

Право и усмотрение в международных инвестиционных спорах

В. Н. АНУРОВ, кандидат юридических наук;
vasily.anurov@gmail.com



Общеизвестно, что арбитражная практика играет существенную роль в развитии инвестиционного права. Проблема заключается в том, что усмотрение арбитров вытесняет традиционное понимание права. Применимое право, каковым в большинстве случаев является право государства, принимающего инвестиции, подвергается коррекции со стороны международного права. Это допустимо, если последнее предусматривает относящиеся к делу правовые нормы. В случае их отсутствия осуществление дискреционного права представляется спорным, особенно когда право государства, принимающего инвестиции, может решить правовую проблему.

Цель настоящей статьи заключается в том, чтобы раскрыть неоправданное преобладание дискреционных полномочий, осуществляемых арбитражными трибуналами, над попытками найти относящиеся к делу правовые нормы или другие правовые источники, способные разрешить спорные вопросы в инвестиционных спорах. В поддержку выдвигаемого тезиса автор ссылается на следующие дела: SPP v. Egypt, AAPL v. Sri Lanka, Tokios Tokelés v. Ukraine, Salini v. Мороссо и др. и расширяет рамки исследования до юрисдикционных вопросов, часто поднимаемых ответчиками, таких как, согласие на арбитраж, иностранный контроль над инвестором, понятие инвестиции.

Ключевые слова: инвестиционные споры, арбитражные решения, арбитражные трибуналы, согласие на арбитраж, иностранный инвестор, иностранный контроль, понятие инвестиции.

Современное состояние международного инвестиционного права характеризуется большим разнообразием нормативного регулирования, арбитражной практики и научной доктрины. Возрастающее с каждым годом число двусторонних инвестиционных соглашений (далее — ДИС) привело к тому, что многие страны разработали свою типовую модель ДИС. Разрешение споров о применении многосторонних инвестиционных соглашений (далее — МИС) способствовало размещению на специальных сайтах сведений о ходе рассмотрения арбитражных дел или уже рассмотренных делах, включая тексты окончательных арбитражных решений, решения арбитражного трибунала о юрисдикции, других процессуальных вопросах и особые мнения арбитров. Фактически появились целые информационные системы, построенные на основе применения МИС или арбитражной практики Международного центра по разрешению инвестиционных споров (далее — МЦУИС).¹ Научное

¹ См. сайт Международного центра по урегулированию инвестиционных споров (МЦУИС или ICSID): <https://icsid.worldbank.org/>; сайт Североамериканского соглашения 1992 г. о свободной торговле (НАФТА): <https://www.nafta-sec-alena.org/>; сайт Договора к Энергетической Хартии 1994 г. (ДЭХ или ЕСТ): <http://www.encharter.org/> (дата посещения — 27.07.2015).

сообщество также не отставало от арбитров и участников международных конференций и за последнее десятилетие разработало различные теоретические подходы почти по каждому спорному вопросу.

Современный специалист по международному инвестиционному праву вынужден обработать огромный массив юридического материала, прежде чем решить поставленную перед ним проблему. В этом массиве главное внимание уделяется так называемому доминирующему направлению в праве, а обстоятельства, при которых формировалась единая воля государств, необходимая для заключения международного договора, придаются забвению.

Настоящая статья посвящена одному из самых спорных вопросов международного инвестиционного права — юрисдикции арбитражного трибунала по разрешению международного инвестиционного спора, возникшего между иностранным инвестором и государством, принимающим инвестиции. В большинстве дел этот вопрос поднимается государством-ответчиком, что наглядно показывает, какой еще долгий путь предстоит пройти мировому сообществу, чтобы достичь единого понимания роли международного инвестиционного арбитража.

Существующие различия в правовых культурах не могут быть преодолены за счет навязывания одной группы государств (государств, экспортирующих капитал) своего правосознания другой группе (государствам, импортирующим капитал) или неоправданного увеличения роли арбитража в разрешении конфликтов, которые могут привести к серьезному экономическому или экологическому ущербу для государства или могут быть вызваны политическими факторами. В любом случае необходимо следовать объекту и цели заключенных международных договоров, опираться на достижения отечественной дипломатии и науки, сыгравших ключевую роль в заключении этих договоров.

