

Режим наибольшего благоприятствования*

В. Н. АНУРОВ, кандидат юридических наук,
LL.M (Dundee, Scotland); vasily.anurov@gmail.com



Разрешение международных инвестиционных споров создало новую модель – «арбитраж без частного правоотношения». Был разработан новый подход к арбитражу между инвесторами и государством на основе международных договоров, который может обходиться без традиционного обязательного требования – арбитражного соглашения между спорящими сторонами. Применение режима наибольшего благоприятствования к арбитражу добавило больше радикальных свойств к новому пониманию арбитража, в котором положения о разрешении споров могут быть предусмотрены не в основном двустороннем инвестиционном соглашении, а в соглашении такого типа с третьим государством. Это явление может быть названо «арбитражем вопреки международному договору». Наиболее спорные вопросы, возникающие в результате следования этому новому подходу, будут исследованы в настоящей статье с различных точек зрения.

Ключевые слова: инвестиционный арбитраж; двусторонние/многосторонние инвестиционные соглашения; инвестиция; режим наибольшего благоприятствования; арбитраж без частного правоотношения; арбитраж вопреки международному договору.

Толкование положений о режиме наибольшего благоприятствования

Правовая природа отношений, подпадающих под сферу действия режима наибольшего благоприятствования (далее – РНБ), не охватывает весь спектр проблем, связанных с распространением РНБ на арбитраж. В современной арбитражной практике арбитры уделяют больше внимания толкованию соответствующих положений двусторонних инвестиционных соглашений (ДИС) и установлению намерения договаривающихся государств. В некоторых случаях избранные арбитрами способы толкования неразрывно связаны с определением правовой природы исследуемых отношений. Ярким примером является правило того же рода или вида (*ejusdem generis*). Его суть заключается в установлении зависимости между термином общего характера и предшествующими ему терминами. Если эти термины принадлежат к одному роду или виду, то содержание общего термина не может выходить за пределы того же рода или вида. Данное правило обычно используется ответчиками при оспаривании юрисдикции арбитражного трибунала. Их логика построена на широких формулировках положений о РНБ и особой правовой природе арбитража. Отсутствие положений о разрешении международных инвестиционных споров в перечне вопросов материально-правового характера, исключенных из сферы действия РНБ, объясняется

* Окончание. Начало см.: Третейский суд. 2017. № 3. С.....

не молчаливым согласием принимающего государства с распространением РНБ на арбитраж, а с принадлежностью последнего к другому виду правоотношений — процессуальных. Включение арбитража в перечень материально-правовых вопросов выходит за рамки обычной практики и представлений о системе права и требует прямого указания в тексте международного инвестиционного соглашения. В противном случае должна действовать презумпция об отсутствии намерения у принимающего государства распространить РНБ на арбитраж.

Несмотря на свою большую популярность среди практикующих юристов и арбитров, правило *ejusdem generis* не носит нормативного характера¹. Безусловно, не вызывает сомнений справедливость общего принципа, закрепленного в ст. 9 и 10 Проекта статей-положений о наиболее благоприятствующей нации 1978 г. (далее — Проект КМП 1978 г.), в соответствии с которыми требование об идентичности категории лиц или вещей является необходимым условием для применения РНБ². На договаривающееся государство, согласившееся распространить РНБ на определенный вид своих обязательств, не может быть возложено обязательство другого вида. Противоположный вывод противоречил бы основным принципам толкования международных договоров³. Вместе с тем способ установления содержания общего термина, предложенный в правиле *ejusdem generis*, не может не вызвать возражений с точки зрения формальной логики. Исключение из общего класса элементов одного из них, если этот элемент отсутствует в перечне, предшествующем общему термину, не соответствует построению правильного категорического силлогизма. Возможно, существование данного правила является предостережением для сторон сделки от излишней конкретизации принятых терминов, что упрощает задачу арбитров по установлению содержания спорных условий. Однако процесс заключения международного договора существенным образом отличается от заключения частной сделки, какой бы сложной она ни была. Каждое положение международного договора представляет собой не только результат согласования воли договаривающихся государств, но и международно-правовую норму. Отказ от установления истины при толковании условий частной сделки касается только ее сторон. В то же время действие международно-правовой нормы распространяется на неограниченный круг лиц, находящихся в различных странах, поэтому

¹ Данное правило, по мнению Комиссии международного права (КМП) ООН, «широко признано и подтверждено судебной практикой международных трибуналов и национальных судов, а также дипломатической практикой» (См.: Draft Articles on Most-Favoured-Nation Clauses with Commentaries 1978 // Yearbook of the International Law Commission. 1978. Vol. II. Part Two. P. 27).

² В целях иллюстрации можно привести п. 2 ст. 10 Проекта КМП 1978 г. (перевод на русский язык сделан Н. А. Ушаковым): «Государство-бенефициарий приобретает права в соответствии с пунктом 1 в отношении лиц или вещей, находящихся в определенной связи с ним, только в том случае, если они: а) принадлежат к той же категории лиц или вещей, что и лица или вещи, находящиеся в определенной связи с третьим государством, на которые бенефицирующее государство распространило указанный режим, и б) находятся в такой же связи с государством-бенефициарием, в какой лица и вещи, указанные в подпункте «а», находятся с третьим государством» (Ушаков Н. А. Режим наибольшего благоприятствования в межгосударственных отношениях. М., 1995. С. 120).

³ Draft Articles on Most-Favoured-Nation Clauses with Commentaries 1978. P. 30; Wintershall Aktiengesellschaft v. The Argentine Republic, ICSID case No. ARB/04/14. Award. December 8, 2008 (Wintershall v. Argentina (Award). Par. 170). С делами, на которые даны ссылки в статье, можно ознакомиться на сайте www.italaw.com.

любые презумпции, ограничивающие арбитров в установлении содержания спорных положений международных инвестиционных договоров, должны применяться исключительно на правовой основе, а не в силу права усмотрения⁴.

