

О роли арбитражей в развитии инвестиционного права на примере определения понятия «капиталовложение»

Сергей Уоскин*

В статье рассматривается роль международных арбитражей в прояснении содержания норм международного инвестиционного права. Анализ начинается с рассмотрения различных способов воздействия решений международных органов по разрешению споров на развитие международного права и особенностей инвестиционных арбитражей, способных оказать влияние на возможность использования ими этих способов. Влияние этих особенностей рассматривается на примере практики арбитражей по вопросу о значении понятия «капиталовложение» в Вашингтонской конвенции.

→ *Источники международного права, инвестиционный арбитраж, толкование международных договоров, международные органы по разрешению споров, понятие «капиталовложение»*

Достаточно бесспорно, что международные суды¹ занимаются не только правоприменением². Вообще, при определении наличия нормы международного обычного права или толковании неясной формулировки международного договора трудно провести границу между правоприменением и созданием новых норм.

Данные тезисы справедливы и по отношению к нормам, регулирующим защиту прав иностранных инвесторов, международному инвестиционному праву. Однако существует и ряд особенностей. Споры, связанные с применением международного инвестиционного права, разрешаются составами арбитра-

ров, назначаемыми для разрешения каждого конкретного дела. Эти арбитражи во многом схожи с международными судами: их функцией также является независимое разрешение спора между сторонами на основании применения норм права. В связи с этим многие черты международных судов одинаково присущи и международным арбитражам. Второй особенностью является наличие определённого круга повторяющихся сложных правовых вопросов, с которыми международные инвестиционные арбитражи сталкиваются практически в каждом деле.

Настоящая статья состоит из трёх частей. Первая посвящена вопросу роли междуна-

* Уоскин Сергей Владимирович — адвокат Адвокатской палаты Санкт-Петербурга, аспирант кафедры международного права Московского государственного университета имени М. В. Ломоносова (e-mail: sergey.usoskin@gmail.com).

¹ В настоящей статье два термина «международные суды» и «международные органы по разрешению споров» используются в качестве синонимов и в максимально широком понимании, если иное не следует из контекста. К ним, в частности, относятся международные и региональные суды, третейские группы и апелляционный орган ВТО.

² Вопрос о влиянии решений национальных судов на развитие международного права не рассматривается: недавно подробно обсуждался в рамках семинара, проведённого Лейденским журналом международного права, см. *Leiden Journal of International Law*. 2013. Vol. 26.

родных органов по разрешению споров в формировании и развитии международного права. Во второй рассматриваются особенности международных инвестиционных арбитражей в сравнении с другими органами по разрешению споров и их влияние на роль таких арбитражей в рассматриваемом вопросе. Наконец, в третьей части описывается влияние практики инвестиционных арбитражей на развитие международного права на примере определения понятия «капиталовложение» в Вашингтонской конвенции³.

1. Роль международных органов по разрешению споров в развитии международного права

Международные органы по разрешению споров влияют на развитие международного права несколькими способами. Они толкуют и объясняют нормы обычного международного права и международных договоров. Их решения способствуют «кристаллизации» обычных норм и определенных вариантов толкования международного договора. Наконец, решения международных судов выступают в качестве фактических прецедентов, самостоятельных с практической точки зрения источников права.

А. Прояснение содержания норм международного права

Как будет более подробно обосновано ниже, решения международных судов не являются обязательными прецедентами, однако играют важную роль в принятии решений по другим делам. В связи с этим они, безусловно,

влияют на развитие норм международного права⁴. Вопрос, который рассматривается в данном разделе, заключается в следующем: должен ли международный суд в своем решении разрешить только имеющийся между сторонами спор⁵, или он должен еще и способствовать прояснению существующих норм международного права, связанных с предметом спора⁶?

С учетом текущего состояния международного права как системы, международные суды не могут ограничиваться только разрешением споров между сторонами. Во-первых, роль судов и законодательных органов в формировании любой правовой системы, в том числе международного права, изменяется по мере ее развития. Для любой системы характерно, что на ранних этапах развития органы по разрешению споров играют более значительную роль⁷. Такая необходимость связана с недостаточной детализированностью правовых норм на этих этапах. Во-вторых, значение решений международных судов для установления содержания норм международного права выше, потому что «правотворческий» процесс гораздо более медленен и затруднен в сравнении с национальными правовыми системами⁸.