Правила толкования международных договоров

Указание на объект и цели международного договора как на индикаторы его добросовестного толкования содержится в ст. 31 Венской конвенции о праве международных договоров 1969 года (далее — Венская конвенция 1969 года). Однако в ходе обсуждения текста данной нормы участники конференции не достигли консенсуса. Как пишет в одном из авторитетных комментариев к Венской конвенции 1969 года А. Н. Талалаев, ключевой спор возник между сторонниками уяснения смысла международного договора посредством его анализа (текстуалистами) и их противниками, которые не признавали за текстом решающей роли в толковании международного договора (функционалистами)². По мнению последних, на первое место должны

² Талалаев А. Н. Венская конвенция о праве международных договоров. Комментарий. М., 1997. С. 80; Талалаев А. Н. Право международных договоров. Том 2. Действие и применение договоров. Договоры с участием международных организаций. М., 2011. С. 72. В трактовке И. И. Лукашук функциональный подход упоминается как теологический, нивелирующий намерения сторон и текст международного договора в пользу установления его объекта и целей (см.: Лукашук И. И. Современное право международных договоров. В 2 т. Том 1. Заключение международных договоров. М., 2004. С. 614). В современном международном праве распространилась формулировка «эволюционное толкование» (evolutionary interpretation), см.: Zakharova L. The Interpretive Approach to International Law: A Positivist View / Kutafin University Law Review. Vol. 2. Issue 1 (3). 2015. P. 143–145.

выходить именно объект и цели международного договора, что в наиболее радикальной интерпретации данного похода может привести к «изменению содержания международного договора для его приспособления к изменившимся обстоятельствам»³. Любопытно отметить, что предложения американской делегации, основанные на таком эволюционном толковании, были отклонены большинством участников конференции. Как следствие этого, можно прийти к выводу о том, что Венская конвенция 1969 года не только не отражает функциональный подход в наиболее радикальной форме, но и отрицает его: «В результате в Венской конвенции (ст. 31-32) признано, что текст международного договора должен считаться аутентичным выражением намерений сторон, т. е. задачей толкования является выяснение содержания согласованной воли сторон, как она выражена в договорном тексте. Таким образом, Венская конвенция отдала предпочтение договорному тексту как материальному выражению воли договаривающихся государств, но в то же время установила, что термины договора должны толковаться «в свете объекта и целей договора (ст. 31) и что для выяснения намерений сторон возможно обращение к дополнительным средствам толкования, в том числе к подготовительным материалам и обстоятельствам заключения договора (ст. 32)»⁴.

После принятия Венской конвенции 1969 года эволюционное толкование не утратило свою актуальность.⁵ В решении по делу *Costa Rica v. Nicaragua* Международный Суд ООН сделал краткий обзор предыдущих дел, в которых приоритет был признан за значением спорного термина, существовавшим на дату заключения международного договора.⁶ Однако затем Международный Суд ООН сделал специальную оговорку о том, что данное правило не отрицает использование нового значения, появившегося на дату толкования и применения международного договора, если оно перестает совпадать со значением, которое спорный термин имел на дату заключения международного договора.⁷ Развивая дальше этот тезис, Международный Суд ООН приводит в качестве примера «ситуации, когда намерение сторон при заключении международного договора заключалось (или оно может быть установлено в результате презумпции) в придании использованным терминам значения или содержания, имеющего способность к эволюции в противоположность зафиксированным раз и навсегда терминам, что допускает среди прочих возможностей развитие международного права». Использование общих терминов в международном договоре предполагает согласие сторон на придание этим терминам эволюционного характера.⁸

Появление признаков эволюционного толкования в практике Международного суда ООН не означает отрицание идей, которыми руководствовались участники конференции при заключении Венской конвенции 1969

³ Талалаев А. Н. Венская конвенция о праве международных договоров. Комментарий. М., 1997. С. 80.

⁴ Талалаев А. Н. Там же. С. 81.

⁵ По мнению Л. И. Захаровой, «эволюционное толкование международного права, доказало свою плодотворность в установлении и последующем развитии норм этого права» (см.: Zakharova L. Op. cit. P. 153).

⁶ *Costa Rica v. Nicaragua*, ICJ Case Concerning the Dispute Regarding Navigational and Related Rights, Judgement, July 13, 2009 (*Costa Rica v. Nicaragua*), par. 63 (www.icj-cij.org/docket/files/133/15331.pdf; дата посещения — 27.07.2015).