Правило *ejusdem generis* может служить как препятствием для распространения РНБ на арбитраж, так и дополнительным обоснованием такого распространения в зависимости от содержания соответствующих положений ДИС⁵. Используя способ буквального толкования, сторонники распространения РНБ на арбитраж вправе обратиться к общеизвестному модусу *Barbara*, обладающему высшей научной ценностью по сравнению с другими модусами⁶. Преобразовав стандартное положение о РНБ в суждения, можно прийти к первой фигуре категорического силлогизма. В качестве большей посылки выступает формула: «все *M* суть *P*», где *M* — во всех вопросах, предусмотренных в ДИС⁷, а под *P* договаривающаяся сторона гарантирует применение РНБ. Меньшей посылке соответствует формула: «все *S* суть *M*», где под *S* понимается право иностранного инвестора на обращение в арбитраж. Таким образом, распределив средний термин *M* в большей посылке можно прийти к следующему заключению: Договаривающаяся сторона гарантирует применение РНБ в отношении права иностранного инвестора на арбитраж («все *S* суть *P*»). Данный вывод сохраняет практическую ценность, если арбитры не испытывают трудности при установлении содержания предиката (*P*), т. е. РНБ. Современная арбитражная практика свидетельствует об ином. Обычно суть возражений ответчиков сводится к оспариванию однозначного толкования РНБ, терминология которого сохраняет неопределенность по поводу включения в него вопросов процессуального характера, в частности арбитража. Вместе с тем нельзя игнорировать тот факт, что указание в ДИС на широкую сферу действия РНБ с использованием формулировок, соответствующих большей посылке модуса *Barbara*, делает позицию ответчиков

⁴ В этой связи необходимо отметить, что РНБ не является нормой общего международного права. Такая возможность, по мнению Н. А. Ушакова, «могла бы возникнуть, если большее число государств стали бы заключать клаузулы о предоставлении друг другу режима наибольшего благоприятствования во всех сферах их взаимоотношений и выявилась бы соответствующая общая тенденция. И такие клаузулы реально существуют, но в качестве редчайшего исключения» (Ушаков Н. А. Указ. соч. С. 26). Правило *ejusdem generis* (того же рода или вида) упоминается в комментариях и докладах к Проекту КМП 1978 г., который может служить основой для заключения соответствующего международного договора. Тем самым презумпция, установленная этим правилом, имеет для арбитров рекомендательный характер.

⁵ Справедливость данного тезиса может быть продемонстрирована на примере дела *Daimler v. Argentina*: «...применение правила *ejusdem generis* не может само по себе исключить в категоричной форме разрешение международных споров из потенциального предела действия оговорки о РНБ, предусмотренных в ДИС между Германией и Аргентиной. Не может оно в то же время демонстрировать, что оговорки международного договора о РНБ с необходимостью исключают разрешение международных споров. Правило *ejusdem generis* просто определяет внешние границы сферы применения оговорки; оно не может сообщить нам, какие именно предметы (ДИС. – В. А.), находящиеся в этих внешних границах, охватывались действительным намерением сторон распространить на них действие оговорки» (*Daimler Financial Services AG v. The Argentine Republic*, ICSID case No. ARB/05/1. Award. August 22, 2012 (*Daimler v. Argentina* (Award). Par. 215).

⁶ Логика: Учебник / Под ред. А. И. Мигунова, И. Б. Микиртумова, Б. И. Федорова. М., 2011. С. 167 (автор главы – Я. А. Слинин).

⁷ Данная терминология была использована в п. 2 ст. 4 ДИС между Королевством Испании и Республикой Аргентины 1991 г. и стала предметом анализа арбитражного трибунала в деле *Maffezini v. Spain*.

менее убедительной. Применение РНБ в отношении «всех вопросов», предусмотренных в ДИС, не исключает объединение в рамках одной категории материально-правовых и процессуальных отношений⁸.

Наряду с правилом *ejusdem generis* участники арбитражного разбирательства прибегают к другим способам толкования, заимствованным из наследия римского права. В частности, сужение сферы действия РНБ может быть достигнуто путем применения правила о том, что указание одного есть исключение другого (*expressio unius est exclusio alterius*). Оно носит более радикальный характер, чем правило *ejusdem generis*, поскольку направлено не на узкое толкование исследуемого явления, а на исключение из него правоотношений, не вошедших в группу вопросов, которые перечислены в конвенционном положении о РНБ. Если использованная в нем терминология указывает на закрытый или исчерпывающий характер представленного перечня, можно рассматривать правило *expressio unius est exclusio alterius* как превращение общеутвердительного суждения («все *S* суть *P*») в общеотрицательное («ни одно *S* не есть не-*P*»). Таким образом, указание на вопросы, подпадающие под сферу действия РНБ, будет выполнять функцию исключения из этой сферы всех других вопросов⁹.

Иногда данный вывод используется для формулирования другого правила: отсутствие одного указания предполагает включение другого. В нем содержится логическая ошибка, так как нарушено правило превращения суждения¹⁰. Прийти к правильному умозаключению возможно, если под *S* понимать группу вопросов, не подпадающих под сферу действия РНБ.

⁸ В деле *Siemens v. Argentina* перед арбитражным трибуналом стояла задача дать толкование положению о РНБ, предусмотренном в ст. 3 (2) ДИС между Федеративной Республикой Германией и Республикой Аргентиной 1991 г. Данная статья содержала вместо формулировки «все вопросы», как в деле *Maffezini v. Spain*, указание на «не менее благоприятное отношение к деятельности, относящейся к инвестициям». Несмотря на то, что эта терминология отличалась большей степенью неопределенности и поэтому не могла соответствовать большей посылке модуса *Barbara*, арбитражный трибунал согласился с распространением РНБ на арбитраж. По мнению Г. Домански и М. Сwiatковски, выводы арбитров по делу *Siemens v. Argentina* имеют более широкие перспективы, чем решение по делу *Maffezini v. Spain*, поскольку придают положениям ДИС о РНБ новые свойства. Сфера их действия уже «не может быть ограничена самой защитой инвестиций, но также распространяется на положения, предоставляющие инвестору право воспользоваться конвенционными гарантиями путем предоставления доступа к международному арбитражу» (Domanski G., Swiatkowski M. Application of Most Favoured Nation Clause to Jurisdiction Provisions in Light of the Award in *Austrian Airlines v. Slovakia* // *Czech Yearbook of International Law*. 2011. Vol. 2. P. 78).

⁹ В качестве примера можно привести толкование ст. 1103 (1) НАФТА, сделанное арбитражным трибуналом в деле *Plama v. Bulgaria*. В соответствии с данной статьей каждая договаривающаяся сторона обязана проявлять к инвесторам другой договаривающейся стороны отношение не менее благоприятное, чем то, которое она проявляет в схожих обстоятельствах к инвесторам любой другой договаривающейся стороны или стороны, не являющейся участницей НАФТА, в отношении создания, приобретения, расширения, управления, осуществления, эксплуатации и продажи или других видов распоряжения инвестициями. Арбитры пришли к выводу, что ст. 1103 (1) НАФТА в явной форме исключает положения о разрешении споров из сферы действия РНБ (*Plama Consortium Limited v. The Republic of Bulgaria*, ICSID case No. ARB/03/24. Decision on Jurisdiction. February 8, 2005 (*Plama v. Bulgaria* (Decision on Jurisdiction). Par. 203).

