно предположить, что истоки современного права защиты инвестиций лежат в конфликте и разногласиях по вопросу о предмете и содержании международного права, регулирующего положение иностранцев (*völkerrechtliches Fremdenrecht*), в контексте советской и мексиканской революций после окончания Первой мировой войны.⁴⁴

Одной из наиболее центральных проблем при этом был вопрос о том, действует ли независимый от национального права минимальный международно-правовой стандарт в отношении режима иностранных инвестиций, и, прежде всего, с точки зрения применимых при экспроприации стандартов компенсации. Этот вопрос был довольно спорным между приверженцами популярной в то время *доктрины Кальво* (*Calvo-Doktrine*), которые представляли в большинстве своем государства Южной Америки, с ее акцентом на предоставление и гарантии так называемого «национального режима» (*Inländergleichbehandlung*). С другой стороны - сторонники доктрины «международного минимального стандарта», представлявшие европейские державы и США, с ее известной *формулой Халла* (*Hull-Formel*), которая исходила из требования быстрой, адекватной и эффективной компенсации в случае экспроприации имущества подданных иностранного государства.

⁴² Подробно по вопросу об истории права защиты инвестиций А. Newcombe/L. Paradell, *Law and Practice of Investment Treaties*, 2009, 1 и далее.

⁴³ Более подробно по данному вопросу см. T. Johnson jr./J. Gimblett, *From Gunboats to BITs: The Evolution of Modern International Investment Law*, *Yearbook on International Investment Law & Policy* 3 (2011), 649.

⁴⁴ Более подробно по данному вопросу см. также R. Dolzer, *Eigentum, Enteignung und Entschädigung im geltenden Völkerrecht*, 1985, 13 и далее.

Несмотря на эти существенные содержательные расхождения, самый большой недостаток международного обычного права защиты инвестиций заключался, однако, в отсутствии механизма реализации. Вместо того, чтобы предоставить заинтересованным инвесторам непосредственное право подачи иска против принимающей страны на международном уровне, предусматривалось, что они должны были сначала обращаться в суды принимающего государства, которые, особенно в развивающихся странах, не обязательно являлись эффективным средством правовой защиты, а затем запрашивать свое соответствующее государство происхождения об осуществлении дипломатической защиты. Государство происхождения могло тогда предъявить претензии о нарушении прав инвестора принимающей страной на международно-правовом уровне, например, путем инициирования разбирательства в международном суде или арбитраже.⁴⁵ Для «классического» международного права фундаментальной была идея, что нарушение прав иностранных инвесторов представляет собой нарушение прав государства происхождения.⁴⁶ В самом деле, Международный Суд ООН время от времени вынужден был заниматься вопросами защиты инвестиций;⁴⁷ кроме того, на международно-правовом уровне были также созданы специальные трибуналы.⁴⁸ Тем не менее, инвестор не обладал безусловным правом на осуществление дипломатической защиты его государством происхождения и в этом отношении оказывался в полной зависимости от усмотрения последнего.⁴⁹

Неопределенности в материальном праве и дефициты механизма урегулирования споров, привели, особенно после окончания Второй мировой войны, к различным инициативам промышленно развитых стран, направленных на достижение международно-правового договорного и

⁴⁵ В целом по вопросам дипломатической защиты см. *C. F. Amerasinghe, Diplomatic Protection*, 2008.

⁴⁶ *The Mavrommatis Palestine Concessions (Greece v. Britain)*, Urteil vom 30.8.1924, P.C.I.J. Series A, No. 2 (1924), 12.

⁴⁷ В качестве примера можно привести одно из относительно недавних решений Международного Суда ООН по делу *Ahmadou Sadio Diallo (Republic of Guinea v. Democratic Republic of the Congo)*, решение Суда от 24.5.2007, пункты 49-96, <<http://www.icj-cij.org>>.

⁴⁸ Примером этому может служить Ирано-Американский претензионный трибунал (*Iran-United States Claims Tribunal*). По данному вопросу более подробно см. *C. N. Brower/J. D. Brueschke, The Iran-United States Claims Tribunal*, 1998.

⁴⁹ См. *J. Hagelberg, Die völkerrechtliche Verfügungsbefugnis des Staates über Rechtsansprüche von Privatpersonen*, 2006, 49 и далее. К вопросу о правовом положении в ФРГ см. *R. Hofmann, Grundrechte und grenzüberschreitende Sachverhalte*, 1994, 107 и далее.

многостороннего соглашения о защите инвестиций. Эти усилия, однако, в очередной раз не увенчались успехом из-за столкновения интересов развитых и развивающихся стран.⁵⁰ Первые были заинтересованы в защите своих инвесторов в развивающихся странах против мер национальной политики, распространившейся в ходе деколонизации и нацеленной на достижение путем экспроприаций не только политической, но и экономической независимости. Защита собственности и принципы правового государства противопоставлялись при этом политике абсолютного суверенитета государств. При этом на данные расхождения идеологически накладывался также и конфликт Восток-Запад. Так например, не увенчались успехом не только попытки создания Международной Торговой Организации в конце 1940-х,⁵¹ но и попытки заключения Конвенция ОЭСР о защите иностранной собственности 1967-го года (*OECD Convention on the Protection of Foreign Property von 1967*)⁵². Решающим фактором в обоих случаях стало, соответственно, отсутствие международного консенсуса в отношении надлежащего уровня защиты собственности в международном праве.

Вместо этого, развивающиеся страны и социалистические государства в 1970-х годах мобилизовались в Генеральной Ассамблее Организации Объединенных Наций против международно-правовой защиты иностранных инвестиций, независимой от национального законодательства. Идея такой «независимой» защиты была, кстати, высказана уже в Резолюции 1803 Генеральной Ассамблеи ООН «Неотъемлемый суверенитет над естественными ресурсами» от 14.12.1962.⁵³ Резолюция 3201 от 1.5.1974, поддержанная развивающимися и социалистическими странами, провозгласила новый международный экономический порядок⁵⁴ и признала «право национализации или передачи

⁵⁰ К вопросу о развитии после 1945-го года см. *S. Schill* (сноска 32), 31-36 (с дальнейшими ссылками).

⁵¹ См. *W. Diebold*, *The End of the ITO*, в: *K. Anderson/B. Hoekman (Hrsg.)*, *The Global Trading System*, vol. I, 2002, 81 и далее.

⁵² *Draft Convention on the Protection of Foreign Property and Resolution of the Council of the OECD on the Draft Convention*, *ILM* 7 (1968), 117.

⁵³ Резолюция 1803 Генеральной Ассамблеи ООН от 14 декабря 1962-го года, *UN Doc A/RES/1803(XVII)*, *ILM* 2 (1963), 223. Более подробно по данному вопросу см. например, *R. Dolzer* (сноска 44), 22; *S. M. Schwebel*, *The Story of the U.N.'s Declaration on Permanent Sovereignty over Natural Resources*, *American Bar Association Journal* 49 (1963), 463; также *K. N. Gess*, *Permanent Sovereignty over Natural Resources*, *ICLQ* 13 (1964), 398.

⁵⁴ Декларация Генеральной Ассамблеи Организации Объединенных Наций об установлении нового международного экономического порядка от 1 мая 1974-го года, Резолюция 3201 (S-VI), *Declaration on the Establishment of a New International Economic*

владения своим гражданам, причем это право является выражением полного неотъемлемого суверенитета этого государства».⁵⁵ Требование выплаты компенсации уже не было прямо предусмотрено. Отход от идеи международной защиты иностранных инвестиций демонстрирует также «Хартия экономических прав и обязанностей государств» от 12.12.1974, принятая в виде Резолюции 3281 Генеральной Ассамблеи ООН большинством голосов государств (120 голосов «за», 6 «против» и 10 государств воздержались).⁵⁶ Для каждого государства Хартия статуйровала право:

«национализировать, экспроприировать или передавать иностранную собственность. В этом случае государство, принимающее такие меры, должно выплачивать соответствующую компенсацию с учетом его соответствующих законов и постановлений и всех обстоятельств, которые это государство считает уместными. В любом случае, когда вопрос о компенсации вызывает спор, он должен урегулироваться согласно внутреннему праву национализующего государства и его судами, если только все заинтересованные государства добровольно и по взаимному согласию не достигнут договоренности в отношении поисков других мирных средств урегулирования на основе суверенного равенства государств и в соответствии с принципом свободного выбора средств».⁵⁷

Параллельно этому, в рамках деятельности Центра Организации Объединенных Наций по транснациональным корпорациям (ЦТК ООН), с 1974-го года предпринимались попытки путем принятия Кодекса поведения многонациональных корпораций, возложить на них определенные обязательства, включая уважение прав человека.⁵⁸ Развитие -

Order, Resolution 3201 (S-VI) der UNO-Generalversammlung, 1.5.1974, UN Doc A/RES/3201(S-VI), ILM 13 (1974), 715.

⁵⁵ Резолюция 3201 (S-VI) Генеральной Ассамблеи ООН (сноска 54), статья 4(е). В целом к вопросу о новом международном экономическом порядке см. *J. Bhagwati*, *The New International Economic Order*, 1978; *J. A. Hart*, *The New International Economic Order*, 1983; *T. W. Wälde*, *A Requiem for the "New International Economic Order" – The Rise and Fall of Paradigms in International Economic Law and a Post-mortem with Timeless Significance*, в: *G. Hafner/G. Loibl (Hrsg.), Liber Amicorum: Professor Ignaz Seidl-Hohenveldern in Honour of his 80th Birthday*, 1998, 771.

⁵⁶ Хартия экономических прав и обязанностей государств, Резолюция 3281 Генеральной Ассамблеи ООН от 12.12.1974, ILM 14 (1975), 251 («против» проголосовали Бельгия, Дания, ФРГ, Люксембург, Великобритания и США; воздержались Австралия, Канада, Франция, Израиль, Италия Япония, Нидерланды, Норвегия и Испания).

⁵⁷ Резолюция 3281 (сноска 56), статья 2.2(с).

⁵⁸ См. Проект Кодекса поведения транснациональных корпораций, *Draft United Nations Code of Conduct on Transnational Corporations*, 1985, в: *UNCTAD, International Investment Instruments: A Compendium, vol. I – Multilateral Instruments*, 1996, 161 и далее.

и такова была заявленная цель данного проекта - представлялось также, а, возможно даже и в первую очередь, как вопрос дальнейшего укрепления бывших колоний, которые стали независимыми и стремились не только к политической, но и к экономической самостоятельности, признавая при этом проведение экспроприаций без полной компенсации как легитимный инструмент политики.⁵⁹ Это, тем не менее, неизбежно оказывало существенное негативное воздействие на инвестиционный климат в большинстве развивающихся стран. Даже если ни обеим резолюциям ООН, ни разработкам и проектам ЦТК ООН не удалось на практике существенно повлиять на механизм разрешения инвестиционных споров,⁶⁰ они, тем не менее, вызвали жаркие дискуссии по вопросу о статусе защиты собственности в обычном (прецедентном) международном праве.⁶¹ Они также прекрасно иллюстрируют невозможность создания в 1970-х и 1980-х годах многостороннего режима защиты инвестиций, согласованного между развитыми и развивающимися странами.

Кроме того, в конце 1990-х, потерпели крах предпринятые под эгидой ОЭСР попытки создать Многостороннее соглашения по инвестициям, равно как и усилия в рамках раунда *Доха* ВТО, которые шли примерно в том же направлении.⁶² Можно предположить, что эти многосторонние усилия последних лет не увенчались успехом в меньшей степени из-за конфликта Север-Юг, а, скорее, ввиду трудностей при проектировании на глобальном уровне системы, которая приводит частные и публичные интересы к адекватному и общеприемлемому балансу. Тем не менее, противоречия между развитыми и развивающимися странами в подходе к обсуждению нового мирового экономического порядка до сих пор бросают свою тень на дебаты о международном праве защиты инвестиций. Например, отдельные сторонники так называемого «подхода стран третьего мира к международному праву» (*Third World Approaches to International Law*) высказывают позицию, что право защиты инвестиций

Более подробно по данному вопросу *C. T. Ebenroth*, *Code of Conduct – Ansätze zur vertraglichen Gestaltung internationaler Investitionen*, 1987.

⁵⁹ Более подробно по данному вопросу см. *P. Juillard* (сноска 27), 138.

⁶⁰ *R. Dolzer* (сноска 44), 53 и далее.

⁶¹ См. *C. N. Brower/J. Tepe*, *The Charter of Economic Rights and Duties of States*, *Int'l Law* 9 (1975), 295; *B. H. Weston*, *The Charter of Economic Rights and Duties of States and the Deprivation of Foreign Owned Wealth*, *AJIL* 75 (1981), 437; *R. Dolzer* (сноска 44), 28 и далее (с дальнейшими ссылками).

⁶² Более подробно по данному вопросу см. *S. Schill* (сноска 32), 53 и далее.

следует понимать как гегемониальный инструмент глобального капитализма.⁶³

в) Права инвесторов как элемент либеральной политики в целях развития

Развивающиеся страны, несмотря на их отказ от всеобъемлющего многостороннего режима защиты инвестиций и отказ от признания международных обычно-правовых норм защиты, прекрасно осознавали необходимость привлечения иностранных инвестиций для обеспечения своего экономического развития. Их собственные финансовые и экономические ресурсы являлись недостаточными для осуществления более амбициозной и требовательной экономической деятельности. Также для нее в значительной степени нередко отсутствовали и технологические условия. Понимание этого еще более усилилось после долгового кризиса 1980-го года. Этим можно объяснить тот факт, что параллельно с провозглашением нового международного экономического порядка, начиная с заключения германо-пакистанского соглашения в 1959-ом году, продолжает развиваться тенденция к заключению двусторонних соглашений о защите инвестиций.⁶⁴ Первоначально этот процесс протекал весьма медленно. Однако, после окончания «холодной войны» и в результате понимания того, что рыночные структуры являются более перспективными для экономического роста и развития, чем альтернативные экономические модели, число двусторонних договоров о защите инвестиций значительно выросло. К концу 2010-го года существовало уже более 2800 таких соглашений, не считая региональных и отраслевых соглашений о защите инвестиций, например, таких, как Североамериканское соглашение о свободной торговле или Договор к Энергетической хартии.⁶⁵

Кроме того, промышленные и многие развивающиеся страны, благодаря усилиям Всемирного Банка, смогли в 1960-х годах договориться о

⁶³ См. *B. S. Chimni*, *International Institutions Today: An Imperial Global State in the Making*, EJIL 15 (2004), 1, 7; *B. S. Chimni*, *Marxism and International Law*, *Economic & Political Weekly* (6.2.1999), 337; *M. Sornarajah* (сноска 6).