⁷ Ibid, par. 64.

⁸ Ibid, par. 66.

года. Решение Международного суда ООН не обладает силой прецедента и не является подтверждением обычной нормы международного права, если она не получила международного признания (*opinion juris*). Даже если такое признание и было получено, то сфера действия обычной нормы «ограничивается отношениями между государствами, которые признали ее нормой международного права, иначе говоря, отношениями между теми государствами, которые являются участниками соответствующего молчаливого соглашения»⁹. Тем самым, эволюционное толкование не обретает характер универсальной императивной нормы, несмотря на то, что нельзя отрицать его преобладание над другими способами толкования международных договоров в современном мире. По сути, происходит отход от традиционного понимания права в части его содержания и источников в пользу судебного усмотрения, что на практике приводит к непредсказуемости решений, выносимых судьями или арбитрами, и оправданию их спорной, а подчас, произвольной аргументации.

Согласие на арбитраж

Отступление от традиционных представлений о природе арбитража в международных инвестиционных спорах было, в первую очередь, связано с появлением новой модели арбитража — *arbitration without privity*.¹⁰ Эта модель уже может обходиться без привычной предпосылки любого арбитражного разбирательства — существующей между спорящими сторонами связи (правоотношения). Согласие на арбитраж считается достигнутым, когда иностранный инвестор акцептует постоянно действующую оферту (*standing offer*), представляющую собой положения о порядке разрешения инвестиционных споров, которые могут содержаться в международном договоре (МИС или ДИС) или национальном законе о поощрении капиталовложений и защите инвестиций, принятом в государстве, принимающем инвестиции. Акцепт происходит путем возбуждения иностранным инвестором арбитражного разбирательства.

Необходимо отметить, что упоминание о новой модели арбитража не содержится в Вашингтонской конвенции об урегулировании инвестиционных споров между государствами и лицами других государств 1965 года (далее — Вашингтонская конвенция 1965 года) — универсальном международном договоре об инвестиционном арбитраже. Лишь в Отчете Исполнительных директоров к Вашингтонской конвенции 1965 года допускается применение новой модели в национальном законодательстве об иностранных инвестициях: «Согласие может быть дано, к примеру, в оговорке, включенной в инвестиционное соглашение, о передаче будущих споров Центру (МЦУИС — Авт.), возникающих из такого соглашения, или в *compromis* в отношении уже возникших споров. Конвенция не требует, чтобы согласие обеих сторон содержалось в одном документе. Таким образом, государство, принимающее инвестиции, может в своем законодательстве о поощрении инвестиций сделать оферту о подчинении споров, возникающих из определенных видов

⁹ Тункин Г. И. Теория международного права. М., 2009. С. 109.

¹⁰ Paulsson J. Arbitration Without Privity // ICSID Review. Foreign Investment Law Journal. 1995. Vol. 10. № 2. P. 232–240.

инвестиций, юрисдикции Центра, а инвестор может дать свое согласие путем акцептования оферты в письменном виде»¹¹. В юридической литературе высказывалось мнение о том, что процитированный параграф подтверждает согласие государств-участников на применение новой модели арбитража и в отношении международного договора (ДИС или МИС).¹²

Впервые новая модель арбитража была реализована в 1988 году в деле *SPP v. Egypt*.¹³ Спор возник между гонконгской компанией SPP и Египетским Агенством по туризму и гостиничному бизнесу (EGOTH) в связи со строительством туристического комплекса в Каире. Инвестиционный контракт, подписанный министром Египта по туризму, содержал арбитражную оговорку о разрешении споров в Арбитраже при Международной торговой палате, а также ссылку на национальный закон Египта об инвестициях 1974 года. Данный закон предусматривал возможность передачи инвестиционных споров на разрешение МЦУИС.