¹⁰ Ярким примером опять является вывод арбитражного трибунала в деле *Plama v. Bulgaria*, завершающий логический анализ ст. 1103 (1) НАФТА. Указав на то, что отсутствие в перечне вопросов, подпадающих под сферу действия РНБ, упоминания об арбитраже исключает его из сферы действия РНБ, арбитры предостерегли от формулирования ошибочного суждения путем применения правила *a contrario*: «...если в положении о РНБ отсутствует такая терминология (перечень вопросов. – В. А.), нельзя утверждать, что положения о разрешении споров

Причем эта группа, как и в предыдущем примере, должна иметь исчерпывающий характер. Здесь общеотрицательное суждение («ни одно S не есть P ») превращается в общеутвердительное («все S суть не- P »). Включение вопроса в закрытый перечень исключений автоматически выводит его за пределы действия исследуемого явления. Данный прием может быть полезен противникам широкого толкования РНБ. Преобразование положения о РНБ, содержащего перечень исключений, происходит в рамках модуса *Celarent*, относящегося к первой фигуре категорического силлогизма. В качестве большей посылки выступает формула: «ни одно M не есть P », где M представляет собой перечень вопросов, не подпадающих под сферу действия РНБ, а P — гарантии договаривающейся стороны по применению РНБ. Меньшей посылке соответствует формула: «все S суть M », где под S понимается право иностранного инвестора на обращение в арбитраж. Таким образом, распределив средний термин M в большей посылке, можно прийти к следующему заключению: право иностранного инвестора на арбитраж не относится к гарантиям договаривающейся стороны по применению РНБ («ни одно S не есть P »).

Разбор положения о РНБ в рамках категорического силлогизма позволяет оценить правильность выводов, сделанных арбитрами о распространении или нераспространении РНБ на арбитраж, с точки зрения формальной логики. Использование в терминологии квантора, свидетельствующего о распределении субъекта («все вопросы»), расширяет сферу действия РНБ и тем самым допускает распространение его на арбитраж. В то же время отсутствие этого квантора в терминологии является убедительным доводом в пользу исключения арбитража из сферы действия РНБ, если положение о разрешении споров не включено в перечень вопросов, к которым РНБ может быть применен. Границы логического анализа не расширяются благодаря большому разнообразию правоотношений, регулируемых международным инвестиционным соглашением, а наоборот, сужаются до круга вопросов, охватываемых системой гарантий, которые предоставляет принимающее государство иностранным инвесторам. Выделение в положении о РНБ некоторых гарантий позволяет установить содержание специальных терминов (к примеру, термина «отношение»), используемых договаривающимися государствами при возложении на себя взаимных обязательств по предоставлению РНБ. Эти термины обычно не содержат квантора, что препятствует построению умозаключений, обладающих практической ценностью для арбитров. Тем самым перечень вопросов, подпадающих под сферу действия РНБ, может выполнять функцию сужения ключевого понятия, исключения из него всех других вопросов или акцентирования внимания на различной отраслевой принадлежности исследуемых правоотношений. Особое место занимают случаи, когда договаривающиеся государства прямо исключили арбитраж из сферы действия РНБ, что значительно облегчает задачу арбитров при обосновании своего решения об отсутствии юрисдикции. К сожалению, рано утверждать, что в современном инвестиционном праве такие случаи превращаются в преобладающую тенденцию¹¹.

должны считаться инкорпорированными» (*Plama v. Bulgaria* (Decision on Jurisdiction). Op. cit. Par. 203).

¹¹ В качестве примера, указывающего на исключение некоторых вопросов арбитража из сферы действия РНБ, можно привести Маврикийскую конвенцию 2014 г. о прозрачности в контексте

В международных инвестиционных соглашениях редко можно встретить положения о РНБ, которые бы не содержали неясных терминов или не допускали различные трактовки намерения договаривающихся сторон. Поэтому преобразование правовых норм в суждения категорического силлогизма необходимо производить с особой тщательностью и осторожностью. К примеру, термин «все вопросы» может следовать после или в рамках применения принципа справедливого и равного отношения, что влечет постановку еще одного вопроса о возможности включения арбитража в сферу действия вышеназванного принципа¹². Его соблюдение принимающим государством подразумевает не только предоставление материально-правовых гарантий, но и реализацию их на практике. Таким образом, в перечень обстоятельств, подлежащих оценке со стороны арбитров, могут входить факты, свидетельствующие о нарушении и материально-правовых, и процессуальных интересов иностранного инвестора в рамках проведения административного или судебного процесса в принимающем государстве¹³. Тем самым нельзя исключить из сферы действия РНБ процессуальные отношения целиком, взятые как отдельный вид правоотношений. Довод о принадлежности арбитража к этому виду правоотношений является недостаточным для того, чтобы обосновать неправомерность распространения РНБ на арбитраж, поскольку он содержит элементы материально-правового характера и его особенности не могут быть раскрыты исключительно путем установления вышеназванной дихотомии в правоотношениях¹⁴. Разрешение конфликта юрисдикций должно осуществляться арбитрами вне рамок классификации вопросов на материально-правовые и процессуальные, поскольку сомнению подвергается круг полномочий лиц, от которых зависит вынесение решения по спору. Очевидно, что вопрос о наличии или отсутствии юрисдикции обладает самостоятельным значением. Любые правовые категории и классификации могут лишь способствовать достижению справедливого решения с точки зрения права и не должны диктовать направление, с помощью которого этот результат будет достигнут.

арбитражных разбирательств между инвесторами и государством на основе международных договоров (далее – Маврикийская конвенция 2014 г.). В соответствии со ст. 2 (5) данной конвенции договаривающиеся государства запретили истцу обращаться к положению о РНБ, чтобы применить или избежать применения Правил ЮНСИТРАЛ 2014 г. о прозрачности в контексте арбитражных разбирательств между инвесторами и государством на основе международных договоров.

¹² Вопрос о соотношении положения о разрешении споров, предусмотренного в ДИС с третьим государством, с принципом справедливого и равного отношения считался вторым по важности вопросом в деле *Emilio Agustín Maffezini v. The Kingdom of Spain*, ICSID case No. ARB/97/7. Decision of the Tribunal on Objections to Jurisdiction. January 25, 2000 (*Maffezini v. Spain* (Decision on Jurisdiction). Par. 46).

¹³ К примеру, арбитражный трибунал в деле *Waste Management v. Mexico*, перечисляя признаки поведения принимающего государства, приводящего к нарушению минимального стандарта принципа справедливого и равного отношения, включил в них неправомерность, процессуальные нарушения, выражающиеся в «явном отсутствии справедливости в судебном процессе или полном отсутствии прозрачности и объективности в административных процедурах» (*Waste Management, Inc. v. Mexico*, ICSID case No. ARB(AF)/00/03. Award. April 30, 2004 (*Waste Management v. Mexico* (Award). Par. 98).

¹⁴ В этой связи трудно согласиться с выводом ряда ученых о недопустимости распространения РНБ на арбитраж исходя из его процессуальной природы (McLachlan C., Shore L., Weinger M. *International Investment Arbitration: Substantive Principles*. Oxford, 2008. P. 257; Викторова Н. Н. Применение режима наибольшего благоприятствования при разрешении трансграничных инвестиционных споров // *Lex Russia*. 2015. № 7. С. 29).