⁶⁴ Договор о поощрении и защите капиталовложений между Федеративной Республикой Германии и Пакистаном от 25.11.1959, *Vertrag zur Förderung und zum Schutz von Kapitalanlagen zwischen der Bundesrepublik Deutschland und Pakistan vom 25.11.1959*, BGBl. 1961 II, 793.

⁶⁵ См. сноска 39. По вопросу о развитии двусторонних соглашений см. *S. Schill* (сноска 32), 40 и далее.

заклучении особой Конвенции об урегулировании инвестиционных споров (КУИС). В ней были закреплены, в том числе, и процессуальные рамки для разрешения инвестиционных споров между государствами и иностранными инвесторами на основе арбитражного производства.⁶⁶ Это должно было сделать возможным урегулирование возникающих инвестиционных споров в рамках специальных механизмов, без обязательного привлечения судов принимающего государства. При этом не возникала также необходимость изменения применимого права или установления материального права защиты инвестиций. Целью Конвенции было, как это и отражено в преамбуле, поощрение частных инвестиционных потоков в целях содействия развитию принимающих государств. Защита инвестиций и нейтральный механизм разрешения споров были исторически, таким образом, совершенно ясно частью политики развития, которой активное содействие оказывало международное сообщество, и в частности, Всемирный Банк.

Множество соглашений о защите инвестиций, реагируя на увеличение инвестиционных потоков и развитие национальных экономик, создают также институты и учреждения, которые необходимы для функционирования структур рыночной экономики.⁶⁷ В соответствии с фундаментальными принципами обращения с иностранными инвесторами, общими для подобных соглашений, они предоставляют иностранным инвесторам различные возможности правовой защиты. Среди них следует, в частности, назвать «национальный режим» (*Inländergleichbehandlung*), «режим наибольшего благоприятствования» (*Meistbegünstigung*), защиту от безвозмездной экспроприации, справедливый и равноправный режим (*fair and equitable treatment*), полную защиту и безопасность (*full protection and security*), а также право на трансферт капитала и прибыли.

⁶⁶ См. сноска 41.

⁶⁷ К вопросу о соотношении иностранных инвестиций и экономического роста см. например, *H. Hansen/J. Rand* (сноска 13); *A. Chowdhury/G. Mavrotas* (сноска 13). Небесспорным является, однако, вопрос о том, действительно ли соглашения о защите капиталовложений (инвестиций) оказывают влияние на инвестиционные потоки. См. например, с одной стороны, только *J. Tobin/S. Rose-Ackerman*, *When BITs Have Some Bite*, в: *R. P. Alford/C. A. Rogers* (Hrsg.), *The Future of Investment Arbitration*, 2009, 131 und *T. Büthe/H. V. Milner*, *Bilateral Investment Treaties and Foreign Direct Investment*, в: *K. P. Sauvant/L. Sachs* (Hrsg.), *The Effect of Treaties on Foreign Direct Investment: Bilateral Investment Treaties, Double Taxation Treaties, and Investment Flows*, 2009, 171 (оба исследования подчеркивают позитивное взаимное соотношение между заключением соглашений о защите инвестиций и инвестиционными потоками), а с другой стороны, см. *E. Aisbett*, *Bilateral Investment Treaties and Foreign Direct Investment: Correlation and Causation*, в: *K. P. Sauvant/L. Sachs* (сноска 67), 395 (здесь никакого взаимодействия уже не устанавливается).

Кроме того, большинство соглашений предусматривают, что инвесторы могут реализовать соблюдения этих прав в рамках международного арбитражного разбирательства непосредственно против принимающего государства.⁶⁸ Эти возможности, по общему правилу, не ограничены ни необходимостью исчерпания способов правовой защиты, установленных национальным законодательством, ни предварительным использованием государством происхождения соответствующих средств дипломатической защиты.⁶⁹ Арбитражные разбирательства, которые, как правило, осуществляется в соответствии с правилами КУИС или Комиссии Организации Объединенных Наций по праву международной торговли (ЮНСИТРАЛ),⁷⁰ позволяют иностранным инвесторам подавать иски о возмещении ущерба в связи с нарушением гарантированных соответствующим соглашением прав, и при необходимости обеспечивать их исполнение.⁷¹ Число таких разбирательств, начиная с середины 2000-го года, чрезвычайно возросло и, можно сказать, тем самым международное право защиты инвестиций было действительно пробуждено к жизни.⁷²

Соглашения о защите инвестиций обеспечивают защиту широкого набора прав, которые обозначаются термином «вложение капитала» или

⁶⁸ К вопросу о содержании соглашений о защите инвестиций смотри ставшей «классической» работу *R. Dolzer/M. Stevens*, *Bilateral Investment Treaties*, 1995.

⁶⁹ См. ст. 11 Типового Договора ФРГ 2005-го года, AVR 45 (2007), 276; ст. 10 Типового Договора ФРГ 2009-го года (в настоящее время все еще не опубликовано; Федеральное Министерство по экономике и технологиям (Bundesministerium für Wirtschaft und Technologie) по запросам, поданным в научных целях, может предоставить заинтересованным лицам копию соглашения). По вопросу о Типовом соглашении 2009-го года см. *J. Griebel*, *Einführung in den Deutschen Mustervertrag über die Förderung und den gegenseitigen Schutz von Kapitalanlagen von 2009*, IPRax 2010, 414.

⁷⁰ Арбитражный Регламент Комиссии Организации Объединенных Наций по праву международной торговли (ЮНСИТРАЛ), UN Commission on International Trade Law (UNCITRAL), <<http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/arbitration/arb-rules-revised/arb-rules-revised-2010-e.pdf>>(на русском языке доступно соответственно как <http://www.uncitral.org/pdf/russian/texts/arbitration/arb-rules-revised/arb-rules-revised-r.pdf> - прим. перев.). Более подробно по данному вопросу см. *D. Caron/L. Caplan/M. Pellonpää*, *The UNCITRAL Arbitration Rules – A Commentary*, 2006.

⁷¹ По вопросу о правовой защите в области международной защиты инвестиций см. также *C. Tietje*, *Internationaler Investitionsrechtsschutz*, в: *D. Ehlers/F. Schoch*, *Rechtsschutz im Öffentlichen Recht*, 2009, 63.

⁷² См. Доклад ЮНКТАД, UNCTAD, *Latest Developments in Investor-State Dispute Settlement*, IIA Issues Note No. 1, 2012, 1 и след., <http://unctad.org/en/PublicationsLibrary/webdiaeia2012d10_en.pdf> (в соответствии с которым, на конец 2011-го года имелось в общей сложности 450 инвестиционных споров, которые были основаны, прежде всего на толковании и применении соглашений о защите инвестиций).

«инвестиция» (*Kapitalanlage*). Как правило, под этим подразумевается собственность на движимое и недвижимое имущество, права на участие или акции компаний, а также интеллектуальная собственность.⁷³ Уровень материально-правовой защиты, который гарантирован соглашениями, является - за весьма редким исключением - также достаточно высоким. Соглашения особо выделяют при этом, прежде всего, долгосрочную гарантию целостности иностранных инвестиций, исходя из позиции, аналогичной правилам, которые приняты в обычном международном праве, что осуществление прямых и косвенных экспроприационных мер допускается исключительно лишь в общественных интересах и предполагают необходимость компенсации.⁷⁴ Кроме этого, соглашения требуют, чтобы для иностранных инвесторов действовал «равноправный и справедливый» режим.⁷⁵ Этот стандарт защиты, сформулированный в виде генеральной клаузулы, был развит арбитражной практикой во всеобъемлющее и универсальное право иностранных инвесторов на обращение, соответствующее принципам правового государства.⁷⁶ Право на справедливый и равноправный режим включает в себя, в частности, принцип правовой безопасности (определенности) в смысле устойчивости правовых норм и стандартов и предсказуемости действий государства, обязательство к последовательности и непротиворечивости действий государства, принцип правомерности (законности), принцип защиты доверия, запрет отказа в правосудии, требования к организации судебной или административной процедуре, запрет произвольных и дискриминационных мер и требование прозрачности действий государства, а также принцип пропорциональности.⁷⁷

Кроме того, соглашения о защите инвестиций, как правило, обязывают государства-участников также обеспечивать защиту иностранных

⁷³ См. ст. 1 абз. 1 Типового Договора 2005 (сноска 69); ст. 1 абз. 1 Типового Договора 2009 (сноска 69).

⁷⁴ См. ст. 4 абз. 2 Типового Договора 2005 (сноска 69); ст. 4 абз. 2 Типового Договора 2009 (сноска 69). Более подробно по вопросу о материально-правовых стандартах защиты, предусмотренных в соглашениях о защите инвестиций см. статьи в *S. Schill* (Hrsg.), *International Investment Law and Comparative Public Law*, 2010; *A. Newcombe/L. Paradell* (сноска 42); *R. Dolzer/C. Schreuer*, *Principles of International Investment Law*, 2008; *C. McLachlan/L. Shore/M. Weiniger*, *International Investment Arbitration – Substantive Principles*, 2007.

⁷⁵ См. ст. 2 абз. 2 Типового Договора 2005 (сноска 69); ст. 2 абз. 2 Типового Договора 2009 (сноска 69).

⁷⁶ См. *S. Schill*, *Fair and Equitable Treatment as an Embodiment of the Rule of Law*, в: *R. Hofmann/C. Tams*, *The International Convention on the Settlement of Investment Disputes (ICSID): Taking Stock After 40 Years*, 2007, 31, 40.

⁷⁷ *S. Schill* (сноска 76), 41 и далее.

инвестиций от т.н. «субстратного» вмешательства органов государственной власти и частных лиц. Это является частью обязательства гарантировать полную защиту и безопасность инвестиций.⁷⁸ Этот принцип нарушается, например, в случае, если государство не обеспечивает адекватную защиту силами полиции против бесчинствующих демонстрантов⁷⁹ или если подразделения военных незаконно разрушают производственные помещения предприятия.⁸⁰ Существует, таким образом, определенное сходство с правовой фигурой «равносильного экспроприации вмешательства» (*enteignungsgleichen Eingriff*), установленной в немецком праве ответственности государства.⁸¹ Обязательство по обеспечению полной защиты и безопасности иностранных инвестиций находит также все большее понимание в арбитражной практике в качестве обязанности предоставления *защиты* со стороны государства. Такая обязанность заключается, в частности, в том, чтобы путем законодательных мер обеспечить нормативные правила и механизмы правоприменения, позволяющих инвесторам пользоваться необходимой защитой от действий государства и частных лиц не только на международно-правовом, но и на национальном уровне.⁸²

Специальные права на защиту (*Schutzrechte*) в виде так называемых «зонтичных» оговорок (*umbrella clauses*) предусматриваются инвестиционными соглашениями, по общему правилу, в связи с соблюдением договорных и квази-договорных обязательств, которые взяла на себя принимающая страна в отношении иностранных инвесторов.⁸³ В соответствии с такими оговорками, принимающее государство, согласно

⁷⁸ См. ст. 4 абз. 1 Типового Договора 2005 (сноска 69); ст. 4 абз. 1 Типового Договора 2009 (сноска 69). См. nfröt G. Cordero Moss, Full Protection and Security, в: A. Reinisch, Standards of Investment Protection, 2008, 131.

⁷⁹ Более подробно по данному вопросу см. H. Zeidler, Full Protection and Security, в: S. Schill (сноска 74), 183.

⁸⁰ *American Manufacturing & Trading, Inc. v. Republic of Zaire*, ICSID Case No. ARB/93/1, Award, 21.2.1997, пункт 6.04 и далее; *Asian Agricultural Products Ltd v. Republic of Sri Lanka*, ICSID Case No. ARB/87/3, Final Award, 27.6.1990, пункт 45 и далее.

⁸¹ Более подробно по данному вопросу см. F. Ossenbühl, Staatshaftungsrecht, 5. Aufl. 1998, 213 и далее.

⁸² *Azurix Corp v. The Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/01/12, Award, 14.7.2006, пункт 408; *Siemens A.G. v. The Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/02/8, Award, 6.2.2007, пункт 303; *National Grid P.L.C. v. Argentine Republic*, UNCITRAL, Award, 3.11.2008, пункт 189.

⁸³ См. ст. 8 абз. 2 Типового Договора 2005 (сноска 69); ст. 7 абз. 2 Типового Договора 2009 (сноска 69). Ausführlich zu den im Zusammenhang mit Schirmklauseln auftretenden Problemen S. Schill, Enabling Private Ordering – Function, Scope and Effect of Umbrella Clauses in International Investment Treaties, Minn. J. Int'l L. 18 (2009), 1.

международному праву, обязано выполнять специфические обязательства, которые оно взяло на себя в отношении капиталовложений или инвестиций. Далее, инвестиционные соглашения содержат также гарантии, которые обеспечивают свободный перевод платежей, связанных с инвестированием, и, в частности, приток дополнительного капитала в принимающую страну, а также вывоз прибыли или доходов либо ликвидационной выручки.⁸⁴

Наконец, соглашения предоставляют иностранным инвесторам «национальный режим» и «режим наибольшего благоприятствования».⁸⁵ В соответствии с этим, для иностранных инвесторов из любой страны-участницы должен действовать такой же режим, какой действует для национальных инвесторов или же для инвесторов из третьих государств. Тем не менее, инвестиционные соглашения содержат и ряд исключений из правила предоставления режима наибольшего благоприятствования в отношении тех прав, которые были предоставлены инвесторам из третьих государств по договорам об образовании таможенных союзов или иными инструментами экономической интеграции, такими например, как участие в межгосударственном Союзе.⁸⁶ Большинство соглашений о защите инвестиций, однако, не предлагают никакой специальной защиты от ограничений доступа на рынки для иностранных инвестиций. В этом смысле многие инвестиционные соглашения обычно определяют только, что каждая страна-участница будет «разрешать инвестиции в соответствии со своими законами».⁸⁷ Этим для иностранных инвестиций не создается международно-правовое право доступа на рынки, действующее обособленно от национального законодательства.

Доминирующим доводом при оправдании необходимости соглашений о защите инвестиций до сих пор является тот аргумент, что с точки зрения иностранных инвесторов одним из наиболее критических факторов при иностранных инвестициях является т.н. политический риск. Это, в первую очередь, риск, связанный с взаимодействием с иностранным государством, которое управляет правом, регулирующим инвестиции, и

⁸⁴ См. ст. 5 Типового Договора 2005 (сноска 69), ст. 5 Типового Договора 2009 (сноска 69).

⁸⁵ См. ст. 3 Типового Договора 2005 (сноска 69); ст. 3 Типового Договора 2009 (сноска 69).

⁸⁶ См. ст. 3 абз. 3 Типового Договора 2005 (сноска 69); ст. 3 абз. 3 Типового Договора 2009 (сноска 69).

⁸⁷ См. ст. 2 абз. 1 Типового Договора 2005 (сноска 69); ст. 2 абз. 1 Типового Договора 2009 (сноска 69).