После отмены арбитражного решения, вынесенного в пользу компании SPP, апелляционным судом г. Парижа, компания SPP инициировала арбитражное разбирательство в рамках Вашингтонской конвенции 1965 года. Признавая свою юрисдикцию по спору, арбитражный трибунал среди прочего сделал оговорку о том, что не существует презумпции об ограничительном толковании спорных положений о разрешении споров путем арбитража, исходя из соображений государственного суверенитета. Напротив, арбитры сослались на общеизвестную практику судебных органов и арбитражных институтов выносить решения в пользу признания своей компетенции, «когда сила аргументов в пользу юрисдикции имеет перевес»¹⁴. Поэтому соответствующее положение о разрешении споров в арбитраже, предусмотренное в национальном законе Египта об инвестициях 1974 года, представляло собой, по мнению арбитров, с одной стороны, «императивную и иерархическую последовательность обращения к процедурам разрешения споров», а с другой стороны, «явно выраженное согласие в письменной форме на юрисдикцию Центра (МЦУИС — Авт.) по смыслу значения статьи 25 (1) Вашингтонской конвенции 1965 года».¹⁵

Дело *AAPL v. Sri Lanka* ознаменовало дебют новой формы арбитража уже в сфере применения положений ДИС в качестве согласия на арбитраж.¹⁶ Между спорящими сторонами не было заключено арбитражное соглашение. Компания AAPL участвовала в совместном предприятии по разведению креветок в восточной части Шри-Ланки. В 1987 году в результате подавления правительственными силами беспорядков был разрушен завод и убито более 20 сотрудников совместного предприятия. Компания AAPL обратилась с иском о выплате компенсации в МЦУИС, ссылаясь на ДИС между Великобританией и Шри-Ланкой. В 1990 году арбитражный трибунал вынес решение в пользу иностранного инвестора. На следующий год президент

¹¹ Report of the Executive Directors on the Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of other States (Report of the Executive Directors), par. 24, sec. 5.

¹² Newcombe A., Paradell L. Law and Practice of Investment Treaties. The Hague, 2009. P. 43.

¹³ *Southern Pacific Properties (Middle East) Ltd. v. Arab Republic of Egypt*, ICSID Case № ARB/84/3, Decision of Jurisdiction, April 14, 1988 (*SPP v. Egypt*).

¹⁴ *SPP v. Egypt*, par. 143.

¹⁵ *Ibid.*, par. 161.

¹⁶ *AAPL v. Sri Lanka*, Award, June 27, 1990, 4 ICSID Rep. (1997).

арбитражного трибунала А. Эль-Кошери (A. El-Kosheri), выступая на международной конференции, высказал предположение о том, что «обращение к положениям ДИС может стать в будущем главным каналом, посредством которого МЦУИС будет осуществлять свою юрисдикцию»¹⁷. Не прошло и десятилетия, как положения ДИС о разрешении споров превратились в самый распространенный способ заключения арбитражного соглашения между спорящими сторонами.

Безусловно, в международных договорах или национальном законодательстве государства могут выразить свое согласие с передачей споров на рассмотрение в инвестиционный арбитраж. Сомнения возникают лишь в частноправовой квалификации такого согласия. Будучи частью международного договора или национального закона, положения о разрешении инвестиционных споров сохраняют нормативный характер. Они занимают особое место в системе международного или внутригосударственного правового регулирования, в связи с чем к ним некорректно применять правила о частноправовых сделках, к примеру, правила толкования.

Государства, принадлежащие к континентальной школе права, должны учитывать особую юридическую природу вышеназванных положений и относиться к ним, прежде всего, как к правовым нормам, а не как к условиям частноправовой сделки. Этот вывод нашел подтверждение в Решении Экономического суда СНГ №01-1/1-14 от 23.09.2014 «О толковании статьи 11 Конвенции о защите прав инвестора от 28 марта 1997 года», в котором неоднократно подчеркивается, что речь идет о норме рассматриваемой статьи, не являющейся самой по себе «достаточным основанием для обращения инвесторов в любой международный суд».¹⁸

Статус иностранного инвестора

Отход от правовых принципов наблюдается и в другом вопросе, требующем разрешения арбитражным трибуналом при установлении своей юрисдикции по делу, — определение статуса иностранного инвестора. Данный статус вызывает большие сомнения, когда компания создана и зарегистрирована по законодательству иностранного государства, являющегося участником соответствующего ДИС или МИС, но контролируется акционерами, обладающими национальностью государства, принимающего инвестиции.