Распространение РНБ на принцип справедливого и равного отношения приводит к бесполезности продолжения дискуссии о включении процессуальных вопросов в сферу действия РНБ. Вместе с тем оценка различных механизмов разрешения инвестиционных споров для определения наиболее благоприятного с точки зрения иностранного инвестора имеет не правовой, а субъективный характер, часто основанный на политической оценке правопорядка в принимающем государстве. Возможность обращения в инвестиционный арбитраж еще не означает, что международное инвестиционное соглашение демонстрирует более высокий стандарт соблюдения принципа справедливого и равного отношения¹⁵.

Использование широких формулировок, на пример термина «все вопросы», снимает какие-либо барьеры для распространения РНБ на арбитраж в силу применения правила *ejusdem generis*¹⁶. В то же время этот термин утрачивает свою универсальность, если ответчик обнаруживает в международном инвестиционном соглашении положения, которые не могут подпадать под сферу действия РНБ¹⁷.

Отсутствие термина «все вопросы» сужает сферу действия РНБ¹⁸, но не рассматривается сторонниками либерального подхода и широкого усмотрения арбитров в качестве основания для отказа в распространении РНБ на арбитраж, если перечень исключений из РНБ или, наоборот, примеров его применения не носит исчерпывающий характер¹⁹. Следуя такой логике, ар-

¹⁵ В деле *Quasar v. The Russian Federation* арбитражный трибунал прямо указал, что «доступ к международному арбитражу не подразумевает сам по себе более высокий уровень принципа справедливого и равного отношения» (*Renta 4 S.V.S.A., Ahorro Corporacion Emergentes F.I., Ahorro Corporacion Eurofondo F.I., Rovime Inversiones SICAV S.A., Quasar de Valores SICAV S.A., Orgor de Valores SICAV S.A., GBI 9000 SICAV S.A. v. The Russian Federation*, SCC case. Award on Preliminary Objections. March 20, 2009 (*Quasar v. The Russian Federation* (Award on Preliminary Objections). Par. 106)).

¹⁶ В делах *Maffezini v. Spain* и *Gas Natural v. Argentine* у арбитров не возникло сомнений при толковании той же фразы как основания для распространения РНБ на арбитраж (*Maffezini v. Spain* (Decision on Jurisdiction). Op. cit. Par. 64; *Gas Natural SDG, S.A. v. The Argentine Republic*, ICSID case No. ARB/03/10. Decision of the Tribunal on Preliminary Questions on Jurisdiction. June 17, 2005 (*Gas Natural v. Argentine* (Decision on Jurisdiction). Par. 49)).

¹⁷ В деле *Berschader v. The Russian Federation* арбитражный трибунал указал на то, что термин «все вопросы» не устраняет неопределенность, связанную с распространением РНБ на арбитраж, так как ст. 1 («Определения») и 7 («Право страховщиков на суброгацию») не имеют никакой связи с отношением к инвесторам и поэтому находятся за пределами применения РНБ (*Vladimir Berschader and Moise Berschader v. The Russian Federation*, SCC case No. 080/2004. Award. April 21, 2006 (*Berschader v. The Russian Federation* (Award). Par. 188). Также см.: *Plama v. Bulgaria* (Decision on Jurisdiction). Op. cit. Par. 205.

¹⁸ Как отметил арбитражный трибунал в деле *Maffezini v. Spain*, только одно ДИС содержит фразу «все вопросы, предусмотренные настоящим Соглашением», среди других ДИС, заключенных Испанией с другими государствами. Это ДИС было заключено с Аргентиной. Во всех остальных ДИС, заключенных с другими государствами, включая Уругвай и Чили, вышеназванная фраза отсутствовала. Положение о РНБ содержало указание лишь на «отношение», что представляет собой более узкую формулировку (*Maffezini v. Spain* (Decision on Jurisdiction). Op. cit. Par. 60).

¹⁹ С наличием обоих перечней арбитры столкнулись в деле *Siemens v. Argentina*. П. 3 и 4 ст. 3 ДИС между Германией и Аргентиной исключали из сферы действия РНБ вопросы таможенных и экономических союзов, создания зон свободной торговли, налоговых льгот. В Протоколе содержалось разъяснение о том, что термин «деятельность», используемый в положении о РНБ, относится «в особенности, но не исключительно к администрированию, использованию и извлечению выгоды из инвестиции, и что меры, которые оказывают воздействие на покупку сырья, других ресурсов и средств производства внутри или вне территории каждой Договаривающейся Стороны, будут „в особенности, но не исключительно“ рассматриваться как меры менее благоприятного отношения». В итоге арбитражный трибунал пришел к вы-

битры приходят к выводу о том, что если ДИС явно не исключает положения о разрешении споров из сферы действия РНБ, то он распространяется на арбитраж²⁰. Данный вывод свидетельствует об отказе от применения правил *eiusdem generis*²¹ и *expressio unius est exclusio alterius*²². Последнее правило иногда рассматривается только как «дополнительный способ толкования, которое не может самостоятельно определить результат толкования, когда международный договор содержит другие относящиеся к делу элементы».²³

Помимо способов толкования, заимствованных из римского права, в современной арбитражной практике существуют другие подходы к установлению содержания спорных конвенционных положений исходя из их текста. Даже если согласиться с правомочностью утверждения о том, что отсутствие исключения одного свидетельствует о наличии другого, — вывода, сделанного на основе правила *expressio unius est exclusio alterius* с нарушением законов формальной логики²⁴, нельзя игнорировать объект правового регулирования, на который направлены исключения из положения о РНБ. Обычно они прямо указывают на договоренности участников основного ДИС с третьими государствами по вопросам таможенного, торгового и налогового характера. В любом случае ошибочно объединять их с вопросами, содержащимися в основном ДИС, в частности с положением о разрешении споров, так как отсутствует единый правовой источник — международный договор, предусматривающий правовое регулирование всех этих вопросов²⁵. Матери-

воду, что текст положения о РНБ не ограничивается отношением к сделкам коммерческого и экономического характера, как об этом заявлял ответчик (*Siemens A.G. v. The Argentine Republic*, ICSID case No. ARB/02/8. Decision on Jurisdiction. August 3, 2004. (*Siemens v. Argentina* (Decision on Jurisdiction). Par. 83, 86)).

²⁰ *Gas Natural v. Argentina* (Decision on Jurisdiction). Op. cit. Par. 49; *Siemens v. Argentina* (Decision on Jurisdiction). Op. cit. Par. 85; *National Grid PLC v. The Argentine Republic*, UNCITRAL case. Decision of Jurisdiction. June 20, 2006 (*National Grid v. Argentina* (Decision on Jurisdiction). Par. 82); *RosInvestCo UK Ltd. v. The Russian Federation*, SCC Case No. V079/2005. Award on Jurisdiction. October, 2007 (*RosInvest v. Russia* (Award on Jurisdiction). Par. 135).