В последнее время, по крайней мере среди учёных, можно наблюдать рост популярности подобного подхода⁹. Не отстают и международные органы по разрешению споров. Даже Международный Суд в отдельных решениях отказывается от роли органа, функцией которого является исключительно разрешение конкретного спора, и формулировал более общие нормы международного права¹⁰. В отличие от Международного Суда, Евро-

³ Слово «капиталовложение» используется в настоящей статье в качестве синонима слова «инвестиция». Хотя в большинстве переводов Вашингтонской конвенции на русский язык использовано именно последнее слово, мы считаем оправданным использование слова как раньше пришедшего в русский язык и используемого в соглашениях Российской Федерации о поощрении и защите капиталовложений.

⁴ *Jacob M.* Precedents: Lawmaking Through International Adjudication in von Bogdandy A., Venzke I. (eds.). *International Judicial Lawmaking: On Public Authority and Democratic Legitimation in Global Governance*. Springer, 2012. P. 48.

⁵ *Thirlway H.* The Drafting of ICJ Decisions: Some Personal Recollections and Observations // *Chinese Journal of International Law*, 2006. Vol. 5. P. 23.

⁶ *Abi-Saab G.* Cours general de droit international public // *Recueil des cours*. Vol. 207. P. 271–272.

⁷ *Kaufmann-Kohler.* Arbitral Precedent: Dream, Necessity or Excuse // *Arbitration International*. Vol. 23. P. 374.

⁸ *Cheng T.-H.* Precedent and Control in Investment Treaty Arbitration in Bjorklund A.K., Laird I.A., Ripinsky S. (eds.). *Investment Treaty Law: Current Issues III (BIICL)*. P. 156.

⁹ *Von Bogdandy A., Venzke I.* On the Functions of International Courts: An Appraisal in Light of their Burgeoning Public Authority // *ACIL Research Paper No. 2012-10*. URL: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2084079 (дата обращения: 15.08.2013). P. 1.

¹⁰ Например, International Court of Justice, *Oil Platforms (Iran v United States of America)*. Judgment of 6 November 2003 // *I.C.J. Reports 2003*. P. 161; International Court of Justice, *Consequences of Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory*, Advisory Opinion of 9 July 2004 // *I.C.J. Reports 2004*. P. 136.

пейский Суд по правам человека с самого начала видел свою роль в «прояснении... и развитии норм, порождённых Конвенцией»¹¹.

Таким образом, международный суд может, а в некоторых случаях должен, своими решениями способствовать установлению содержания норм международного права. Более того, с увеличением числа дел, рассматриваемых международными судами, данный процесс становится неизбежным. Как показало исследование практики Суда Европейского Союза, на определённом этапе число правил, сформулированных Судом при рассмотрении конкретных дел, становится настолько большим, что они волей-неволей формируют правовую систему¹². Можно предположить, что к такому же результату приведёт и возрастание числа дел, рассматриваемых международными судами, применяющими общее международное право.

Б. «Кристаллизация» значения неоднозначных норм международного права

Выше мы уже отметили два важных фактора, которые оказывают значительное влияние на функцию международных судов, рассматриваемую в этом разделе. Во-первых, сложность проведения грани между правоприменением и правотворчеством. Во-вторых, неповоротливость и сложность «правотворческого» процесса в международном праве. Эти факторы обуславливают особую роль международных судов в «правотворческом» процессе.

Международный суд может улавливать направления развития международного обычного права или практики применения международного договора и подталкивать государства к их оформлению, формированию *opinio juris*, или подтверждению, что практика применения договора отражает соглашение о толковании соответствующего положения¹³. Такая возможность существует в связи с тем, что согласие государства может быть выра-

жено не только в форме действия или прямого подтверждения, но и отсутствием протеста против однозначного заявления другого субъекта международного права.