В соответствии с п. 1 и 2 ст. 25 Вашингтонской конвенции 1965 года любое юридическое лицо, которое на установленную дату имело национальность Договаривающегося государства, являющегося Стороной в споре, но которое ввиду иностранного контроля Стороны согласилось рассматривать как юридическое лицо другого Договаривающегося государства по смыслу Конвенции, вправе передать инвестиционный спор между ним и Договаривающимся государством на разрешение МЦУИС. Указание на иностранный контроль как на критерий определения национальности компании

¹⁷ A. El-Kosheri. ICSID Arbitration and Developing Countries, a paper presented at the Joint colloquium on International Arbitration, Washington, D.C., November 11, 1991, reprinted in 8 ICSID Rev. — FILJ 104, 107 (1993) cited from Parra A. The History of ICSID, Oxford, 2012. P. 172.

¹⁸ Решение Экономического суда СНГ № 01-1/1-14 от 23.09.2014 «О толковании статьи 11 Конвенции о защите прав инвестора от 28 марта 1997 года». С. 7.

объясняется, прежде всего, особенностью инвестиционного законодательства развивающихся государств, предусматривающих в качестве обязательного условия для вложения инвестиций создание иностранными инвесторами национальной компании. По мнению А. Брочеса (A. Broches), данная особенность послужила убедительным доводом в пользу введения этого термина: «Для государств, принимающих инвестиции, является обычной практикой требовать от иностранных инвесторов вести хозяйственную деятельность на их территории через компании, созданные по закону государства, принимающего инвестиции. Если мы допустим, как это подразумевает Конвенция (Вашингтонская конвенция 1965 года — Авт.), что это технически наделяет компанию национальностью государства, принимающего инвестиции, становится очевидным необходимость в исключении из общего принципа, в соответствии с которым Центр (МЦУИС — Авт.) не будет обладать юрисдикцией над спорами между Договаривающимся государством и лицами его национальности. Если бы не было сделано никакого исключения для компаний, созданных по местным законам, но принадлежащих иностранным лицам, большой и важный сектор иностранных инвестиций оказался бы за пределами действия Конвенции»¹⁹.

Главным отличием правовой нормы от условия частной сделки является функция социального регулятора, которой должна обладать первая и без которого вполне могут обойтись стороны, преследуя цель извлечение прибыли, при заключении коммерческого договора. Тем самым установление правила об определении национальности иностранного инвестора не может иметь избирательное действие и предоставлять преимущества только одной стороне инвестиционных отношений. Государство, принимающее инвестиции, также вправе воспользоваться критерием иностранного контроля при оспаривании юрисдикции арбитражного трибунала, если иностранная компания, созданная по иностранному законодательству, контролируется отечественными акционерами. К сожалению, современная арбитражная практика лишает государство возможности эффективно использовать данное правило.

В известном деле *Tokios Tokelés v. Ukraine* ответчик заявил свои возражения против юрисдикции арбитражного трибунала, основываясь на том, что в силу применения теории контроля компания Tokios Tokelés, созданная по праву Литвы, должна быть признана украинской компанией, поскольку украинские лица владели 99% акций компании Tokios Tokelés, составляли 2/3 ее руководящих органов, а административный офис находился на Украине. Также ответчиком было отмечено, что компания Tokios Tokelés не осуществляла никакой существенной коммерческой деятельности на территории Литвы.²⁰

Несмотря на эти обстоятельства, большинство арбитров пришло к выводу о наличии у арбитражного трибунала юрисдикции на рассмотрение

¹⁹ Broches A. The Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States // Hague Academy of International Law Collected Courses («Recueil Des Cours»). 1972/II. Vol. 136. P. 358, 359.

²⁰ *Tokios Tokelés v. Ukraine*, ICSID case № ARB/02/18, Decision on Jurisdiction, April 29, 2004 (*Tokios Tokelés v. Ukraine* (Decision on Jurisdiction), par. 21. См. также: Гармоза А. П. Арбитраж на основании международных инвестиционных соглашений: вопросы компетенции. М., 2012. С. 138–147; Бардина М. П., Вилкова Н. Г., Земляченко Я. В., Комаров А. С. Международные инвестиционные споры. Учебное пособие для студентов и слушателей МПФ. М., 2010. С. 100–109.

данного спора. Ключевым аргументом послужило применение правила о так называемом отказе от преимуществ (*denial of benefits*). В качестве примера арбитражный трибунал сослался на ДИС между Украиной и США и Договор к Энергетической Хартии, в которых Договаривающимся государствам было предоставлено право отказаться от преимуществ, возникающих у компаний, контролируемых лицами из третьих стран, если эти компании не ведут существенную хозяйственную деятельность на территории другого Договаривающегося государства.