²¹ «Разъясняя в Протоколе термин „деятельность“, использованный в ст. 3(2), разработчики проявили осторожность и дважды указали на то, что разъяснение носит особый, а не исключительный характер. Это является явным свидетельством того, что разъяснения не ограничивают термин „деятельность“» (*Siemens v. Argentina* (Decision on Jurisdiction). Op. cit. Par. 85).

²² «Необходимость в исключениях подтверждает универсальность значения отношения или деятельности, нежели расширяет границы за пределы того, что было сказано в исключениях» (*Ibid.*).

²³ *Austrian Airlines v. The Slovak Republic*, UNCITRAL case. Final Award. October 9, 2009 (*Austrian Airlines v. Slovakia* (Award). Par. 131).

²⁴ В этой связи показателен пример, посредством которого арбитражный трибунал демонстрирует абсурдность рассматриваемого вывода в деле *Daimler v. Argentina*: «Представляется, что игнорирование очевидных различий между правами и средствами защиты заводит принцип *expressio unius est exclusio alterius* слишком далеко. Нельзя использовать этот принцип для доказательства того, что отсутствие яблок основано на наличии апельсинов» (*Daimler v. Argentina* (Award). Op. cit. Par. 239).

²⁵ В деле *Kilic v. Turkmenistan* большинство арбитров пришли к выводу о неверной трактовке истца правила *expressio unius est exclusio alterius*, указав на принадлежность исключений из положения о РНБ другим международным договорам: «Тот факт, что Договаривающиеся Стороны решили ограничить применение статьи II о правах на РНБ в отношении определенных других международных договоров/соглашений, которые предусматривали бы для квалифицированных инвестиций более благоприятный режим, чем в ДИС, не означает какого-либо отношения к вопросу о том, должны ли трактоваться положения о разрешении споров, предусмотренные в статье VII.2, как „отношение к инвестициям“ и поэтому как подпадающие под сферу действия статьи II.2 (положения о РНБ. — В. А.)» (*Kilic Insaat Ithalat Ihracat Sanayi ve Ticaret v. Turkmenistan*, ICSID case No. ARB/10.1. Award. July 2, 2013 (*Kilic v. Turkmenistan* (Award). Par. 7.7.7).

ально-правовые гарантии, не подпадающие под РНБ, содержатся в основном ДИС, в то время как цель применения РНБ связана с обращением к процессуальным гарантиям, предоставленным ДИС с третьим государством.

Издержки широкого толкования проявляются не только в некорректном объединении конвенционных положений, принадлежащих к разным правовым источникам. Они заложены в самих широких формулировках, например в термине «все вопросы», с одной стороны, способствующем расширению сферы действия РНБ, а с другой — указывающем на уязвимость такого расширения путем проведения простого теста на допустимость включения всех вопросов, содержащихся в ДИС, в сферу действия РНБ²⁶. Также вызывает большие сомнения установление зависимости широкого толкования положения о РНБ, распространяющего свое действие и на арбитраж, от использования термина «инвестор» наряду или вместо термина «инвестиции»²⁷. Безусловно, указание на субъект правоотношения, обладающий правами и обязанностями, предполагает его способность ими воспользоваться, но не определяет, какие именно это права и обязанности. В свете продолжения острой дискуссии о включении процессуальных прав в сферу действия РНБ предлагаемый критерий вряд ли способствует снятию неопределенности²⁸.

Территориальные ограничения РНБ, обычно устанавливаемые договаривающимися государствами в ДИС, также не относятся к доводам в пользу распространения РНБ на международный арбитраж. Обязательства принимающего государства по предоставлению РНБ иностранным инвесторам с явной привязкой к его территории не могут охватывать формирование арбитражного трибунала и проведение арбитражного разбирательства за границей. Положения ДИС, заключенного с третьим государством, о разрешении международных инвестиционных споров носят экстерриториальный характер и по этой причине выходят за пределы действия положения о РНБ, содержащегося в основном ДИС²⁹. Косвенным подтверждением данного вывода является явно выраженный территориальный характер исключений из РНБ, обычно упоминаемых в основном ДИС: предоставление гарантий по вопросам таможенного, торгового и налогового характера. Международный характер инвестиционного арбитража объясняет причину, по которой договаривающиеся государства не указали механизм разрешения инвестиционных споров в перечне исключений, объединенных территориальным признаком³⁰.

²⁶ Как уже упоминалось, в деле *Berschader v. The Russian Federation* арбитражный трибунал указал на то, что положение о РНБ не может применяться к ст. 1 («Определения») и 7 («Право страховщиков на суброгацию») ДИС между СССР, Бельгией и Люксембургом, так как данные статьи не регулируют отношение к инвесторам (*Berschader v. The Russian Federation* (Award). Op. cit. Par. 188).

²⁷ Rubins N. MFN Clauses, Procedural Rights, and a Return to the Treaty Text // *Investment Treaty Arbitration and International Law* / Ed. by T. J. Grierson Weiler. NY, 2008. Vol. 1. P. 225.

²⁸ Об искусственности подхода, разделяющего сферу действия РНБ на вопросы, связанные с инвесторами и инвестициями, указывает Б. Стерн и приводит в качестве обоснования своей позиции мнения арбитражных трибуналов в делах *Siemens v. Argentina*, *Plama v. Bulgaria*, *Quasar v. The Russian Federation* (*Impregilo S.p.A. v. The Argentine Republic*, ICSID case No. ARB/07/17. Concurring and Dissenting Opinion by Brigitte Stern. May 5, 2011 (*Impregilo v. Argentina* (Dissenting Opinion by B. Stern). Par. 43).

²⁹ *Daimler v. Argentina* (Award). Op. cit. Par. 228–231.

³⁰ *Daimler v. Argentina* (Award). Op. cit. Par. 238.

При толковании спорных конвенционных положений не следует забывать о роли национального права, в особенности права принимающего государства, поскольку именно оно представляет собой общеизвестную коллизионную привязку в международном инвестиционном праве. Несмотря на ее субсидиарный характер, она является четким ориентиром, указывающим не просто на общие подходы к толкованию спорных конвенционных положений, а на четкую систему правовых норм, имеющих историю своего создания и применения в рамках законодательного процесса, судебной практики и научной доктрины. Отказ от следования правилам формальной логики при устранении пробелов или неясностей в правовом регулировании может быть объяснен рядом факторов, имеющих важное значение для соответствующего правопорядка. К примеру, при установлении императивности правовой нормы или пределов ее диспозитивности ключевую роль в российском гражданском праве играют необходимость защиты особо значимых охраняемых интересов, недопущение грубого нарушения баланса интересов сторон либо существо законодательного регулирования рассматриваемого вида договора³¹. Указанные факторы имеют неоспоримое преимущество перед любыми доводами арбитров, основанными на их личном усмотрении, поскольку официальные разъяснения высшего судебного органа обладают большей убедительной силой, чем частное мнение специалистов, пусть даже имеющих мировую известность и авторитет.