осуществляет юрисдикцию по вопросам инвестиционных споров.⁸⁸ По этой причине важнейшей целью соглашений о защите инвестиций является закрепление определенных прав инвесторов для того, чтобы минимизировать политические риски путем интернационализации и, тем самым, убрать важное препятствие на пути инвестирования. Критический вопрос, которым здесь, однако, следует задаться, состоит в том, как объяснить тот факт, что развивающиеся страны коллективно всегда выступали против материальных правил в целях защиты инвестиций, но, с другой стороны, постоянно на двусторонней основе заключали соглашения, содержавшие такие правила. Критики предполагают наличие здесь т.н. «дилеммы заключенного» (*Gefangenendilemma*), обусловленной заинтересованностью развивающихся стран в иностранных инвестициях. Она используется индустриально развитыми государствами для того, чтобы в условиях менее благоприятной для развивающихся стран ситуации *двусторонних* переговоров добиться от них определенных уступок, которые не могут быть достигнуты в связи с меняющимся соотношением сил при ведении *многосторонних* переговоров. Это, по мнению критиков, приводит к своего рода «гонке на дно» (*race to the bottom*), в которой именно развивающиеся страны фактически распродают свои суверенные права, поскольку инвестиционные потоки текут, по большей части, как раз в направлении этих государств.⁸⁹

Такой точке зрения противоречит, однако, то, что инвестиционные договоры не только, так сказать, в одностороннем порядке устанавливают международно-правовые обязательства для развивающихся стран, но и действуют также в отношении инвестиций из этих стран в развитые государства. Действительно, особенно в последние несколько лет проявляется тенденция к увеличению инвестиционных потоков из развивающихся государств в развитые страны.⁹⁰ Наряду с этим, инвестиционные арбитражные разбирательства инициируются не только против развивающихся стран, но все чаще также и против промышленно

⁸⁸ К вопросу о понятии политического риска и к вопросу о механизме урегулирования споров через арбитражное производство как форме менеджмента (управления) риска см. *N. Rubins/S. Kinsella*, *International Investment, Political Risk and Dispute Solution*, 2005, 261 и след.

⁸⁹ Более подробно по данному вопросу см. *A. T. Guzman*, *Why LDCs Sign Treaties that Hurt Them: Explaining the Popularity of Bilateral Investment Treaties*, *Va. J. Int'l L.* 38 (1998), 639. Ähnlich auch *E. Benvenisti/G. W. Downs*, *The Empire's New Clothes: Political Economy and the Fragmentation of International Law*, *Stan. L. Rev.* 60 (2007), 595, 611 и след., 616 и след.

⁹⁰ См. UNCTAD (сноска 1), 6 и далее.

развитых государств.⁹¹ В дополнение к этому, следует еще и учитывать, что практически идентичные по содержанию соглашения о защите инвестиций действуют также и между развивающимися странами (так называемые двусторонние инвестиционные соглашения Юг-Юг - *South-South BITs*).⁹² Это, в свою очередь, свидетельствует о том, что было бы неверным двусторонние соглашения о защите инвестиций рассматривать как *де-факто* односторонние соглашения и, таким образом, как инструменты защиты и укрепления гегемонии.

Вместо этого, многое говорит в пользу того, что промышленно развитые государства и развивающиеся страны на самом деле заинтересованы в наличии единых правил в области защиты инвестиций. Это позволяет избежать диспропорций распределения инвестиционных потоков в результате различий режимов защиты инвестиций, и инвестиции, в свою очередь, могут направляться туда, где они работают наиболее эффективно в экономическом отношении.⁹³ Кроме того, неудача недавних попыток заключить действительно многостороннее соглашение в рамках ВТО и ОЭСР была обусловлена уже не принципиальными различиями в позициях государств относительно необходимости защиты собственности средствами международного права. Более важную роль сыграли здесь, скорее, трудности конкретного решения вопроса о соотношении защиты инвестиций и конфликтующих с ней публичных интересов.⁹⁴ Наконец, следует учитывать, что некоторые государства используют многосторонние переговоры по вопросам защиты инвестиций и для того, чтобы добиться уступок в других, не связанных с инвестициями областях. Это, в свою очередь, также объясняет неудачу попыток закрепить единые правила защиты инвестиций на многостороннем уровне.⁹⁵

⁹¹ Более подробно по данному вопросу см., например, *G. Aguilar Alvarez/W. Park, The New Face of Investment Arbitration: NAFTA Chapter 11, Yale J. Int'l L. 28 (2003), 365* и след.

⁹² См. UNCTAD, *South-South Cooperation in International Investment Arrangements, 2005*, <http://www.unctad.org/en/docs/iteiit20053_en.pdf>.

⁹³ Более подробно по данному вопросу см., например, *S. Schill* (сноска 32), 106 и далее.

⁹⁴ Это послужило одной из основных причин неудачи заключения международного соглашения об инвестициях Международного соглашения об инвестициях в рамках ОЭСР (OECD); более подробно по данному вопросу см., например, *S. Schill* (сноска 32), 53 и далее (m. w. N.).

⁹⁵ Это послужило одной из основных причин неудачи переговоров по вопросу о регулировании защиты инвестиций в рамках раунда ВТО в Доха (Doha-Runde der WTO). Более подробно по данному вопросу см. *A. Hurrell/A. Narlikar, A New Politics of Confrontation? Brazil and India in Multilateral Trade Negotiations, Global Society 20 (2006), 415, 422* и далее.

На этом фоне современные тенденции к усилению *билатерализма* (*Bilateralismus*) в области защиты инвестиций (т.е. приоритет заключения двусторонних соглашений или соответственно решения стоящих проблем на основе двусторонних переговоров - *прим. перев.*), является, скорее, выражением т.н. «эффекта колеи» (*Pfadabhängigkeit*) (т.е. зависимости будущего развития от первоначально либо ранее выбранного пути или стандартов - *прим. перев.*). Естественно, это лишь с трудом может расцениваться как аргумент, говорящий в пользу отсутствия общих интересов между индустриальными государствами и развивающимися странами. В частности, Китай, например, может служить наглядным примером, подтверждающим данный тезис. Первоначально в своих двусторонних соглашениях о защите инвестиций Китай занял сдержанную позицию и согласился лишь на отдельные положения, гарантирующие защиту инвестиций. Позже, однако, начиная с конца 1990-х годов, он принял общую международно-признанную модель защиты инвестиций. При этом Китай, как и прежде, остается среди государств, в которых превалирует нетто-импорт капитала, и корректировка его позиции не может быть также объяснена оказанием внешнего давления со стороны его партнеров по переговорам.⁹⁶

В целом, двусторонние соглашения о защите инвестиций отражают, таким образом, консенсус в отношении исходных принципов международной защиты инвестиций. Он базируется, прежде всего, на стремлении создать и укрепить фундаментальные рыночные экономические основы взаимоотношений между государствами и инвесторами. В этом смысле право защиты инвестиций также все больше освобождается от тех узких рамок, которые были обусловлены доминировавшим на этапе его исторического генезиса конфликтом Север-Юг. Оно во все большей степени задается вопросом о том, как должны соотноситься друг с другом публичные и частные интересы на глобальных рынках.⁹⁷

Следует отметить, что в более новые инвестиционные соглашения путем изменения договорных условий вводятся нормативные положения, призванные обеспечить достаточную свободу действий принимающих

⁹⁶ Детальный анализ по данному вопросу см. *S. Schill*, Tearing Down the Great Wall – The New Generation Investment Treaties of the People’s Republic of China, *Cardozo J. Int’l & Comp. L.* 15 (2007), 73.

⁹⁷ Такое мнение высказывается в *W. Shan*, From “North-South-Divide” to “Private-Public-Debate”, *Nw. J. Int’l L. & Bus.* 27 (2007), 631.

стран.⁹⁸ Тем не менее, широкое признание форм и содержания международных соглашений о защите инвестиций со стороны развивающихся и менее развитых государств говорит против того, чтобы международное право защиты инвестиций понималось как инструмент гегемонии глобального капитализма, отражающий непримиримый конфликт между защитой инвестиций и развитием.

III. Инвестиционное арбитражное производство и дискуссия по проблемам развития

Наиболее важным событием в развитии международного права защиты инвестиций стал на сегодняшний день переход от принципа регулирования преимущественно межгосударственных правоотношений к праву, непосредственно регулирующему отношения между принимающими государствами и инвесторами. Этому во многом способствовало признание возможности проведения арбитражного разбирательства непосредственной между инвестором и государством. По сравнению с системой дипломатической защиты такой подход не только обеспечивает инвестору эффективные средства правовой защиты против вмешательства государства. Он также приводит к более последовательной нормативной регламентации права защиты инвестиций и к более последовательному теоретико-правовому анализу соответствующей арбитражной практики, бурно набирающей рост, начиная с конца 1990-х годов.⁹⁹ Международное право защиты инвестиций становится, таким образом, синонимичным практике урегулирования и разрешения споров в области инвестиционного права.

Это свидетельствует и о том, что сегодня право защиты инвестиций больше не является, в первую очередь, областью права, которая «живет» за счет столкновения интересов индустриально развитых государств и развивающихся стран, но выступает в качестве права, которое служит посредником между интересами инвесторов и государств. Одновременно

⁹⁸ См. Например, *P. Muchlinski*, Trends in International Investment Agreements: Balancing Investor Rights and the Right to Regulate. The Issue of National Security, Yearbook on International Investment Law & Policy 1 (2009), 35, 36 и далее; *P. Muchlinski*, Trends in International Investment Agreements, 2008/2009: Review of the Model Bilateral Investment Treaties of Norway, South Africa and the United States, Yearbook on International Investment Law & Policy 2 (2010), 41, 55 и далее.

⁹⁹ Парадигматически это выражается в монографической литературе по праву защиты инвестиций. Более подробно по данному вопросу см., например, *S. Schill* (сноска 2), 883 и далее.

можно, тем не менее, также констатировать усилия по защите главной линии (*Mainstream*) против внешних влияний, так что и связь инвестиций и развития не играет особенно существенной роли.¹⁰⁰ В арбитражной практике по инвестиционным спорам тема развития затрагивается, как правило, только в трех аспектах. Во-первых, в дискуссии по поводу определения понятия инвестиции (1). Во-вторых, при решении вопроса о том, оказывает ли уровень развития или статус принимающего государства влияние на толкование и применение норм материального стандарта защиты (2). И в-третьих, в контексте дискуссии относительно телеологической интерпретации соглашений о защите инвестиций (3). Однако, точно так же, как и в исторической перспективе, здесь также присутствует представление о конфликте целей защиты инвестиций и развития, которое и с догматической точки зрения является сомнительным.

1. Понятие инвестиции

Оживленная дискуссия с привлечением определенного внимания к проблематике оказания помощи в целях развития ведется в инвестиционной арбитражной практике вокруг определения понятия инвестиции.¹⁰¹ Как правило, соглашения о защите инвестиций лишь формулируют (неполный) перечень прав и интересов, охраняемых в качестве инвестиций, делая это, в основном, без текстовой увязки с вопросами содействия развитию.¹⁰² Аналогично этому, также ничего не говорится о понятии инвестиции и в центральном для определения компетенции Международного центра по урегулированию инвестиционных споров (МЦУИС) положении статьи 25 (1) Конвенции об

¹⁰⁰ Иначе вопрос ставится в литературе, указанной в сноске 3.

¹⁰¹ По данному вопросу см. *D. Krishan, A Notion of ICSID Investment*, в: T. G. Weiler (Hrsg.), *Investment Treaty Arbitration and International Law*, vol. 1, 2008, 61; *J. D. Mortenson, The Meaning of "Investment": ICSID's Travaux and the Domain of International Investment Law*, *Harv. Int'l L. J.* 51 (2010), 257.

¹⁰² См. Например, статья 1(1) Соглашения о взаимном поощрении и защите инвестиций между Австрийской Республикой и Республикой Узбекистан от 2.6.2000 (*Agreement between the Republic of Austria and the Republic of Uzbekistan for the Promotion and Protection of Investments*, 2.6.2000), *Österr. BGBl. Nr. III 167/2001*, <<http://www.bmwfj.gv.at/Aussenwirtschaft/Investitionspolitik/Documents/Bilaterale%20Investitionsschutzabkommen/Usbekistan.pdf>>, которая определяет инвестиции как «любые имущественные ценности, находящиеся на территории одной из договаривающихся сторон, которые прямо или косвенно находятся в собственности или под контролем инвестора, происходящего из другой договаривающейся стороны», следует также отметить, что положения данной статьи соглашения сопровождается, кроме того, неокончательным списком примеров действия данного правила.

урегулировании инвестиционных споров между государствами и гражданами других государств (КУИС). Здесь указывается лишь:

«В компетенции Центра находится разрешение правовых споров, возникающих непосредственно из отношений, связанных с инвестициями, между Договаривающимся государством (или любым уполномоченным органом Договаривающегося государства, о котором сообщено Договаривающимся государством Центру) и лицом другого Договаривающегося государства, при условии наличия письменного согласия участников спора о передаче такого спора для разрешения Центру.»

Несмотря на отсутствие детального определения понятия инвестиции в Конвенции, на основе арбитражной судебной практики, и, в первую очередь, в решении по делу *Salini v. Morocco*, тем не менее, были сформулированы критерии, по которым более четко определяется предметная юрисдикция МЦУИС. Ибо с самого начала было ясно, что не все экономические сделки и операции, например, обычный договор о международной поставке товаров, должны подпадать под юрисдикцию МЦУИС. Так называемый «тест *Salini*» устанавливает в этом плане ряд особенностей, которые используются для дефиниции инвестиций и их отличительных признаков по сравнению с другими экономическими операциями. В соответствии с тестом *Salini* для инвестиций типичными являются следующие характеристики. Во-первых, это материальный вклад инвестора в определенный проект; во-вторых, это определенная продолжительность обоснованных таким образом экономических отношений; в-третьих, наличие у инвестора цели получить прибыль; в-четвертых, принятие им экономического риска; и в-пятых, содействие инвестиции развитию принимающего государства.¹⁰³

Наименьшие споры в арбитражной практике вызывают первые четыре критерия, хотя при этом регулярно подчеркивается, что критерии *Salini* это не общеобязательный тест, отдельные элементы которого носят исключаяющий характер, а скорее топический, внешний тест, который предполагает более или менее общие допущения.¹⁰⁴ В отличие от этого,

¹⁰³ Более подробно по данному вопросу см., например, *Biwater Gauff Limited v. United Republic of Tanzania*, ICSID Case No. ARB/05/22, Award, 24.7.2008, пункт 319 (unter Verweis auf *Salini Costruttori SpA and Italstrade SpA v. Kingdom of Morocco*, ICSID Case No. ARB/00/4, Decision on Jurisdiction, 23.7.2001, ILM 42 (2003), 609). См. также *C. Schreuer et al* (сноска 41), ст. 25 пункт 153.