Отсутствие правила об отказе от преимуществ в ДИС между Украиной и Литвой, по мнению большинства арбитров, означало сознательный отказ ответчика от применения теории контроля в целях оспаривания юрисдикции арбитражного трибунала и от ограниченного толкования вышеназванного ДИС: «Мы рассматриваем отсутствие такого положения (правила об отказе от преимуществ — Авт.) в качестве сознательного выбора Договаривающихся Сторон. На наш взгляд, в задачу трибуналов не входит устанавливать границы действия ДИС, не найденные в тексте, и еще менее очевидные исходя из истории переговоров. Международному трибуналу, действуя на основании установленной юрисдикции, не следует осуществлять ее за пределами дефиниции. В той же мере международному трибуналу следует (и на нем лежит обязанность) осуществлять юрисдикцию в той степени, в которой он уполномочен это делать»²¹.

Понятие «инвестиция»

Не менее важную роль усмотрение арбитров играет при определении понятия «инвестиция». Вашингтонская конвенция 1965 года, как и в случае с иностранным контролем, не содержит разъяснения, что подразумевается под понятием «инвестиция» и по каким признакам оно может быть раскрыто. Отсутствие попыток в достижении единого подхода среди участников конференции предполагалось компенсировать творчеством сторон инвестиционных отношений: «Не было предпринято ни одной попытки по определению термина «инвестиция», принимая во внимание основополагающее требование о согласии между сторонами и механизм, посредством которого Договаривающиеся государства могут известить, если они этого пожелают, тип споров, подлежащих или не подлежащих передаче Центру (МЦУИС — Авт.)»²². Границы такого творчества, по мнению некоторых арбитров, могут быть расширены до такой степени, что понимание «инвестиции» сторонами может носить экстраординарный и даже нелогичный характер: «Тем не менее, мы придерживаемся взгляда, что Договаривающиеся государства обладают свободой считать любой вид активов или экономическую сделку как создающую инвестицию, подпадающую под защиту международного договора. Договаривающиеся государства могут даже пойти еще дальше и заявить, что «чистый» одноразовый договор купли-продажи образует инвестицию, даже если эта сделка обычно не охватывается обычным значением термина «инвестиция». Тем не менее, в таких делах терминология рассматриваемого инструмента не должна оставлять никаких сомнений в том, что намерения

²¹ *Tokios Tokelés v. Ukraine* (Decision on Jurisdiction), par. 36.

²² Report of the Executive Directors, par. 27, sec. 5.

договаривающихся Государства заключалось в придании термину «инвестиция» экстраординарного или нелогичного значения»²³.

Что же касается случаев, когда перед арбитражным трибуналом стоит задача установить содержание термина «инвестиция» в его обычном значении, арбитры предпочитают применять так называемый концептуалистский подход, в основе которого лежит тест Салини (*Salini test*). Данный тест был применен арбитражным трибуналом в деле *Salini v. Morocco*.²⁴ Предмет спора был связан с исполнением договора на строительство участка автострады, заключенного с двумя итальянскими компаниями, Salini и Italstrade, победителями тендера, объявленного марокканской компанией ADM. Последняя в свою очередь являлась стороной концессионного соглашения, заключенного с министром по строительству и профессиональному обучению. При сдаче строительных работ итальянские компании сделали заявления (оговорки) о компенсации убытков, которые остались без ответа, что послужило основанием для возбуждения арбитражного разбирательства в рамках МЦУИС.

Ссылаясь на процитированную выше фразу из отчета Исполнительных директоров, арбитражный трибунал решил обратиться к доктрине и выделил следующие признаки инвестиции: вклад, определенный период исполнения договора, участие в рисках, возникающих из сделки, и в качестве дополнительного признака вклад в экономическое развитие государства, принимающего инвестиции.²⁵ Несмотря на то, что содержание и число предложенных признаков неоднократно подвергалось критике последующими арбитражными трибуналами,²⁶ само их введение свидетельствует об автономной квалификации спорного понятия, существующей вне рамок какой-либо национальной правовой системы и тем самым не испытывающей на себе ее влияния. Склонность арбитражного трибунала к автономной квалификации в деле *Salini v. Morocco* проявляется еще и в другом выводе арбитров, предваряющем сам тест Салини. Положение соответствующего ДИС о том, что под термином «инвестиция» понимаются все категории активов, инвестированные в соответствии с правом государства, принимающего инвестиции, предлагается рассматривать как относящееся к действительности инвестиции, а не ее понятию.²⁷