Установление намерения договаривающихся государств

Отклонение от правил формальной логики проявляется в еще большей степени, когда арбитры переходят от правового анализа текста международного инвестиционного соглашения к установлению намерения договаривающихся государств. Данный переход остается в рамках правовой традиции, когда соблюдается последовательность в применении способов толкования. Неясность или двусмысленность конвенционных положений не позволяет ограничиться буквальным толкованием и вынуждает арбитров устанавливать намерение разработчиков спорных правовых норм. Вместе с тем нельзя исключить случаи, когда арбитры злоупотребляют своими широкими дискреционными полномочиями и фактически заменяют первый способ толкования вторым³².

Преимущество упорядоченной системы толкования правовых норм над произвольным уяснением их смысла объясняется общим стремлением к справедливому разрешению споров. Наиболее эффективный путь к достижению этой цели лежит в области права, которое предусматривает правила толкования для различных форм волеизъявления договаривающихся сторон. В силу своей особой роли в правовом регулировании общественных или межгосударственных отношений правовая норма нуждается в установлении

³¹ П. 2 Постановления Пленума Высшего Арбитражного Суда РФ от 14.03.2014 № 16 «О свободе договора и ее пределах».

³² В деле *Berschader v. The Russian Federation* арбитражный трибунал отказался применять буквальное толкование в отношении термина «все вопросы» (*Berschader v. The Russian Federation* (Award). Op. cit. Par. 192). В более мягкой форме этот вывод был сформулирован в деле *Plama v. Bulgaria*. Арбитры оставили в термине «все вопросы» место для сомнения, что потребовало установления намерения договаривающихся сторон в ДИС между Болгарией и Кипром (*Plama v. Bulgaria* (Decision on Jurisdiction). Op. cit. Par. 205).

объективного значения содержащихся в ней терминов. Презумпции, сделанные арбитрами на этой стадии правового анализа, обладают высокой убедительной силой, если находят свое подтверждение в правовых источниках. Обращение к иным факторам: целям, преследуемым договаривающимися сторонами; их намерению; обстановке, сложившейся на момент заключения договора, — не исключает их субъективную трактовку, в связи с чем повышается вероятность ошибки в толковании правовых норм. Поэтому выводы, вытекающие из усмотрения арбитров, часто носят противоположный характер, что уменьшает их убедительную силу. Тем не менее они играют важную роль в объяснении мотивов арбитражных решений и описании того юридического инструментария, с помощью которого устанавливается намерение договаривающихся сторон, когда текст договора содержит неясности и двусмысленности.

Нетрудно заметить, что в приведенных выше рассуждениях центральное место среди факторов, оцениваемых арбитрами при толковании положений международного инвестиционного соглашения, занимает намерение договаривающихся государств. Несмотря на то, что в общих правилах толкования, предусмотренных ст. 31 Венской конвенции о праве международных договоров 1969 г. (далее — Венская конвенция 1969 г.), оно упоминается лишь однажды, в связи с установлением специального значения термина, арбитры не могут игнорировать этот фактор при определении объекта и целей международного договора; правовом анализе преамбулы, приложений или иных документов, относящихся к нему; любых последующих соглашений или последующей практики договаривающихся государств. Как результат психологической деятельности человека намерение является неотъемлемой предпосылкой появления всех перечисленных форм общего волеизъявления сторон. Каждая из них пытается настоять на своей позиции при обсуждении спорных вопросов, и лишь достижение компромисса является обязательным условием для перехода на заключительную стадию переговоров — придание договоренностям материальной формы. Отсутствие разногласий между сторонами также нуждается в фиксации, чтобы исключить возможность для недобросовестной стороны сослаться на них в будущем.

Наиболее четкой и распространенной формой закрепления достигнутых договоренностей является их словесное выражение в едином письменном документе. Общие правила толкования, предусмотренные в ст. 31 Венской конвенции 1969 г., содержат ссылку именно на эту форму, когда указывают на текст международного договора, его преамбулу и приложения, а также на его термины, которые должны толковаться в соответствии с их обычным значением и в их контексте. Вместе с тем необходимо иметь в виду, что словесное выражение не всегда точно отражает намерение договаривающихся государств. Поэтому для вопросов юрисдикции, привлекающих особое внимание арбитров, поскольку они затрагивают действительность их мандата на проведение арбитражного разбирательства, могут быть установлены повышенные требования к степени ясности и четкости, проявляемых в намерении договаривающихся государств³³. Эти требования воспроизводятся

³³ Установление каких-либо презумпций в подходах толкования не приветствуется в арбитражной практике. Обычно арбитры заявляют о своем стремлении установить волю сторон и дистанцируются от общих оценок своих методов: «Прежде всего, как и все другие согла-

в краткой формуле «явный и недвусмысленный» (clear and unambiguous), применяемой арбитрами при решении вопроса о распространении РНБ на арбитраж. Однако она не является панацеей от ошибочного толкования конвенционных норм или обнаружения в намерении договаривающихся государств вышеназванных характеристик. Сторонники либерального направления в инвестиционном праве могут усомниться в буквальном значении терминов, используемых в положении о РНБ или, наоборот, отбросить сомнения при оценке широких формулировок, если такой подход подтверждает юрисдикцию арбитражного трибунала. Тем не менее рассматриваемая формула, несмотря на ее недостатки, свидетельствует о преобладании буквального толкования и предпочтении объективированных форм волеизъявления, например текста международного договора³⁴, перед формированием различного рода предположений о намерении договаривающихся государств, основанных на факторах субъективного характера. В этот же ряд также можно поместить выбор в пользу явного условия (explicit stipulation), а не грамматической деконструкции (grammatical deconstruction) — одного из способов буквального толкования, допускающего расширительное значение спорных терминов исходя из обнаружения различий между ними, а не предметами, на которые они ссылаются³⁵.

Еще менее ясным и четким выглядит намерение договаривающихся государств при определении объекта и целей международного договора. Это объясняется смещением акцента на стремление сторон к достижению поставленных задач, выполнение которых станет возможным лишь в долгосрочной перспективе. В данной части волеизъявления можно обнаружить восприимчивость к приспособлению с учетом изменившихся обстоятельств — ключевой принцип функционального или теологического подхода в толковании международных договоров, но было бы ошибкой распространять действия этого принципа на все другие части волеизъявления.

Положения о разрешении инвестиционных споров, предусмотренные в международном инвестиционном соглашении, должны применяться

шения, соглашение об арбитраже не следует толковать или ограничительно, или как вопрос факта, расширительно или либерально. При его толковании следует избрать способ, который ведет к установлению и уважению общей воли сторон... Более того, — это еще один из принципов права — любое соглашение, включая соглашение об арбитраже, должно толковаться добросовестно, учитывая последствия обязательств, которые можно рассмотреть как разумно и правомерно предусмотренные сторонами» (*Amco Asia et al. v. Indonesia*, ICSID case No. ARB/81/1. Decision on Jurisdiction. September 25, 1983 (*Amco v. Indonesia* (Decision on Jurisdiction). Par. 14).