¹⁰⁴ См., например, *Biwater Gauff* (сноска 103), пункт 319 и далее; *SGS Société Générale de Surveillance S.A. v. Republic of Paraguay*, ICSID Case No. ARB/07/29, Decision on Jurisdiction, 12.2.2010, пункт 92 и далее; *Saba Fakes v. Republic of Turkey*, ICSID Case No. ARB/07/20, Award, 14.7.2010, пункт 107 и далее; *Abaclat and Others* (Case formerly

весьма дискуссионной предстает, однако, последняя характеристика, а именно - необходимость содействия инвестиций развитию принимающих государств. Так например, Кассационный Комитет (*Annulment Committee*) в решении по делу *Patrick Mitchell v. Democratic Republic of Congo* отказался считать, что создание адвокатской конторы, состоявшей всего из нескольких юристов-специалистов, являлось инвестицией в смысле ст. 25 (1) КУИС, поскольку оставалось неясным, в какой степени эта контора внесла вклад в экономическое развитие Конго.¹⁰⁵

Аналогично, в деле *Malaysian Historical Salvors v. Malaysia* арбитражный трибунал использован критерий вклада в экономическое развитие принимающего государства, чтобы не признать факт наличия инвестиции в случае, в котором заявитель на договорной основе осуществил поиск и подъем со дна затонувшего исторического судна, а также провел аукцион находившихся на его борту предметов. Арбитраж посчитал, что ввиду относительно незначительной суммы, вырученной от продажи (менее 3 млн. долл. США), не было внесено существенного вклада в экономическое развитие принимающей страны.¹⁰⁶ Созванный по протесту истца Кассационный Комитет своим решением аннулировал постановление арбитража. Он обосновал это тем, что арбитражный трибунал применил в данном деле строгие критерии для установления наличия инвестиции, а именно, существование вклада в развитие принимающего государства, которые не основаны ни на тексте самой КУИС, ни на истории ее разработки и принятия.¹⁰⁷ В своем особом мнении против решения большинства судья *Шахабуддин (Shahabuddeen)* заметил, однако, что критерий вклада в развитие принимающего государства должен сохранить свое значение.¹⁰⁸

known as *Giovanna a Beccara and Others*) v. Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/07/5, Decision on Jurisdiction, 4.8.2011, пункт 362 и далее; в этом же направлении также *S. Schreuer et al* (сноска 41), ст. 25 пункт 152-174. Более подробное исследование соответствующей правовой практики арбитражей см. также *J. D. Mortenson* (сноска 101), 268 и далее.

¹⁰⁵ *Patrick Mitchell v. Democratic Republic of the Congo*, ICSID Case No. ARB/99/7, Decision on the Application for Annulment of the Award, 1.11.2006, пункт 27-41.

¹⁰⁶ *Malaysian Historical Salvors, SDN, BHD v. Malaysia*, ICSID Case No. ARB/05/10, Award on Jurisdiction, 17.5.2007, пункт 123 и далее.

¹⁰⁷ *Malaysian Historical Salvors, SDN, BHD v. Malaysia*, ICSID Case No. ARB/05/10, Decision on the Application for Annulment, 16.4.2009, пункт 56 и далее.

¹⁰⁸ *Malaysian Historical Salvors, SDN, BHD v. Malaysia*, ICSID Case No. ARB/05/10, Decision on the Application for Annulment, 16.4.2009, Dissenting Opinion of Judge *Mohamed Shahabuddeen*, пункт 14 и далее.

Необходимость существования положительного вклада в развитие принимающего государства арбитражные трибуналы Международного Центра по урегулированию инвестиционных споров (МЦУИС) обосновывают, как правило, телеологической интерпретацией смысла и целей Конвенции, как они отражены в ее преамбуле.¹⁰⁹ Здесь четко сформулированы мотивы КУИС, связанные с оказанием помощи в целях развития и экономического роста. Сомнительным, однако, представляется, должно ли это, в конечном счете, вести к постулируемой многими арбитражами зависимости понятия инвестиции от установленного положительного вклада экономической деятельности в развитие принимающего государства. Поскольку этим ставится под угрозу правовая определенность, если для инвестора на момент предоставления инвестиции остается неясным, в чем состоит его вклад в развитие принимающего государства, и являются ли его экономические инвестиции также и инвестициями в юридическом смысле. В этом отношении толкование понятия инвестиции на основе абстрактных критериев содействия в развитии ведет к тому, что, из-за отсутствия надлежащей правовой определенности, инвестиции вообще не предоставляются. Это относится также и к инвестициям, способствующим развитию.

Под вопросом остаются также смысл и цель такого критерия. Можно предположить, что речь идет о том, чтобы исключить небольшие инвестиции из числа пригодных объектов защиты по КУИС. Однако, с этим нельзя согласиться уже только по одной той причине, что несколько небольших инвестиций в своей совокупности могут сделать такой же важный вклад в развитие принимающего государства, как и одна крупная инвестиция. Негативные последствия подобного исключения мелких инвесторов усугубляются еще и тем, что они сильнее, чем крупные инвесторы, которые, как правило, обладают более значительным переговорным потенциалом, зависят от механизма предоставленной в рамках Конвенции защиты. Кроме этого, чтобы исключить нежелательные инвестиции отнюдь не требуется установление специальных критериев именно при формулировании самого понятия инвестиции. Принимающее государство имеет в этом смысле возможность не допустить нежелательные инвестиции на основе национального законодательства или контролировать и направлять действия инвесторов, устанавливая определенные требования, касающиеся их правомерности. Критерий

¹⁰⁹ Там делается ссылка на «необходимость международного сотрудничества в целях развития и роль международных частных инвестиций в этой области» (*the need for international cooperation for economic development, and the role of private international investment therein*). Ссылка на преамбулу дается также в решении по делу *Patrick Mitchell v. Congo* (сноска 105), пункт 28-29.

наличия положительного вклада в развитие экономики принимающего государства, не является, таким образом, состоятельным ни с точки зрения текста Конвенции, ни с точки зрения правовой политики.

В арбитражной практике вопрос о том, является ли наличие вклада инвестиции в развитие принимающего государства условием для доступа к защитному механизму КУИС, продолжает, конечно, оставаться еще не решенным окончательно. Споры по нему, однако, были несколько смягчены после того, как в деле *Phoenix v. Czech Republic* арбитражный трибунал под руководством арбитра, известной своими «прогосударственными» позициями, подтвердил, что существует - хотя и опровержимая - презумпция, что инвестиция вносит позитивный вклад в развитие принимающего государства.¹¹⁰ При этом остается неясным, какие функции должно выполнять это правило. Несомненно, оно облегчит для судей возможность политико-правового манипулирования путем обоснования от случая к случаю отсутствия у них полномочий по рассмотрению дела. Но это имеет негативные последствия с точки зрения правовой определенности. Неясной остается также и вообще сама необходимость учета критерия вклада в развитие именно при определении понятия инвестиции. Тем не менее, соответствующая дискуссия по данному вопросу, в любом случае, отражает, что арбитражная практика позиционирует защиту иностранных инвестиций в контексте осуществления политики в целях содействия развитию. И несмотря на это, требование содействия развитию как составной элемент понятия инвестиции следует все же отвергнуть.¹¹¹

2. Достигнутый уровень развитие и стандарт защиты

Следует подчеркнуть, что аргументационные фигуры, связанные с фактором содействия развитию, выдвигаются в практике инвестиционного арбитража на передний план также и при рассмотрении вопроса о том, должны ли статус принимающего государства как развивающейся страны или его соответствующая стадия развития влиять на интерпретацию основных стандартов защиты. Например, должна ли интерпретация принципа справедливого и равноправного режима быть различной, в зависимости от того, является принимающим государством США или

¹¹⁰ *Phoenix Action Limited v. Czech Republic*, ICSID Case No. ARB/06/5, Award, 15.4.2009, пункт 85.

¹¹¹ В этом же направлении, но с иным обоснованием *J. D. Mortenson* (сноска 101), 280 и далее; *D. Krishan* (сноска 101).

Центральноафриканская Республика.¹¹² В пользу этого говорит ряд арбитражных решений, в которых арбитры непосредственно принимали во внимание уровень развития принимающего государства с тем, чтобы отклонить наличие нарушения прав инвесторов.

Так, в деле *Alex Genin v. Estonia* трибунал постановил, что отзыв лицензии банка в 1990-ых годах не являлся нарушением принципа справедливого и равноправного режима, хотя отзыв лицензии сам по себе был вполне достоин критики и должен был быть классифицирован как неправильный. Суд отметил в своем решении, что инвестор сознательно принимал в расчет положение Эстонии как страны с переходной системой, движущейся от социалистической планового хозяйства к рыночной экономике.¹¹³

Также и в деле *Pantechniki v. Albania* объем и сфера действия права на полную защиту и безопасность были определены арбитражем с учетом общей ситуации в принимающем государстве.¹¹⁴ Основанием и предметом иска было нападение и разбой на строительной площадке во время беспорядков в марте 1997-ого года в Албании. В (единоличном) решении арбитра по данному делу *Яна Паульсона (Jan Paulsson)* было отмечено, что уровень и состояние развития принимающей страны должны необходимо учитываться при инвестиционно-правовой оценке. Хотя албанские полицейские силы оказались не в состоянии обеспечить надлежащую защиту объекта инвестирования, не может быть установлено никакого нарушения права на полную защиту и безопасность. Ибо строительный подрядчик на основе общего состояния безнадзорности и беззакония в Албании вряд ли мог питать особые надежды на предоставление ему адекватной защиты со стороны полиции. Эта ситуация должна была бы

¹¹² Более подробно по данному вопросу со ссылками на другие арбитражные решения см. *N. Gallus*, The Influence of the Host State's Level of Development on International Investment Treaty Standards of Protection, *Journal of World Investment & Trade* 6 (2005), 711; *U. Kriebaum*, The Relevance of Economic and Political Conditions for Protection under Investment Treaties, *Law & Practice of International Courts & Tribunals* 10 (2011), 383.

¹¹³ *Alex Genin, Eastern Credit Limited, Inc. and A.S. Baltoil v. The Republic of Estonia*, ICSID Case No. ARB/99/2, Award, 25.6.2001, пункт 348 и далее. В этом же направлении также *Nagel v. Czech Republic*, SCC Case 49/2002, Final Award, 9.9.2003, пункт 293; *Generation Ukraine, Inc. v. Ukraine*, ICSID Case No. ARB/00/9, Award, 16.9.2003, пункт 20.37; *White Industries Australia Limited v. The Republic of India*, UNCITRAL, Final Award, 30.11.2011, пункт 10.3.15, 10.4.18.

¹¹⁴ *Pantechniki S.A. Contractors & Engineers v. Republic of Albania*, ICSID Case No. ARB/07/21, Award, 30.7.2009, пункт 76-82.

быть оценена по иному, если бы полиция сознательно не вмешалась в происходившие события.¹¹⁵

В противоположность этому, другие арбитражные трибуналы отвергали необходимость учитывать состояние развития принимающего государства при толковании материально-правового стандарта защиты. Так, третейский Суд НАФТА в решении по делу *GAMI Investments v. Mexico*, в частности, установил:

Не может служить оправданием, что регулирование является дорогостоящим делом. Также и нехватка компетентных администраторов или недостаточная культура исполнения не являются извинением. Таковы вызовы, которые стоят перед органами управления в любой стране. Нарушения, которые были допущены НАФТА, несомненно, не могут быть оправданы на том основании, что соблюдение правительством своего собственного законодательством может вызвать трудности. Скорее наоборот, каждое государство-участник НАФТА должно признать свою ответственность, если его должностные лица не в состоянии реализовать действующие нормы или реализуют их дискриминационным или произвольным образом.¹¹⁶

Безусловно, различия финансовых и кадровых возможностей, уровня образования, опыта и стандартов в осуществлении публичной власти в промышленно развитых государствах, с одной стороны, и в развивающихся странах, с другой, продолжают оставаться довольно глубокими. С этой точки зрения было бы действительно проблематичным, если бы для развивающихся стран в рамках инвестиционных договоров, устанавливались бы те же требования, которые предъявляются в промышленно развитых странах.

Тем не менее, необходимость дифференциации между индустриально развитыми и развивающимися странами не должна реализовываться таким образом, что основные материально-правовые стандарты защиты инвестиций толковались бы для них принципиально по-разному. Ибо это противоречило бы представлению о том, что соглашения о защите инвестиций устанавливают для договаривающихся государств-участников взаимные права и обязанности, которые равным образом действуют и в отношении страны, импортирующей капитал, и в отношении страны-экспортера капитала. Кроме того, учет соответствующего уровня развития как часть материального права противоречил бы тому обстоятельству, что в

¹¹⁵ Pantechniki S.A. Contractors & Engineers (сноска 114114), пункт 81-82.

¹¹⁶ *Gami Investments, Inc. v. The United Mexican States*, Final Award, 15.11.2004, пункт 94.

отношении многочисленных защитных стандартов в настоящее время должен быть обеспечен не т.н. «национальный режим» (*Inländergleichbehandlung*), а, скорее лишь объективный минимальный стандарт. Это действует, однако, независимо от того, вкладывает ли инвестор свой капитал в развивающейся или в развитой стране. Наконец, важно также отметить, что существует общий, объективный стандарт режима для иностранных инвестиций (*objektive Behandlungsstandards*), который, как правило, включает в себя обязательства к несовершенно или к воздержанию от совершения определенных действий (*Unterlassungspflichten*). При этом он не направлен, по общему правилу, на активное содействие со стороны государственных институтов, что означало бы для них непосредственную дополнительную финансовую нагрузку.

На этом фоне весьма сомнительно то, что соответствующий уровень развития принимающего государства должен учитываться при интерпретации материальных инвестиционных прав также и на уровне признака состава инвестиции. Уже и без учета этого, бремя, которое должно нести принимающее государство в связи с обеспечением и защитой прав инвесторов, является ограниченным. При этом важно, прежде всего, в отношении рисков, на которые инвесторы идут при инвестировании за границей, т.е. при иностранных инвестициях, четко дифференцировать между политическими и экономическими рисками. Соглашения о защите инвестиций предоставляют защиту исключительно только от политических рисков, то есть сугубо от действий властей принимающего государства, которое вторгается в права инвесторов, но не от общих экономических рисков, типичных для рыночных отношений.¹¹⁷

Далее, необходимо учитывать, что реальное действие многих прав инвесторов уже и без специфического толкования, ориентированного на учет стадии развития принимающего государства, находится в зависимости от господствующих в нем условий. В качестве примера можно привести принцип защиты правомерных ожиданий как составной компонент «справедливого и равноправного режима». Функционально он сопоставим

¹¹⁷ Так со всей определенностью формулировка, например, в решении по делу *Emilio Agustín Maffezini v. Kingdom of Spain*, ICSID Case No. ARB/97/7, Award, 13.11.2000, пункт 64: «двусторонние соглашения о защите инвестиций не являются страховым полисом против неверных предпринимательских решений. Хотя это абсолютно верно, что в политике и практике присутствовали дефициты, которые преследовали SODIGA, а также ее сестринские компании в Испании в период, имеющий значение для данного дела. Однако, это не может быть понято таким образом, что эти дефициты избавляют инвестора от делового риска, неизбежно связанного с любой инвестиционной деятельностью».