Уход от источников национального права в сторону автономной квалификации лишний раз подтверждает преобладание общей тенденции в современном международном инвестиционном праве — замену нормативного регулирования на усмотрение арбитров. Какими безупречными не казались бы выводы арбитражного трибунала, основанные на автономной квалификации понятия «инвестиция», в частности, тесте Салини, они не могут быть приравнены к нормам права, играющим ключевую роль в континентальной системе права.

²³ *Romak S.A. v. The Republic of Uzbekistan*, PCA case № AA280, Award, November 26, 2009 (*Romak v. Uzbekistan*), par. 205.

²⁴ *Salini Costruttori S.P.A. and Italstrade S.P.A. v. Kingdom of Morocco*, ICSID case № ARB/00/4, Decision on Jurisdiction, July 16, 2001 (*Salini v. Morocco* (Decision on Jurisdiction)).

²⁵ *Ibid.*, par. 52.

²⁶ См.: *Consortium Groupement LESI-Dipenta v. People's Democratic Republic of Algeria*, ICSID case № ARB/03/8, Award, January 10, 2005 (*LESI-Dipenta v. Algeria*), 13 (iv), *Victor Pey Casado and President Allende Foundation v. Republic of Chile*, ICSID case № ARB/98/2, Award, May 8, 2008 (*Pey Casado v. Chile*), par. 232.

²⁷ *Salini v. Morocco* (Decision on Jurisdiction), par. 46.

Заключение

Сама по себе гибкость в решении правовых проблем и либеральный подход к толкованию правовых норм не могут подвергаться осуждению как порочная практика разрешения международных инвестиционных споров. Они способствуют восстановлению справедливости в каждом конкретном деле, особенно, когда существующее правовое регулирование содержит пробелы, негативно сказывающиеся на положении добросовестной стороны. Вместе с тем, если представления арбитров о справедливости начинают преобладать над правовыми источниками, появляется опасность вынесения непредсказуемых решений, что ведет к утрате у сторон чувства правовой определенности. Усмотрение арбитров, которое, возможно, сыграло положительную роль в разрешении сиюминутного конфликта, превращается в доминирующую тенденцию, сохраняющую свою однородность на некоторое время с учетом расстановки существующих политических сил. Однако при изменении политической обстановки использованные ранее подходы оказываются не только невостребованными, но и нежелательными для «прогрессивного» развития инвестиционного права, вследствие чего появляется большое количество исключений и противоречащих друг другу арбитражных решений. В этой связи уместно будет привести меткое замечание М. Сорнараджа о превратностях юридической аргументации в вопросах государственного суверенитета и пересмотра арбитражными трибуналами решений судебных и административных органов государства: «Степень полномочий, которыми могут быть наделены арбитражные трибуналы в таких обстоятельствах, вызывает споры, которые в будущем будут только увеличиваться. Тот факт, что много таких ситуаций связано с развитыми государствами, смещает фокус в сторону от развивающихся государств и привлекает внимание ученых из развитых государств к опасениям, выраженным развивающимися государствами и их юристами в прошлом. Интересно наблюдать, как те же самые аргументы о государственном суверенитете, приведенные юристами из развивающихся государств, открыто осмеянные юристами из развитых государств, находят пристанище как в позициях тех юристов, которые защищают интересы развитых государств — ответчиков, так и среди все увеличивающейся группы академических комментаторов. Птицы вернулись обратно на свой насест»²⁸.

Лишь возвращение к традиционным правовым подходам может сократить количество противоречащих друг другу арбитражных решений. Строгое соблюдение правовых норм взамен спекулятивных конструкций, основанных на субъективных взглядах арбитров, приоритет правовых источников над факторами, участвующими в образовании норм, но не обладающими их юридической силой, постепенно восстановят доверие государств, не участвующих в многосторонних инвестиционных соглашениях или денонсирующих их, к международному инвестиционному арбитражу, который в настоящее время является самым эффективным способом разрешения инвестиционных споров.

²⁸ Sornarajah M. The International Law on Foreign Investments. Cambridge University Press, 2004. P. 343.