³⁴ Как указал арбитражный трибунал в деле *Garanti Koza v. Turkmenistan*, «лучшим указанием на намерение Договаривающихся государств в ДИС между Соединенным Королевством и Туркменистаном является текст этого международного договора, который они подписали» (*Garanti Koza LLP v. Turkmenistan*, ICSID case No. ARB/11/20. Decision on the Objections to Jurisdiction for Lack of Consent. July 3, 2013 (*Garanti Koza v. Turkmenistan* (Decision on Jurisdiction). Par. 57).

³⁵ В деле *Quasar v. The Russian Federation* арбитражный трибунал не согласился с истцом в том, что местоимение «такое» указывает на отношение в более широком смысле, чем ограниченное справедливым и равным отношением, о котором речь шла в п. 1 ст. 5 ДИС между СССР и Испанией. По мнению арбитражного трибунала, сам перечень исключений из РНБ, содержащийся в п. 3 ст. 5, не дает основания для лишения термина «справедливого и равного» квалифицирующего значения, распространяющегося на все упоминания термина «отношение» в данной статье (*Quasar v. The Russian Federation* (Award on Preliminary Objections). Op. cit. Par. 117).

с даты вступления его в силу, чтобы обеспечить иностранному инвестору эффективную защиту его интересов. Поэтому намерение договаривающихся государств, содержащееся в рассматриваемых положениях, обусловлено обстановкой, сложившейся на момент заключения соответствующего ДИС или МИС. Никакие обстоятельства, подверженные изменению в долгосрочной перспективе, включая появление новых подходов по расширению сферы действия согласия на арбитраж путем обращения к РНБ, не могут охватываться намерением договаривающихся государств при разработке и принятии положений о разрешении инвестиционных споров. Противоположный вывод привел бы не к уточнению значения спорных терминов, а к созданию новых факторов, усложняющих понимание терминов, не вызывающих сомнений в их толковании³⁶, не к добавлению более благоприятных регуляторов к существующему правовому режиму, а к замене согласованного способа разрешения спора³⁷.

Последним из упомянутых выше инструментов, с помощью которых устанавливается намерение договаривающихся сторон, является обстановка, сложившаяся на момент заключения международного договора. Отсутствие дискуссии в научной среде и профессиональном сообществе о распространении РНБ на арбитраж может служить доводом в пользу отсутствия намерения у договаривающихся сторон следовать современной тенденции³⁸. Разрыв между датами заключения ДИС и возникновения спора может составлять довольно значительный промежуток времени, в течение которого меняются представления о правовых институтах и подходы к их применению. В итоге складывается ситуация, когда предпринимаются попытки приспособить правовую норму под изменившиеся обстоятельства, что часто означает выход за пределы ее действия, существовавшие на момент ее создания. Для предотвращения таких последствий, недопустимых с точки зрения правовой традиции, арбитры обращаются к принципу «совпадения во времени» (*contemporaneity*). Применительно к вопросу о распространении РНБ на арбитраж данный принцип предписывает делать предположения о намерении сторон с учетом обстановки, существовавшей на момент заключения международного инвестиционного соглашения³⁹. Все другие факторы, не связанные с этим событием, включая последующую практику

³⁶ *Quasar v. The Russian Federation* (Award on Preliminary Objections). Op. cit. Par. 93.

³⁷ В деле *Plama v. Bulgaria* арбитражный трибунал отрицательно отнесся к попытке истца изменить арбитраж *ad hoc*, предусмотренный в ДИС между Болгарией и Кипром, на Международный центр по урегулированию инвестиционных споров (МЦУИС): «Одно дело добавить к отношению, предусмотренному в одном международном договоре, более благоприятное отношение, предусмотренное где-то в другом месте. Совсем другое дело – заменить процедуру, специально согласованную сторонами, на совсем другой механизм» (*Plama v. Bulgaria* (Decision on Jurisdiction). Op. cit. Par. 209).

³⁸ В деле *Berschader v. The Russian Federation* арбитражный трибунал исключил саму возможность формирования у договаривающихся сторон намерения распространить РНБ на арбитраж при заключении ДИС между СССР, Бельгией и Люксембургом: «Исходя из того, что вопрос о распространении арбитражной оговорки на положения РНБ не поднимался в юриспруденции на момент заключения Международного Договора, представляется более вероятным предположить, что Договаривающиеся Стороны просто не рассматривали возможность поглощения положением о РНБ, содержащимся в Статье 2, положений об арбитраже, содержащихся в Статье 10» (*Berschader v. The Russian Federation* (Award). Op. cit. Par. 202).

³⁹ Кроме дела *Berschader v. The Russian Federation* принцип *contemporaneity* был применен в делах *Daimler v. Argentina* (*Daimler v. Argentina* (Award). Op. cit. Par. 224) и *Garanti Koza v. Turkmenistan* (*Garanti Koza v. Turkmenistan* (Decision on Jurisdiction). Op. cit. Par. 57).

принимающего государства по распространению РНБ на арбитраж в более поздних ДИС, не должны становиться предметом правового анализа⁴⁰. Некоторые из них имеют лишь отдаленную связь с намерением договаривающихся государств, подлежащим установлению, по причине отсутствия единого правового источника; другие выполняют вспомогательную функцию, заполняя собой недостающие звенья в общей цепочке рассуждений.

Завершая правовой анализ презумпций, применяемых арбитрами при рассмотрении вопроса о распространении РНБ на арбитраж, нельзя не сказать о тех случаях, когда либеральный способ его решения вынужден ограничить себя не по причине использования неудачной терминологии в международном инвестиционном соглашении, допускающей различное толкование ключевых терминов, а по причине существования внешних факторов. Одним из таких факторов, наиболее часто встречающимся в арбитражной практике, является намерение договаривающихся государств, закрепленное в положении основного ДИС о разрешении инвестиционных споров и вступающее в противоречие с аналогичными положениями ДИС с третьим государством, к которым обращается иностранный инвестор в результате применения РНБ. Это намерение играет главную роль в формировании согласия на арбитраж⁴¹. Поэтому все другие признаки, указывающие на отклонение от общего волеизъявления сторон, должны рассматриваться с особой осторожностью. В данную категорию попадает положение о РНБ, посредством которого согласие на арбитраж может быть изменено или дополнено новыми условиями, инкорпорированными из ДИС с третьим государством. Вместе с тем необходимо иметь в виду, что характер таких изменений и дополнений не должен затрагивать основу согласия на арбитраж, например изменять способ разрешения инвестиционных споров. Справедливость данного тезиса следует из необходимости установить естественные границы применения РНБ, чтобы предотвратить наступления абсурдных последствий в случае злоупотребления иностранным инвестором своим правом на обращение к РНБ. Такие вопросы, как *ratione personae*, *ratione materiae*, *ratione temporis*, должны решаться в соответствии с положениями основного ДИС. Допустимость их модификации посредством применения РНБ привела бы к замене согласованной договаривающимися государствами системы правового регулирования на эклектическое соединение правовых норм,