с принципом «защиты доверия» (*Vertrauensschutz*) в немецком административном и конституционном праве.¹¹⁸ Возможности действительной реализации этого принципа, в существенной мере, зависят от правового регулирования и правовой практики, которые сложились и действуют в принимающем государстве на момент инвестирования.¹¹⁹ Инвестор, таким образом, может на законном основании ожидать исключительно преемственность в отношении тех правовых позиций, которые были предоставлены ему национальным правом соответствующего государства. Он не может поэтому подать иск против мер, которые, хотя и отличаются от оптимальных идеалов и стандартов, принятых в промышленно развитых странах, но являются обычной юридической практикой в государстве пребывания. Естественно, это действует только при условии, что эти меры не являются самоуправными (*willkürlich*) или не граничат с отказом суда в предоставлении надлежащей правовой защиты (*Rechtsschutzverweigerung*).

Кроме того, арбитражные трибуналы при толковании положений соглашений о защите инвестиций учитывают также и тот момент, принимаются ли принимающим государством (правительством) соответствующие меры во время серьезного государственного кризиса или же при относительно нормальном состоянии политического и экономического развития. Можно предположить, в частности, что в кризисных ситуациях принимающие государства имеют большую свободу действия, чем при нормальных условиях.¹²⁰ Наконец, состояние развитости

¹¹⁸ Более подробно по данному вопросу см., *S. Schill* (сноска 76), 46.

¹¹⁹ Более подробно см. *R. Dolzer*, Fair and Equitable Treatment: A Key Standard in Investment Treaties, *Int'l Law* 39 (2005), 87, 100 и далее; *G. Aguilar Alvarez/S. Montt*, Investments, Fair and Equitable Treatment, and the Principle of "Respect for the Integrity of the Law of the Host State": Toward a Jurisprudence of "Modesty" in Investment Treaty Arbitration, в: М. Н. Arsanjani/J. Katz Cogan/R. D. Sloane/S. Wiessner (Hrsg.), *Looking to the Future: Essays on International Law in Honor of W. Michael Reisman*, 2011, 579. со всей определенностью также формулировки в решении по делу *Fraport AG v. The Republic of the Philippines*, ICSID Case No. ARB/03/25, Award, 16.8.2007, пункт 402. Примерно в этом же направлении может быть интерпретировано решение по делу *White Industries v. India* (сноска 113).

¹²⁰ См., например, *National Grid v. Argentina* (сноска 82), пункт 166; *Metalpar S.A. and Buen Aire S.A. v. The Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/03/5, Award, 6.6.2008, пункт 201; *Duke Energy Electroquil Partners & Electroquil SA v. Republic of Ecuador*, ICSID Case No ARB/04/19, Award, 18.8.2008, пункт 347; см. также *Elettronica Sicula SpA (ELSI) Case (United States of America v. Italy)*, Judgment, 20.7.1989, ICJ Reports 1989, 15, пункт 74 («Очевидно, что право [контроля и управления компанией] не может быть истолковано как своего рода гарантия, что нормальное осуществление контроля и управления никогда не сможет быть нарушена. Каждая система права должна

принимающего государства имеет также определенное значение при исчислении возможной компенсации за ущерб, подлежащий возмещению вследствие принятых принимающим государством мер.

Так например, в решении по делу *American Manufacturing and Trading v. Zaire* арбитраж постановил, что хотя специфика местных условий не может быть учтена при правовой и фактической оценке правомерности действий принимающего государства,¹²¹ он признал одновременно, что состояние и уровень развития принимающей страны, тем не менее, находят свое выражение в оценке инвестиции, произведенной на основании исследования рынка:

АМТ хотел бы в принципе применить процедуру расчета ущерба, включая проценты, которая в нормальных условиях применяется в «идеальных» странах, в которых инвестиционный климат отличается высокой степенью стабильности, как например, в Швейцарии или в ФРГ. Арбитражный суд посчитал невозможным, положить в основу своего решения эту систему расчета ущерба и процентов в условиях, которые делают очевидным, что ситуация продолжает оставаться критической, и ни наступивший ущерб, ни упущенная выгода вообще не могут быть вообще рассчитаны на сколь-нибудь солидной основе, чтобы можно было примерно прогнозировать будущие прибыли или же увеличение либо расширение инвестирования. Было бы непрактично и неразумно применять в данном случае метод расчета размера компенсации, который так разительно удален от достойных внимания реалий современной ситуации.

Арбитраж считает более предпочтительным выбрать такой метод, который с учетом всех обстоятельств дела представляется наиболее разумным и реалистичным, отклоняя при этом любые новые методы расчета, которые бы способствовали неправомерному обогащению инвестора, принявшего правильно или неправильно решение об инвестировании в такую страну, как Заир с верой в то, что такое инвестирование сравнимо с постройкой замка в Испании или загородной виллы в Германии, при которых кстати вообще не существует никакого риска политического, а уж тем более экономического или финансового характера.¹²²

Все эти факторы позволяют обеспечить определенную гибкость в применении материальных стандартов правовой защиты инвестиций без того, чтобы уровень развития принимающего государства становился бы

предусмотреть, например, возможность для вмешательства и ограничений нормального осуществления прав во время чрезвычайного положения и аналогичных ситуаций.»).

¹²¹ *American Manufacturing and Trading, Inc. v. Zaire*, ICSID Case No. ARB/93/1, Award, 21.2 1997, пункт 6.04 и далее.

¹²² *American Manufacturing and Trading v. Zaire* (сноска 121), пункт 7.14 und 7.15.

одним из компонентов или критериев интерпретации материальных прав инвестора.

3. Объект и цели соглашений о защите инвестиций

Аргументы, связанные с проблематикой содействия развитию, в конечном итоге, играют также роль и в арбитражной практике при толковании объекта и целей КУИС и инвестиционных соглашений. Это особенно актуально и имеет особое значение в рамках телеологического толкования международно-правовых договоров. Даже если арбитражные суды, по общему правилу, видят непосредственную цель таких соглашений, в первую очередь, в защите иностранных инвестиций, они не игнорируют и выходящую за эти рамки перспективу содействия развитию. Так например, в решении по делу *Amco Asia v. Indonesia* МЦУИС установил, что «Конвенция [КУИС] направлена в равном объеме и с равной энергичностью как на защиту инвесторов, так и на защиту принимающего государства, не упуская при этом из внимания, что защита инвестиций имеет также целью защиту общих интересов развития и интересов развивающихся стран».¹²³

Также и при толковании инвестиционных договоров проблемы содействия развитию играют не второстепенную роль, выступая нередко как своего рода *telos* или конечная цель соглашений о защите инвестиций. Например, в контексте защиты законных ожиданий в рамках принципа справедливого и равноправного режима арбитраж в деле *Lemire v. Ukraine* на основании преамбулы применимого соглашения о защите инвестиций пришел к выводу, что *telos* соглашения не может изолированно рассматриваться исключительно как защита иностранных инвестиций, поскольку он выходит за рамки данной цели и подразумевает также содействие развитию принимающего государства.

Смысл и цель двустороннего соглашения о защите инвестиций, а именно они собственно и составляют третий критерий для толкования, описываются в его преамбуле: стороны «стремятся содействовать более тесному экономическому сотрудничеству между ними в отношении инвестиций граждан и компаний одной договаривающейся стороны на территории другой стороны» и признают, что двустороннее соглашение «способствует потоку частного капитала и экономическому развитию договаривающихся сторон». Основной целью двустороннего соглашения о защите инвестиций является, таким образом,

¹²³ *Amco Asia Corporation and Others v. Republic of Indonesia*, ICSID Case No. ARB/81/1, Decision on Jurisdiction, 25.9.1983, 1 ICSID Reports 389, 400, пункт 23.

стимулирование иностранных инвестиций и взаимосвязанного с ним потока капитала. Однако, данная цель преследуется не абстрактно, а является включенной в более общий контекст, а именно в контекст дальнейшего экономического развития обоих государств-участников. Экономическое развитие является той целью, достижение которой должно пойти на пользу всем, в первую очередь собственным гражданам и предприятиям, но также и иностранным инвесторам. Тем самым, смысл и цель договора состоит не в том, чтобы защитить исключительно иностранные инвестиции как таковые, но чтобы защитить их как средство развития национальной экономики. Потребности местного развития, в свою очередь, требуют, чтобы привилегированный режим для иностранцев подлежал взвешенной оценке в соотношении легитимным правом Украины, принимать норму и меры для защиты того, что она как суверенное государство понимает в качестве ее публичного интереса».¹²⁴

Даже если подобные ссылки на содействие развитию не являются общим правилом в арбитражной судебной практике, они показывают, что осознание фактора содействия развитию иностранных инвестиций вполне присутствует и в праве защиты инвестиций.

Тем не менее, следует констатировать, что более широкая дискуссия по проблематике соотношения защиты инвестиций и права развития практически отсутствует. Вызывает сомнение и представляется малоубедительным, прежде всего то, что в арбитражном разбирательстве аргумент развития регулярно приводится в качестве аргумента против защиты инвестиций. То обстоятельство, что защита инвестиций и содействие инвестированию, с одной стороны, и содействие развитию, с другой стороны, движутся в одном направлении, как это указывается в заключениях многих международных организаций, напротив, упоминается здесь едва ли. По этой причине, хотя использование в арбитражном разбирательстве аргументации, связанной с правом развития, можно только приветствовать, при этом следует, однако, избегать неверного понимания соотношения защиты инвестиций и развития как неразрешимый конфликт целей. Скорее наоборот, следует всемерно подчеркивать позитивный вклад инвестиций и права защиты инвестиций в развитие принимающих стран, как это сделал третейский суд в деле *Amco Asia v. Indonesia*. Высказываемые в инвестиционном арбитраже позиции, учитывающие проблематику развития, должны в большей степени использоваться в качестве довода в пользу защиты инвестиций, а не выступать, вместо этого, в качестве контраргумента этому.

¹²⁴ *Joseph Charles Lemire v. Ukraine*, ICSID Case No. ARB/06/18, Decision on Jurisdiction and Liability, 14.1.2010, пункт 272-273 (выделение в оригинале).

IV. Право защиты инвестиций: препятствие или структурный элемент устойчивого развития?

Поскольку основное внимание в дискуссии вокруг права защиты инвестиций уделяется практике инвестиционного арбитража, неудивительно, что право защиты инвестиций - в частности, его механизм урегулирования споров - стали в результате усиления активности арбитражных трибуналов предметом критики, которая нередко носит фундаментальный характер. Государства, инвесторы, неправительственные организации и правовая наука как в международном праве, так и в национальном публичном праве иногда ставят под вопрос уже сами легитимационные основы международного права защиты инвестиций. Эта критика может также быть понята как критика с позиций политики сотрудничества в целях развития, поскольку право защиты инвестиций рассматривается при этом как препятствие на пути устойчивого развития (1). Против такой критики, однако, можно возразить, что соглашения о защите инвестиций не ставят задачу защиты прав инвесторов выше конфликтующих с этим интересов третьих лиц или интересов достижения общего блага, но оставляют принимающим странам значительное пространство для нормативного регулирования (*Regulierungsspielraum*). Развитию, понимаемому как содействие автономно определенным интересам общественного блага соглашения о защите инвестиций, следовательно, не препятствуют (2). Напротив, соглашения о защите инвестиций и арбитражное разбирательство непосредственно между инвестором и государством сами по себе могут рассматриваться как часть дискуссии о надлежащем или эффективном правлении (*Good Governance-Debatte*), мотивированной политикой в целях развития, и, таким образом, как структурный элемент международного права развития (3).

1. Кризис легитимности права защиты инвестиций

Несмотря на резкий рост числа договоров о защите инвестиций и арбитражных разбирательств по инвестиционным спорам, общая оценка международного права защиты инвестиций, не является бесспорной. С одной стороны, современный облик этой области права приветствуется как беспрецедентный успех в сфере международного экономического права.¹²⁵

¹²⁵ В качестве типичного примера см. *T. W. Wälde, Improving the Mechanisms for Treaty Negotiation and Investment Disputes, Yearbook on International Investment Law & Policy 1 (2008-2009), 505, 506* («я рассматриваю неожиданное, быстрое и существенное

В частности, если сравнивать с дебатами о создании нового международного экономического порядка в 1970-х и 1980-х годах¹²⁶, то в значительной степени исчезли принципиальные идеологические разногласия по поводу необходимости и целесообразности международно-правовых стандартов в области защиты собственности.¹²⁷ С другой стороны, увеличение инвестиционных споров из соглашений о защите инвестиций, и, особенно, расширительное толкование прав инвесторов некоторыми третейскими судами и ряд принятых ими против государств решений, особо примечательных в финансовом отношении, привели к критике международного права защиты инвестиций. Она поддерживается многими государствами, инвесторами, неправительственными организациями, а также учеными-юристами.¹²⁸ В этом смысле в настоящее время речь уже начинает даже вестись о своего рода «кризисе легитимности» права защиты инвестиций.¹²⁹

Признаки этого кризиса усматриваются, например, в недавнем выходе ряда латиноамериканских стран из некоторых соглашений о защите инвестиций и из Конвенции об урегулировании инвестиционных споров

развитие инвестиционного арбитража в течение последних пятнадцати лет как абсолютный успех»).

¹²⁶ По данному вопросу см. *R. Dolzer* (сноска 44), 24 и далее.

¹²⁷ По данному вопросу см. *T. W. Wälde* (сноска 55). Тем не менее, последние развития в некоторых латиноамериканских государствах (см. ниже, сноска 130) нередко рассматриваются как свидетельство сохраняющихся как и прежде фундаментальных различий во взглядах. Однако, на фоне рассмотрения развития в мировых масштабах, речь может вестись, скорее, об исключениях, которые могут быть объяснены внутривнутриполитическим положением в соответствующих государствах.

¹²⁸ Более подробно по данному вопросу см. *C. N. Brower/S. Schill*, *Is Arbitration a Threat or a Boon to the Legitimacy of International Investment Law?*, *Chi. J. Int'l L.* 9 (2009), 471, 473 (m. w. N.). К вопросу о критике со стороны правовой теории см., в частности, Открытое Заявление о международном инвестиционном режиме от 31.8.2010, *Public Statement on the International Investment Regime*, 31.8.2010, <http://www.osgoode.yorku.ca/public_statement>.

¹²⁹ Более подробно по данному вопросу см., в частности, *M. Sornarajah*, *A Coming Crisis: Expansionary Trends in Investment Treaty Arbitration*, в: *K. P. Sauvant* (Hrsg.), *Appeals Mechanism in International Investment Disputes*, 2008, 39; *S. D. Franck*, *The Legitimacy Crisis in Investment Treaty Arbitration: Privatizing Public International Law Through Inconsistent Decisions*, *Fordham L. Rev.* 73 (2005), 1521; *A. Afilalo*, *Towards a Common Law of International Investment: How NAFTA Chapter 11 Panels Should Solve Their Legitimacy Crisis*, *Geo. Int'l Envtl. L. Rev.* 17 (2004), 51; *C. H. Brower*, *Structure, Legitimacy, and NAFTA's Investment Chapter*, *Vand. J. Transnat'l L.* 36 (2003), 37; *C. N. Brower/C. H. Brower/J. K. Sharpe*, *The Coming Crisis in the Global Adjudication System*, *Arbitration International* 19 (2003), 415.

между государствами и гражданами других государств.¹³⁰ С другой стороны, указывается и на то, что все чаще решения третейских судов и решения инвестиционных арбитражей государствами не выполняются.¹³¹ Определенную роль играет также и то, что многие страны, включая США, начали подвергать сомнению содержание соглашений о защите инвестиций и установленный ими механизм урегулирования споров и частично изменять их в направлении усиления возможностей вмешательства со стороны государства.¹³² Однако, и в рамках Европейского Союза, в ходе ведущихся в настоящее время дебатов о направленности и содержании будущей политики Евросоюза в области инвестиций и о будущем статусе соглашений о защите инвестиций государств-членов Евросоюза, также раздаются критические голоса относительно международного права защиты инвестиций.¹³³

Принимающие государства выражают, в частности, озабоченность сокращением их прав в области законодательного и административного регулирования. Угрозу своим полномочиям они видят, прежде всего, в возможностях расширительного толкования многочисленных неопределенных юридических понятий, содержащихся в соглашениях о защите инвестиций, арбитрами, которые к тому же не обладают

¹³⁰ 3.11.2007 Боливия официально вышла из КУИС. См. *Bolivia Denounces ICSID Convention*, ILM 46 (2007), 973. Парламент Эквадора 12.6.2009 также принял решение о выходе из Конвенции. В дополнение к этому, 30.4.2008 Венесуэла, в свою очередь, заявила о своем намерении к 1.11.2008 прекратить действие Голландско-Венесуэльского двустороннего соглашения по инвестициям; более подробно по данной теме см. *L. E. Peterson* (Hrsg.), *Investment Arbitration Reporter*, 16.5.2008, <<http://www.iareporter.com/Archive/IAR-05-16-08.pdf>>. Кроме того, 24.1.2012 Венесуэла к тому же вышла из КУИС; см. *ICSID News Release* от 26.1.2012, <<http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=CasesRH&actionVal=OpenPage&PageType=AnnouncementsFrame&FromPage=Announcements&pageName=Announcement100>>.

¹³¹ Более подробно по данному вопросу см. *L. Mistelis/C. Baltag*, *Recognition and Enforcement of Arbitral Awards and Settlement in International Arbitration: Corporate Attitudes and Practices*, *Am. Rev. Int'l Arbitration* 19 (2009), 319, 354 и далее; см. также *C. Baltag*, *Enforcement of Arbitral Awards Against States*, *Am. Rev. Int'l Arbitration* 19 (2009), 391.

¹³² Более подробно см. *G. Gagné/J.-F. Morin*, *The Evolving American Policy on Investment Protection: Evidence from Recent FTAs and the 2004 Model BIT*, *JIEL* 9 (2006), 357, 363; *S. M. Schwebel*, *The United States 2004 Model Bilateral Investment Treaty: An Exercise in the Regressive Development of International Law*, *Transnational Dispute Management* 3 (2006), 1, 3 и далее; *M. Kantor*, *The New Draft Model U.S. BIT: Noteworthy Developments*, *J. Int. Arb.* 21 (2004), 383, 385.

¹³³ Особенно критически в этом отношении высказался, в частности, Европейский Парламент, см. его постановление по вопросам будущей европейской политики в области иностранных инвестиций, 2010/2203(INI), 6.4.2011.

необходимой демократической легитимацией.¹³⁴ Они опасаются, что их суверенные права окажутся недопустимым образом ограничены вердиктами арбитражных инстанций и, более того, что арбитражному контролю будут подвергнуты решения демократически избранных законодательных органов. Также и неправительственные организации критикуют недостаточную демократическую легитимацию органов арбитражного производства и отсутствие возможностей участия в разбирательстве заинтересованных третьих лиц. В целом, критике также подвергается существующая опасность, что международные арбитражи односторонне отдадут интересам инвесторов приоритет по сравнению с конкурирующими интересами всеобщего блага или интересами третьих лиц. Помимо этого, и государства, и инвесторы высказывают неудовлетворение по поводу отсутствия устойчивой и предсказуемой арбитражной практики, так как едва ли существуют институциональные механизмы, которые бы обеспечивали единообразие и последовательность при толковании неопределенных юридических понятий в инвестиционных соглашениях. В результате этого арбитражи нередко принимают непоследовательные и противоречивые решения.

Подобная неудовлетворенность правом защиты инвестиций может также восприниматься как критика с позиций политики в целях развития, особенно в тех случаях, когда защита инвестиций становится помехой для устойчивого развития. Так например, многочисленные неопределенные правовые понятия, использованные в соглашениях, дают основания для опасений, что третейские суды могут воспользоваться этим, чтобы в интересах защиты инвесторов слишком сильно ограничивать государственные меры по защите окружающей среды прав человека, социальных стандартов или условий труда или меры по преодолению финансовых кризисов, игнорируя при этом интересы общего блага. Устойчивое развитие страдает здесь как с точки зрения самоопределения принимающих стран и защиты сложившихся автономных социальных структур, а также с точки зрения барьеров, которые может представлять защита инвестиций для мер по защите окружающей среды и прав человека.

¹³⁴ Более подробно по данному вопросу см. *G. Van Harten*, *Investment Treaty Arbitration and Public Law*, 2007, 152 и далее. *Zur Gefährdung der Demokratie durch das Investitionsschutzrecht* смотри также *D. Schneiderman*, *Constitutionalizing Economic Globalization: Investment Rules and Democracy's Promise*, 2008; *G. Mayeda*, *Investing in Development: The Role of Democracy and Accountability in International Investment Law*, *Alberta L. Rev.* 46 (2009), 1009. К вопросу о критике права защиты инвестиций см. также *J. E. Alvarez*, *The Public International Law Regime Governing Foreign Investment*, *RdC* 344 (2009), 193, 246 и далее.

Кроме этого, негативное отношение к существующей системе международного права защиты инвестиций было частично воспринято и в правовой теории.¹³⁵ При этом подходы к решению обозначаемых здесь проблем и проекты предлагаемых реформ идут в самых различных направлениях. Нередко они фокусируются на институциональной реорганизации инвестиционного арбитражного производства, так как многочисленные критики рассматривают его структуры как наиболее проблематичный элемент международного инвестиционного права. В отдельных случаях предлагается и радикальный вариант, состоящий в полном отказе от нынешней системы международной защиты инвестиций.¹³⁶ В целом же высказываются самые различные предложения, начиная с возврата к чисто межгосударственному механизму разрешения споров¹³⁷ и введения ревизионной инстанции для контроля решений инвестиционных арбитражей¹³⁸ и вплоть до учреждения Постоянного Международного Инвестиционного Суда¹³⁹. С одной стороны, все эти инициативы нацелены на достижение единообразного применения правовых норм в международном праве защиты инвестиций. С другой стороны, они призваны обеспечить государствам необходимое и достаточное пространство для принятия ими мер по содействию и реализации автономных интересов в целях общественного блага. В этом смысле предлагаемые институциональные реформы направлены на сокращение обоюдных барьеров между защитой инвестиций и интересами международного сообщества в устойчивом развитии.

Однако, вопрос встает не только том, насколько такие предложения вообще являются политически реализуемыми, но и о том, находятся ли они в интересах большинства или значительного меньшинства государств. Ибо,

¹³⁵ См. напр., отдельные разделы в *M. Waibel/A. Kaushal/K.-H. Liz Chung/C. Balchin* (Hrsg.), *The Backlash Against Investment Arbitration*, 2010.

¹³⁶ См. выше, сноска 130.

¹³⁷ В пользу ограничения инструментами межгосударственного разрешения споров решило, например, Соглашение о свободной торговле между Австралией и США. По данному вопросу см. *W. S. Dodge*, *Investor-State Dispute Settlement Between Developed Countries: Reflections on the Australia-United States Free Trade Agreement*, *Vand. J. Transnat'l L.* 39 (2006), 1. Это стало в настоящее время общей официальной доктриной в австралийской политике. См. *Gillard Government Trade Policy Statement Australia*, <<http://www.dfat.gov.au/publications/trade/trading-our-way-to-more-jobs-and-prosperity.pdf>>. Более подробно по данному вопросу см. *L. R. Nottage*, *The Rise and Possible Fall of Investor-State Arbitration in Asia: A Skeptic's View of Australia's "Gillard Government Trade Policy Statement"*, *Transnational Dispute Management* 8 (2011); *L. E. Trakman*, *Investor State Arbitration or Local Courts: Will Australia Set a New Trend?*, *JWT* 46 (2012), 83.

¹³⁸ В этом же направлении, например, *S. D. Franck* (сноска 129), 1617 и сл.).

¹³⁹ Такого же мнение, например, *G. Van Harten* (сноска 134), 180 и сл.

хотя немало государств занимают в принципе открытую позицию в отношении пунктуальных, четко сформулированных и ограниченных поправок международного режима инвестиций или даже активно поддерживают их,¹⁴⁰ подавляющее большинство, как представляется, удовлетворено, в целом, существующей ныне системой. Соглашения о защите инвестиций продолжают заключаться и дальше, а что касается КУИС, то к ней присоединяется больше государств, чем из нее выходит. Это свидетельствует о том, что арбитраж между инвестором и государством в значительной степени соответствует представлениям международного сообщества государств, включая мене развитые и развивающиеся страны, о легитимных механизмах разрешения споров.

Тем не менее, система международной защиты инвестиций и в дальнейшем будет оставаться уязвимой для критических требований большей прозрачности, предсказуемости и учета общественных (публичных) интересов. При этом степень признания государствами всей системы будет зависеть, прежде всего, от того, как будут толковаться положения соответствующих инвестиционных соглашений. Ключевое значение имеет вопрос, оставляют ли эти соглашения государствам достаточную свободу действий для реализации и защиты интересов общественного блага и интересов третьих лиц. В этом смысле представляется довольно спорным, что соглашения о защите инвестиций действительно являются препятствием на пути устойчивого развития, особенно в плане возможностей развивающихся государств самостоятельно определять интересы общественного блага и способы их реализации.

2. Защита инвестиций и самоопределение

Критики международного права защиты инвестиций регулярно указывают на использование в инвестиционных соглашениях большого числа неопределенных юридических понятий. Это, по мнению некоторых из них, открывает для арбитражей широкие возможности ограничивать осуществление принимающими государствами функций правового регулирования в публичных интересах, например, в целях охраны окружающей среды, защиты прав человека, трудовых и социальных стандартов, либо в ответ на чрезвычайные ситуации. Этот аспект относится к пониманию принципов устойчивого развития как элемент политики самоопределения, а также защиты и сохранения сложившихся социальных

¹⁴⁰ См. сноска 98.

структур. Обвинения критиков сводятся здесь, в первую очередь, в том, что соглашения о защите инвестиций отдают одностороннее предпочтение интересам собственников и инвесторов в ущерб любым конкурирующим интересам. Утверждается, соответственно, что арбитражи принимают в этом смысле односторонние, субъективные решения, защищая, прежде всего, интересы инвесторов.¹⁴¹

Если опираться на реальную арбитражную практику, то обоснованность подобных обвинений, представляется, впрочем, весьма сомнительной. Третейские суды, особенно в последнее время, также и независимо от четких положений инвестиционных договоров, допускающих вмешательство принимающего государства, последовательно используют в своих решениях новую стратегию аргументации. При этом не только учитываются интересы, вступающие в конфликт с защитой инвестиций, но и признается значительная свобода усмотрения принимающего государства, в рамках которой его вмешательство может рассматриваться, как соразмерное. То же самое действует, когда государства оправдывают принятие оспариваемых инвесторами мер необходимостью исполнения обязательств по какому-либо другому международному соглашению.¹⁴² В этом отношении арбитражные суды все чаще используют инструмент «теста на пропорциональность» (*Verhältnismäßigkeitsprüfung*). Это особенно хорошо видно на примере применения ими принципа справедливого и равноправного режима (*gerechte und billige Behandlung*), а также и в связи с концепцией косвенной экспроприации (*indirekte Enteignung*).

Так, решение арбитражного суда в деле *Tecmed v. Mexico* при определении понятия косвенной экспроприации в большой степени опиралось на практику Европейского суда по правам человека в области (ЕСПЧ) применения Первого Дополнительный протокола к Европейской конвенции по правам человека. В частности, арбитраж использовал развитый в практике ЕСПЧ «тест на пропорциональность», чтобы

¹⁴¹ *G. Van Harten* (сноска 134), 167 и далее.

¹⁴² Более подробно по данному вопросу см. *B. Kingsbury/S. Schill*, *Public Law Concepts to Balance Investors' Rights with State Regulatory Actions in the Public Interest – The Concept of Proportionality*, в: *S. Schill* (сноска 74), 75; *A. Stone Sweet*, *Investor-State Arbitration: Proportionality's New Frontier*, *Law & Ethics of Human Rights* 4 (2010), <<http://www.bepress.com/lehr/vol4/iss1/art4>>; *E. M. Leonhardsen*, *Looking for Legitimacy: Exploring Proportionality Analysis in Investment Treaty Arbitration*, *Journal of International Dispute Settlement* 3 (2012), 95; *C. Henckels*, *Indirect Expropriation and the Right to Regulate: Revisiting Proportionality Analysis and the Standard of Review in Investor-State Arbitration*, *JIEL* 15 (2012), 223.

определить условия, при которых приемлемые меры, которые осуществляются без выплаты компенсации, переходят в экспроприацию, подлежащую обязательному возмещению ущерба.¹⁴³ В соответствии с такой трактовкой только непропорциональное вмешательство влечет за собой обязанности по выплате компенсации.