⁴⁰ В деле *Kilic v. Turkmenistan* арбитражный трибунал признал неубедительными доводы истца, сославшегося на другие ДИС, заключенные договаривающимися государствами: ДИС между Турцией и Соединенным Королевством и ДИС между Туркменистаном и Соединенным Королевством, для того чтобы продемонстрировать намерение договаривающихся государств включать положения о разрешении инвестиционных споров в сферу действия РНБ: «...даже если Турция или Туркменистан включили такую оговорку в ДИС с другими Договаривающимися государствами в той степени, в которой этот факт что-то устанавливает, он не будет означать больше, чем то, что Турция и Туркменистан (и их соответствующие Договаривающиеся Стороны) пошли своим путем в тех ДИС и выразили свою позицию о том, что они хотели распространить и применить положения о РНБ к положениям о разрешении споров в тех ДИС» (*Kilic v. Turkmenistan* (Award). Op. cit. Par. 7.8.8).

⁴¹ В деле *Impregilo v. Argentina* Б. Стерн рассматривает согласие договаривающихся государств о разрешении инвестиционных споров в качестве одного из элементов *ratione voluntatis*, который также является «квалифицирующим условием для осуществления юрисдикционных прав», «дополнительным условием, относящимся к сфере согласия Государства с такой юрисдикцией» (*Impregilo v. Argentina* (Dissenting Opinion by B. Stern). Op. cit. Par. 78–79).

взятых из двух и более ДИС⁴². Тем самым конкретность правовых норм международного инвестиционного соглашения уступила бы абстрактности заложенного в нем принципа, а четкое волеизъявление договаривающихся государств — спекулятивным предположениям об их намерении приспособиться к изменившимся обстоятельствам или проявить повышенную заботу о защите интересов иностранного инвестора.

В арбитражной практике встречаются случаи, когда внешние факторы, ограничивающие применение РНБ, не носят бесспорный характер. К такой категории принадлежит оговорка о публичном порядке⁴³. Когда исполнение иностранного арбитражного решения подрывает основы национального правопорядка: угрожает безопасности государства или разрушает нравственные устои общества, — создание защитного механизма в виде вышеназванной оговорки понятно и оправданно. Государство не обладает возможностью влиять на формирование судебной или арбитражной практики за рубежом, но способно контролировать признание и приведение в исполнение иностранных судебных и арбитражных решений на своей территории. Подобный ход рассуждений уместен в отношении обязательств, возникающих между частными лицами, но выглядит неубедительным, когда речь идет об обязательствах договаривающегося государства, предусмотренных в международном инвестиционном соглашении, особенно в свете применения РНБ. Если принимающее государство берет на себя обязательство в основном ДИС распространить на иностранных инвесторов льготы и преимущества, закрепленные в ДИС с третьим государством, трудно представить, каким образом это может привести к нарушению публичного порядка. Закрепление льгот и преимуществ в ДИС с третьим государством уже свидетельствует о соответствии их публичному порядку принимающего государства, а изменение национальности иностранного инвестора не должно приводить к противоположному выводу. Что же касается вопроса о распространении РНБ на арбитраж, то здесь задача по обнаружению нарушений публичного порядка вообще становится практически невыполнимой, поскольку существование альтернативных способов разрешения споров поддерживается большинством стран в мире⁴⁴.

⁴² Как отметила Б. Стерн в деле *Impregilo v. Argentina*, «никогда не было признано, что условия *ratione personae*, *ratione materiae* и *ratione temporis* могли быть изменены путем обращения к положению о РНБ» (*Impregilo v. Argentina* (Dissenting Opinion by B. Stern). Op. cit. Par. 63).

⁴³ Впервые оговорка о публичном порядке была упомянута арбитражным трибуналом в деле *Maffezini v. Spain*: «Несмотря на тот факт, что применение оговорки о наиболее благоприятствующей нации к положениям о разрешении споров в контексте инвестиционных международных соглашений может привести к гармонизации и расширению сферы действия таких положений, существуют некоторые важные ограничители, которые необходимо иметь в виду. В силу принципа выгодоприобретатель по оговорке не должен иметь возможность действовать вопреки соображениям публичного порядка, которые договаривающиеся стороны предусмотрели в качестве основополагающих условий для заключения соответствующего соглашения, особенно когда выгодоприобретатель является частным инвестором, как это часто бывает. Сфера действия оговорки должна быть более узкой, чем она кажется на первый взгляд» (*Maffezini v. Spain* (Decision on Jurisdiction). Op. cit. Par. 62).

⁴⁴ В деле *Maffezini v. Spain* арбитражный трибунал пришел к выводу, что требование об обращении к национальным государственным судам до передачи спора на разрешение арбитража «не отражает основополагающий вопрос публичного порядка» (*Maffezini v. Spain* (Decision on Jurisdiction). Op. cit. Par. 64).

Общие выводы

В современном мире постоянно оказывается давление на традиционные представления об арбитраже со стороны практикующих юристов и ученых, разделяющих либеральные взгляды и идеи. Одним из первых радикальных шагов стало появление новой модели арбитража, допускающей отсутствие между спорящими сторонами правоотношения (*arbitration without privity*). Применение РНБ к процессуальным вопросам, включая положения ДИС или МИС о разрешении инвестиционных споров, еще больше увеличивает число источников, с помощью которых можно обнаружить согласие на арбитраж и установить юрисдикцию арбитражного трибунала по переданному ему на рассмотрение спору.

При таких обстоятельствах вопрос о правовой природе отношений, возникающих между участниками арбитражного разбирательства, не только сохраняет свою актуальность, но и переходит на новый качественный уровень правового анализа. Частноправовые методы решения спорных ситуаций не могут предложить стройную и последовательную систему правового регулирования. Сознательно сделанный акцент на широкое усмотрение арбитров при толковании терминов международного инвестиционного соглашения, его контекста, объекта и целей, при установлении намерения договаривающихся сторон не способствует созданию правовой определенности, формированию устойчивой и предсказуемой арбитражной практики, а, наоборот, приводит к появлению взаимоисключающих арбитражных решений. Единственным выходом, позволяющим арбитрам оставаться в рамках правового поля, является квалификация положений ДИС или МИС о разрешении инвестиционных споров в качестве международно-правовых норм.

Такая квалификация существенным образом ограничивает арбитров в толковании и применении положения о РНБ. Приоритетной задачей для них становится соблюдение иерархии правовых источников, устанавливаемой в соответствии с требованиями национального или международного права, а не обнаружение факторов, влияющих на создание правовых норм. Безусловно, последняя задача имеет большое значение для выработки подхода, с помощью которого спорное отношение может быть урегулировано, но ни в коем случае она не должна превалировать над правилами, предусмотренными применимой системой правового регулирования.