Также и при толковании принципа справедливого и равноправного режима арбитражные суды все шире применяют принцип пропорциональности. Так в решении по делу *Saluka v. Czech Republic суд отметил*, «установление нарушения принципа обеспечения справедливого и равноправного режима предполагает взвешенную оценку между легитимными и оправданными ожиданиями истца, с одной стороны, и оправданным интересе ответчика в установлении нормативного регулирования, с другой».¹⁴⁴

Аналогичное по смыслу решение вынес третейский суд по делу *Lemire v. Ukraine*, решив, что для установления факта нарушения принципа справедливого и равноправного режима необходимо дать правовую оценку соотношения между интересами инвестора и «другими юридически значимыми интересами ..., [включая] суверенные права государства устанавливать законодательство и принимать решения в целях защиты своих публичных интересов, в особенности, если они не несут с собой непропорционально негативные воздействия для иностранных инвесторов».¹⁴⁵

¹⁴³ *Tecnicas Medioambientales Tecmed S.A. v. The United Mexican States*, ICSID Case No. ARB (AF)/00/2, Award, 29.5.2003, пункт 122; в этом же направлении *LG&E Energy Corp, LG&E Capital Corp, LG&E International Inc. v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/02/1, Decision on Liability, 3.10.2006, пункт 194; *Total S.A. v. The Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/04/1, Decision on Liability, 27.12.2010, пункт 197; *El Paso Energy International Company v. The Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/03/15, Award, 31.10.2011, пункт 241-243.

¹⁴⁴ *Saluka Investments BV v. The Czech Republic*, UNCITRAL, Partial Award, 17.3.2006, пункт 306; в этом же направлении *BG Group Plc. v. The Republic of Argentina*, UNCITRAL, Final Award, 24.12.2007, пункт 298; *National Grid v. Argentina* (сноска 82), пункт 175, *El Paso v. Argentina* (сноска 143), пункт 373.

¹⁴⁵ *Lemire v. Ukraine* (сноска 124), пункт 285. См. также *Total v. Argentina* (сноска 143), пункт 123 («Установление нарушения стандарта требует, следовательно, «взвешенного учета разумных и легитимных ожиданий истца, с одной стороны, и легитимных интересов ответчика в принятии нормативного регулирования, с другой». Таким образом, оценка справедливости действий принимающего государства по отношению к инвестору не может быть произведена изолированно лишь на основе рассмотрения их двусторонних отношений. Контекст развития экономики принимающей страны, обоснованность нормативных мер, ставших предметом жалобы,

Список подобных примеров из практики арбитражных судов может быть продолжен. Важным представляется, однако, прежде всего, то обстоятельство, что арбитражи ни в коем случае не принимают только лишь односторонние решения в пользу подавших иски инвесторов и не имеют в виду исключительно защиту их интересов. Уже чисто по эмпирическим соображениям подобное утверждение вряд ли можно считать состоятельным.¹⁴⁶ Оно также находится в явном противоречии с методологическим инструментарием и с используемым инвестиционными арбитражами аргументативным арсеналом, при помощи которых оценивается и достигается взвешенный баланс между интересами инвесторов и противоречащими им публичными и частными интересами. Правовая практика защиты инвестиций, таким образом, ясно показывает, что соглашения о защите инвестиций и инвестиционный арбитраж также в достаточной мере учитывают понимание развития как самоопределения. Они далеки от того, чтобы односторонне отдавать приоритет интересам иностранных инвесторов по отношению к соображениям общественного блага. В той же малой степени соглашения о защите инвестиций ограничивают возможности принимающего государства реализовать политику перераспределения через налоги в той мере, в какой сохраняется надлежащий баланс между бременем налогообложения и экономической свободой.¹⁴⁷

В целом, инвестиционные соглашения предоставляют достаточный потенциал для достижения целей самоопределения и устойчивого развития. Сбалансированное соотношение между защитой публичных интересов и защитой инвестиций могут быть, таким образом, реализованы в существующих рамках институциональных структур и без фундаментальных изменений сложившегося режима защиты и предусмотренного им механизма урегулирования споров. Более того, право защиты инвестиций, как будет показано ниже, может рассматриваться в качестве активного компонента и элемента международного права развития (*Entwicklungsvölkerrecht*).

и их адекватность в свете критерия пропорциональности также должны быть приняты во внимание.»).

¹⁴⁶ Более подробно см. *S. D. Franck*, Empirically Evaluating Claims about Investment Treaty Arbitration, N.C. L. Rev. 86 (2007), 1.

¹⁴⁷ Более подробно по данному вопросу см. *C. Tietje/K. Kampermann*, Taxation and Investment: Constitutional Law Limitations on Tax Legislation in Context, в: *S. Schill* (сноска 74), 569.

3. Защита инвестиций и стандарты эффективного управления (Good Governance)

До сих пор реакция на критику, ставящую под сомнение легитимность права защиты инвестиций, которая доказывала бы необходимость сохранения существующей системы, находится все еще в зачаточном состоянии.¹⁴⁸ Цель подобного подхода должна заключаться в исследовании и правовой оценке арбитражной практики, а также ее ориентации в направлении, которое служило бы поддержанию и стабилизации системы, и отвечало бы легитимным требованиям, предъявляемым внешней средой. Кроме того, давление, вызванное необходимостью реформ, могло бы таким образом канализоваться и нейтрализовываться на внутрисистемном уровне. Это имеет то преимущество, что удается сохранить доверие иностранных инвесторов к инвестиционному арбитражу, и одновременно ответить на критику международного права защиты инвестиций. Такому подходу и следует обозначенное в настоящей статье понимание права защиты инвестиций в качестве важного структурного элемента международного права развития.

Подобное понимание может быть проиллюстрировано на примере арбитражной практики, касающейся действия в праве защиты инвестиций принципа справедливого и равноправного режима. Эта практика посредством публично-правового сравнительного подхода может быть приведена во взаимодействие с принципом правового государства, который в рамках концепции эффективного управления играет центральную роль в усилиях многих организаций, оказывающих содействие в целях развития. Параллельно с теми субэлементами, которые в различных государственных и надгосударственных правовых порядках понимаются как выражение принципа правовой государственности, арбитражная практика, касающаяся справедливого и равноправного режима, может быть классифицирована следующим образом. Во-первых, - это требование правовой безопасности, предсказуемости и определенности. Во-вторых, - это принцип законности действий исполнительных органов и подчинения суда закону. В-третьих - это т.н. «принцип защиты доверия» (*Vertrauensschutz*). В-четвертых, - это фундаментальные требования обеспечения правовой государственности в

¹⁴⁸ См., однако, попытку реконцептуализации права защиты инвестиций в качестве публичного права в *S. Schill* (сноска 74). К вопросу об аналогичном, в целом, подходе, в соответствии с которым, феномен осуществления публичной власти на надгосударственном уровне рассматривается с точки зрения подходов публичного (государственного) права см. *A. von Bogdandy/R. Wolfrum/J. von Bernstorff/P. Dann/M. Goldmann* (Hrsg.), *The Exercise of Public Authority by International Institutions – Advancing International Institutional Law*, 2010.

административном и судебном процессе. В-пятых, - это защита против произвола и дискриминации. В-шестых, - это правовая ясность и транспарентность. И, наконец, - это учет принципа пропорциональности.¹⁴⁹

Понимание принципа справедливого и равноправного режима в качестве выражения принципа правовой государственности может, однако, рассматриваться не только как последующая реконструкция арбитражной практики, но само по себе восприниматься в качестве важной цели соглашений о защите инвестиций, которая тесно связана с содействием развитию. Для этого должны быть выполнены определенные условия. В частности, дискуссия о соотношении между институтами правового государства и развитием, ведущаяся с точки зрения институциональной экономики, должна быть связана с центральной темой международного права защиты инвестиций, а именно проблематикой содействия принимающему государству в развитии путем защиты и поощрения иностранных инвестиций.

При этом важно, прежде всего, подчеркнуть неразрывную внутреннюю связь между правом инвестиций и развитием. Цели инвестиционных соглашений, а именно защита и содействие инвестициям, находят свое выражение не только в названиях соответствующих двусторонних договоров о защите и *поощрении* инвестиций и во многих преамбулах к этим соглашениям.¹⁵⁰ Скорее, пожалуй, все право защиты инвестиций в целом встраивается в выходящий за эти рамки контекст развития. Так, в преамбуле КУИС четко устанавливается связь между экономическим развитием и защитой частных иностранных инвестиций.¹⁵¹ Кроме того, взаимодействие права защиты инвестиций и политики в целях развития является также и результатом того обстоятельства, что разработка и принятие КУИС были осуществлены под эгидой Всемирного Банка.¹⁵² На этом фоне становится ясно, что конечная цель (*telos*) международного права защиты инвестиций заключается не только в защите интересов иностранных инвесторов, но и в том, чтобы служить интересам

¹⁴⁹ По данной теме более подробно см. *S. Schill, Fair and Equitable Treatment, the Rule of Law, and Comparative Public Law*, в: *S. Schill* (сноска 74), 151.

¹⁵⁰ См. *R. Dolzer/M. Stevens* (сноска 68), 11 и далее, 20 и далее. К вопросу соединению защиты инвестиций с поощрением инвестиций посредством устранения инвестиционных барьеров см. также *K. J. Vandeveld, The Economics of Bilateral Investment Treaties*, *Harv. Int'l L. J.* 41 (2000), 468, 478 и далее.

¹⁵¹ См. преамбулу КУИС.

¹⁵² Более подробно по данному вопросу см. *A. Broches, The Convention on the Settlement of Investment Disputes Between States and Nationals of Other States*, *RdC 136* (1972-II), 331, 343.

принимающих стран и международного сообщества в обеспечении экономического развития.

С этим связан вопрос о том, как должны быть нормативно оформлены отношения между государствами и инвесторами, чтобы иметь положительный эффект и с точки зрения развития принимающих стран. И более конкретно: как должны толковаться и применяться довольно общие и расплывчатые предписания соглашений о защите инвестиций? Ответ на этот вопрос может быть найден при помощи конструкций, предложенных в рамках концепции «институциональной экономики». Если говорить несколько упрощенно, то предметом институциональной экономики является исследование взаимосвязи между институтами, рынком и экономическим ростом. При этом под институтами понимаются «правила игры, принятые в обществе или, в более формальном отношении, ... устроенные человеком ограничения, формирующие человеческие взаимоотношения».¹⁵³

Это предполагает важное ограничение круга действующих субъектов (акторов) выдвигаемыми требованиями определенной продолжительности и стабильности их существования и деятельности.¹⁵⁴ Они включают в себя правовые ограничения для действий отдельного индивида, но, в равной степени, также и правовые ограничения в отношении осуществления публичной власти. Институты и учреждения, имеют, тем самым, два основных направления деятельности, а именно - с одной стороны, предотвратить анархию индивида, с другой стороны, предотвратить диктатуру публичной власти.¹⁵⁵ Институты являются, таким образом, необходимым условием для функционирования рынков, поскольку они являются структурами, стимулирующими экономический, социальный и политический обмен и коммуникацию между различными акторами.¹⁵⁶ Именно в этом смысле, правовая государственность является институтом, который ограничивает действия государства и является важной предпосылкой для функционирования рынков.

¹⁵³ По данному вопросу см *D. C. North, Institutions, Institutional Change, and Economic Performance*, 1990, 3.

¹⁵⁴ *E. L. Glaeser/R. La Porta/F. Lopez-de-Silanes/A. Shleifer, Do Institutions Cause Growth?*, *Journal of Economic Growth* 9 (2004), 271, 275.

¹⁵⁵ *S. Djankov/E. L. Glaeser/R. La Porta/F. Lopez-de-Silanes/A. Shleifer, The New Comparative Economics*, *Journal of Comparative Economics* 31 (2003), 595.

¹⁵⁶ *D. C. North* (сноска 153), 3.

В этом контексте для решения вопроса о толковании и применении соглашений о защите инвестиций, в том числе принципа справедливого и равноправного режима, показательной является, в частности, институционально-экономическая дискуссия о причинах недоразвитости. Так, важное направление в институциональной экономике исходит из того, что наличие и качество институтов, включая фактор правовой государственности, представляет собой решающий фактор, которым могут быть объяснены различия в уровнях развития соответствующих национальных экономик.¹⁵⁷ С микроэкономической точки зрения легко увидеть, что наличие и функционирование элементов правовой государственности в принимающей стране является важным фактором для индивидуальных инвестиционных решений. По данным исследования, проведенного Всемирным Банком, инвесторы ставят свои инвестиционные решения, в первую очередь, в зависимость от надежности и авторитета принимающего государства, а также его способности создать на практике ясные, предсказуемые и стабильные правовые рамки для инвестиций. Или, иными словами: речь идет, в конечном счете, об их способности реализовывать принципы правового государства.¹⁵⁸ И наоборот, отсутствие гарантий правовой государственности действует как барьер на пути инвестиций. В то же время, однако, необходимо учитывать, что право защиты инвестиций является лишь одним из многих факторов, которые оказывают влияние на решения об инвестировании капитала.¹⁵⁹

Однако, помимо этого, правовая государственность оказывает влияние на экономический рост и развитие также и с макроэкономической точки зрения. Связь между качеством правовой и административной системы и экономическим развитием и ростом была признана уже Максом Вебером (*Max Weber*), а затем стала основой для движения «закон и развитие» (*law and development*), особо активного, в первую очередь, в США.¹⁶⁰ Представители данного движения рассматривали «современное право ... в качестве функциональной предпосылки индустриальной экономики

¹⁵⁷ D. Acemoglu/J. A. Robinson/S. Johnson, Institutions as the Fundamental Cause of Economic Growth, в: P. Aghion/S. N. Durlauf (Hrsg.), Handbook of Economic Growth, vol. 1A, (2005), 385, 389.

¹⁵⁸ World Bank, World Development Report – The State in a Changing World 5 (1997), 34 и далее.

¹⁵⁹ Daneben spielen die Qualität staatlicher Gerichte, des Gesellschaftsrechts, des Steuerrechts, etc. eine maßgebliche Rolle.

¹⁶⁰ M. Weber, Wirtschaft und Gesellschaft – Grundriss der verstehenden Soziologie, 4. Aufl. 1956. См. dazu D. Trubek, Toward a Social Theory of Law: An Essay in the Study of Law and Development, Yale L. J. 82 (1972) 1, 11 и далее.

(*industrial economy*)»¹⁶¹ и при этом особое значение придавали принципам правового государства.¹⁶²

Если в последующий период популярность этого движения несколько снизилась, то в настоящее время оно, тем не менее, получило в правовой теории новый импульс в виде движения за «новое развитие права и экономики» (*New Law and Economic Development*)¹⁶³ Не в последнюю очередь, это связано с более глубоким пониманием взаимосвязи между правом и развитием в рамках т.н. «Новой институциональной экономики» (*Neue Institutionenökonomik*). Ее сторонники особенно выделяют значение основанной на принципах правовой государственности и функционирующей надлежащим образом правовой системы для обеспечения экономического роста и развития. В частности, *Ричард Познер* (*Richard Posner*) указывает на «эмпирические свидетельства, которые показывают, что верховенство закона вносит вклад в богатство нации и способствует ускорению темпов ее экономического роста».¹⁶⁴ Также и более теоретически ориентированные исследования приходят, в принципе, к аналогичному выводу.¹⁶⁵ Помимо этого, аналитические модели и

¹⁶¹ D. Trubek (сноска 160), 6 и далее.

¹⁶² По данному вопросу см. *D. Trubek/M. Galanter*, *Scholars in Self-Estrangement: Some Reflections on the Crisis in Law and Development Studies in the United States*, *Wis. L. Rev.* 49 (1974), 1062, 1071; смотри также *D. Trubek* (сноска 160), 6 и далее (с дальнейшими ссылками).

¹⁶³ См. *D. Trubek* (Hrsg.), *The New Law and Economic Development*, 2006; *K. Davis/M. Trebilcock*, *The Relationship Between Law and Development*, *Am. J. Comp. L.* 56 (2008), 895.

¹⁶⁴ *R. A. Posner*, *Creating a Legal Framework for Economic Development*, *The World Bank Research Observer* 13 (1998), 1, 3. Ferner *H. de Soto*, *The Other Path*, 1989; *J. Bradford De Long/A. Shleifer*, *Princes and Merchants: European City Growth Before the Industrial Revolution*, *J. L. & Econ.* 36 (1993), 671; *T. Besley*, *Property Rights and Investment Incentives: Theory and Evidence from Ghana*, *Journal of Political Economy* 103 (1995), 903; *W. Easterly/R. Levine*, *Africa's Growth Tragedy: Policies and Ethnic Divisions*, *Quarterly Journal of Economics* 112 (1997), 1203; *W. Easterly/R. Levine*, *Tropics, Germs, and Crops: How Endowments Influence Economic Development*, *Journal of Monetary Economics* 50 (2003), 3; *S. Knack/P. Keefer*, *Institutions and Economic Performance: Cross-Country Tests Using Alternative Institutional Measures*, *Economics & Politics* 7 (1995), 207; *D. Acemoglu/S. Johnson/J. A. Robinson*, *The Colonial Origins of Comparative Development: An Empirical Investigation*, *American Economic Review* 91 (2001), 1369; *D. Rodrik/A. Subramanian/F. Trebbi*, *Institutions Rule: The Primacy of Institutions Over Geography and Integration in Economic Development*, *Journal of Economic Growth* 9 (2004), 131.

¹⁶⁵ *F. A. Hayek*, *The Constitution of Liberty*, 1960; *M. Olson*, *The Logic of Collective Action*, 1965; *M. Olson*, *Power and Prosperity: Outgrowing Communist and Capitalist Dictatorships*, 2000; *H. Demsetz*, *Towards a Theory of Property Rights*, *American Economic Review* 57 (1967), 347; *D. C. North*, *Structure and Change in Economic History*, 1981, 201 и далее.; *D. C. North* (сноска 153), 3; *R. A. Posner*, *Equality, Wealth, and Political Stability*,

рекомендации «Новой институциональной экономики» освоил для себя и Всемирный Банк. Они находят отражение, прежде всего, в его «Программе правовых реформ»¹⁶⁶, а также в принципах «эффективного правления» (*Good Governance*), провозглашенных Всемирным Банком в качестве одной из целей развития. В свою очередь, модель «эффективного правления» включает в себя в качестве структурного компонента принципы правового государства.¹⁶⁷

Естественно, споры о том, существуют ли между принципами правового государства, с одной стороны, и развитием, с другой, причинно-следственные связи, или же эффективные правовые институты, скорее, являются результатом предыдущего экономического развития, еще далеки от завершения.¹⁶⁸ Тем не менее, как раз в области иностранных инвестиций представляется очевидным, что наличие стабильных и нормально функционирующих институтов является важным критерием для принятия иностранными инвесторами решений об инвестициях. Соответственно, эти представления могут и должны учитываться при применении соглашений о защите инвестиций в арбитражной практике.

В свете этого, соглашения о защите инвестиций, основное назначение которых состоит в содействии позитивному экономическому развитию принимающих государств посредством защиты и поощрения иностранных инвестиций, могут квалифицироваться и как направленные на обеспечение принципов правовой государственности. Это, соответственно, также позволяет понимать принцип справедливого и равноправного режима как выражение принципа правового государства и применять его в качестве

Journal of Law, Economics & Organization 13 (1997). 344; R. J. Barro, Economic Growth in a Cross Section of Countries, Quarterly Journal of Economics 106 (1991), 407; G. W. Scully, The Institutional Framework and Economic Development, Journal of Political Economy 96 (1988), 652.

¹⁶⁶ Скорее с критикой по данному вопросу L. Tshuma, The Political Economy of the World Bank's Legal Framework for Economic Development, Social and Legal Studies 8 (1999), 75.

¹⁶⁷ См. World Bank, Governance and Development, 1992, 28.

¹⁶⁸ См. E. L. Glaeser et al (сноска 154) (отрицая при этом причинно-следственную взаимосвязь и подчеркивая, вместо этого, значение т.н. «человеческого капитала»); W. Easterly/R. Levine (сноска 164) (подчеркивая значение географического фактора). В отличие от этого, в поддержку идеи о наличии причинно-следственной связи D. Rodrik et al (сноска 164); D. Acemoglu et al (сноска 164), 1395. См. также D. C. North, Economic Performance Through Time, American Economic Review 84 (1994), 359, 366.

масштаба поведения принимающих стран, опираясь на опыт и выводы, подкрепленные публично-правовой компаративистикой.¹⁶⁹

То же самое действует и в отношении других прав инвесторов, например, обеспечения защиты от безвозмездных экспроприаций, предоставления национального режима или режима наибольшего благоприятствования. Также и эти принципы являются, в конечном счете, проявлением государства, действующего в соответствии с принципами правовой государственности, которое соблюдает права собственников и свободы своих граждан и ограничивает их лишь при наличии преобладающего публичного интереса. Они представляют собой такие структуры правового государства, которые необходимы для роста частных инвестиций и достижения целей устойчивого развития.

В этой связи, содействие развитию таких структур является не только целью договоров о защите инвестиций. Скорее оно должно лежать и в основе всей практики арбитражного производства в целом. Только в этом случае, применяемое соответствующим образом в арбитражной практике право защиты инвестиций, которое нуждается в структурах правового государства и одновременно поддерживает их, может пониматься как составная часть международного права развития, направленного на обеспечение устойчивого развития. Это позволяет преодолеть понимание взаимоотношения между защитой инвестиций и развитием, которое основано на концепции конфликта их целей. Одновременно это открывает перспективу, в рамках которой право защиты инвестиций также и на уровне правовой доктрины может рассматриваться в качестве одного из элементов международного права развития и именно в таком виде может быть приведено к его практическому применению.

V. Заключение и прогноз

С экономической точки зрения инвестиции и развитие предстают как тесно взаимосвязанные явления. Особенно обеспечение устойчивого развития является трудно представимым без инвестиций, включая

¹⁶⁹ Тем не менее, остаются проблемы, связанные с вопросом о том, какое значение правовая государственность как юридический термин имеет в контексте развития. По данной теме более подробно см. *T. Ringer, Development, Reform, and the Rule of Law: Some Prescriptions for a Common Understanding of the "Rule of Law" and Its Place in Development Theory and Practice, Yale Human Rights & Development Law Journal 10 (2007), 178.*

иностранные инвестиции. В частности, лишь только в этих условиях может быть достигнут переход на экологически чистые технологии, который не нанесет ущерба для экономического, культурного и социального развития. Тем не менее, научно-правовая дискуссия о взаимосвязи между инвестициями и развитием именно на уровне международного права ведется до сих пор недостаточно систематически и методично. Скорее наоборот, она характеризуется, прежде всего, изолированностью и поляризацией. Международное инвестиционное право, сконцентрированное в целом, главным образом, на защите иностранных инвестиций, и практика инвестиционного арбитража, хотя и осознают свою связь с процессами развития, но редко воспринимают себя как часть восходящего международного права развития.

Такое положение может быть изменено благодаря «новому поколению» соглашений о защите инвестиций, которые четко устанавливают связь между защитой инвестиций и развитием.¹⁷⁰ Тем не менее, вплоть до настоящего времени значительная часть теории инвестиционного права остается в рамках представлений, которые все еще находятся под влиянием противоречий между интересами стран-экспортеров и стран-импортеров капитала, инвесторов и государств, истцов и ответчиков, между арбитрами-государственниками и арбитрами, стоящими на проинвесторских позициях, а также между неолиберализмом и неоконмуитаризмом. Вопросы развития присутствуют зачастую только эпизодически, и, в лучшем случае, лишь в самой рудиментарной форме.¹⁷¹

Также и такие близкие праву защиты инвестиций правовые области, как поощрение инвестиций в рамках оказания технической помощи, инвестиционный консалтинг и инвестиционные гарантии, а также сфера инвестиционной либерализации (*Investitionsliberalisierung*) еще недостаточно связаны с дискурсом по вопросам права защиты инвестиций. Практически полностью, пожалуй, отсутствует и связь с дискуссиями о развитии, которые ведутся в области обсуждения стратегии политики в целях развития и в рамках многосторонних учреждений и региональных организаций по содействию развитию. Дискурс по вопросам права защиты инвестиций в значительной степени изолирован также и от общих международно-правовых дискуссий о «глобальном управлении», легитимности и ответственности (*Accountability*), в том виде, как они, например, ведутся в проектах, которые касаются глобального

¹⁷⁰ По данному вопросу *D. A. Desierto* (сноска 3), 322 и далее.

¹⁷¹ В этом направлении *A. Newcombe* (сноска 3), 406.

административного права (*Global Administrative Law*),¹⁷² глобального конституционализма (*Global Constitutionalism*)¹⁷³ или международной публичной власти (*International Public Authority*)¹⁷⁴. Эти проекты до настоящего времени практически вообще не учитывают международное право защиты инвестиций. В результате, научный дискурс в целом продолжает оставаться по этой причине слишком фрагментированным.

В то же время существует - как методологически, так и тематически - множество способов для того, чтобы и в праве защиты инвестиций усилить связь между инвестициями и развитием также и, тем самым, преодолеть существующие здесь изоляцию и поляризацию. Предпосылкой этому является, прежде всего, готовность активно способствовать междисциплинарному синтезу исследований по проблемам права защиты инвестиций и сотрудничества в целях развития. В качестве инструмента дефрагментации может при этом выступить, в частности, сравнительно-правовой подход, который создает возможность форсировать межрежимные, перекрестные сравнительные исследования, а также и сопоставление с национальным публичным правом.¹⁷⁵

Подобный подход в состоянии сделать право защиты инвестиций и его доктринальное обоснование более открытым также и по отношению к проблематике содействия развитию. В то же время, однако, акторы, исходно занимающиеся вопросами сотрудничества в целях развития, должны в науке и практике понимать право защиты инвестиций как элемент более широко задуманного международного права развития, которое включает в себя, наряду с прочим, международное экономическое право и право сотрудничества в целях развития. До сих пор это едва ли происходит, несмотря на многочисленные тематические пересечения и наложения, например, в области «постконфликтного управления» (*Post-Conflict-Management*), и правосудия переходного периода (*Transitional Justice*)¹⁷⁶, на уровне дискуссии о реформах по созданию институтов

¹⁷² B. Kingsbury/N. Krisch/R. B. Stewart, *The Emergence of Global Administrative Law*, *Law & Contemp. Probs* 68 (2005), 15.

¹⁷³ J. L. Dunoff/J. P. Trachtman (Hrsg.), *Ruling the World: Constitutionalism, International Law, and Global Governance*, 2009; A. Peters /J. Klabbers/G. Ulfstein, *The Constitutionalization of International Law*, 2009; N. Krisch, *Beyond Constitutionalism: The Pluralist Structure of Postnational Law*, 2011; T. Kleinlein, *Konstitutionalisierung im Völkerrecht*, 2012.

¹⁷⁴ A. von Bogdandy et al (сноска 148).

¹⁷⁵ Этому подходу придерживаются авторы статей в S. Schill (сноска 7474).

¹⁷⁶ См. K. E. Boon, *Open for Business: International Financial Institutions, Post-Conflict Economic Reform, and the Rule of Law*, *N.Y.U J. Int'l L. & Pol.* 39 (2007), 513; R. Moloo/A.

правового государства и развития¹⁷⁷, либо при финансировании технологий в целях защиты окружающей среды, сокращения бедности или обеспечения водных ресурсов, медицинских услуг и энергии.

Также и с точки зрения правовой методологии, неизбежно существующие либо возникающие конфликты или трения между интересами защиты инвестиций, и интересами обеспечения развития, могут быть решены путем использования метода взвешенной оценки (*abwägungsorientierte Methodik*), в частности, на основе принципа пропорциональности, как в рамках дальнейшей разработки догматики в области права защиты инвестиций, так и в основных областях права сотрудничества в целях развития. Наряду с этим, для более достоверной оценки фактических последствий и эффективности соглашений о защите инвестиций и различных форм инвестиционной политики необходимы более эмпирически и междисциплинарно ориентированные подходы.¹⁷⁸ Методы и подходы, развитые в теории экономического анализа права или в социальных науках, представляются здесь особенно перспективными для более глубокого исследования взаимодействия инвестиций и развития.

Не в последнюю очередь, необходима, однако, открытая политико-правовая дискуссия о том, как должны соотноситься друг с другом государство и рынок, и о том, как может быть найден правильный баланс между стабильностью права защиты инвестиций и гибкостью его ориентации на сотрудничество в целях развития. Представляется при этом, что более эффективным в этом отношении является не акцент на существующих противоречиях между правом защиты инвестиций и другими правовыми областями, а также на присутствующих здесь конфликтах интересов, а, скорее, подчеркивание их взаимодействия и взаимодополнения в достижении целей, установленных принципом устойчивого развития. Право защиты инвестиций, правильно понятое и реализуемое, является не препятствием, а, наоборот, одним из составных элементов устойчивого развития.

Khachaturian, Foreign Investment in a Post-Conflict Environment, *Journal of World Investment & Trade* 10 (2009), 341.

¹⁷⁷ По данному вопросу см. *M. J. Trebilcock/R. J. Daniels*, Rule of Law Reform und Development, 2009; *T. Kreyer*, The Legal Turn in Late Development Theory: The Rule of Law and the World Bank's Development Model, *Harv. Int'l L. J.* 52 (2011), 287.

¹⁷⁸ По вопросу об научных исследованиях, которые были проведены до настоящего времени см. сноску 67.