Из этого не следует, что международные суды вправе создавать и применять новые нормы права. Также они не вправе ставить «эксперименты» в конкретных делах, используя решение по спору между сторонами как способ проверить готовность государств принять ту или иную норму международного права, которую суд считает полезной или целесообразной. Необходимость соблюдения этого правила вытекает не только из обязанности судов применять *существующие* нормы, но и из элементарных интересов самосохранения. С другой стороны, международный суд не может провозгласить *non liquet*: решить, что определённый вопрос не регулируется нормами международного права или что существующие нормы недостаточно ясны. В этой ситуации суд должен сделать выбор, прийти к тому или иному выводу. Именно в таких делах он может сделать шаг к «кристаллизации» нормы, которую он считает предпочтительной.

Приведённые выше рассуждения имеют всё возрастающее практическое значение. Например, в научных публикациях отмечается тенденция к формированию международного права «аутокаталитическим» способом, то есть в отсутствии практики государств по соответствующему вопросу, на основе диалога между Международным Судом и Комиссией международного права при отсутствии реакции со стороны государств¹⁴. Не обошли вниманием эту тенденцию и сами международные суды. В частности, апелляционная палата Специального трибунала по Ливану отметила возможность возникновения нормы обычного права в результате комбинации двух обстоятельств: череды решений международных судов, провозглашающих и применяющих данную норму, и отсутствия возражений со стороны государств¹⁵.

¹¹ European Court of Human Rights, *Ireland v. United Kingdom*. App. No. 5310/70. Judgment of 18 January 1978 (Plenary) // Series A, No. 25. § 154.

¹² *Jacob*. Op. cit. P. 54 (на примере Суда ЕС).

¹³ См. в том числе Тункин Г.И. Теория международного права. М.: Издательство «Зерцало», 2000. С. 163.

¹⁴ *Villalpando S.* On the International Court of Justice and the Determination of Rules of Law // *Leiden Journal of International Law*, 2013. Vol. 26. Issue 2. P. 248 (стоит оговориться, что отсутствие реакции (протеста) также является доказательством практики государств).

¹⁵ Special Tribunal for Lebanon (Appeals Chamber), Case No. CH/AC/2010/02, Decision on Appeal of Pre-Trial Judge's Order Regarding Jurisdiction and Standing, 10 November 2010. § 47.

В качестве примеров «диалога» между государствами и международными органами по разрешению споров можно привести несколько дел, связанных как раз с защитой прав иностранных инвесторов¹⁶.

В 1926 году комиссией по разрешению споров между США и Мексикой было вынесено знаменитое решение по делу *Ниур против Мексики*. В нём был сформулирован так называемый «минимальный стандарт обращения с иностранцами», основанный на международном обычном праве. Комиссия указала, что нарушением этого стандарта являются только действия государства, которые можно охарактеризовать как «*произвол, недобросовестность...*»¹⁷. Государства и ранее признавали, что обязаны соблюдать определённые стандарты обращения с иностранцами, однако их содержание оставалось неопределённым. В этой ситуации арбитры по делу *Ниур* восполнили существующий пробел, предложив свой достаточно гибкий стандарт. Он был с большим энтузиазмом воспринят государствами как точное отражение норм обычного права. При этом, как укажет более чем через семьдесят лет арбитраж в другом деле, сформулированный в деле *Ниур* стандарт не был основан на анализе «всеобщей практики, признанной в качестве правовой нормы»¹⁸, то есть образцом классического применения существующей нормы международного обычного права.

Другой пример связан с толкованием Североамериканского соглашения о свободной торговле (далее — НАФТА). Согласно статье 1105 соглашения «[к]аждая Страна должна обеспечивать капиталовложениям инвесторов другой стороны обращение в соответствии с международным правом, включая справедливое обращение...». В апреле 2001 года арбитраж признал, что данное положение обязывает государства не только соблюдать минимальный стандарт защиты иностранцев согласно нормам междуна-

ного обычного права, но и обеспечивать инвесторам «справедливое обращение»: по мнению арбитров, последнее требование подразумевало больше гарантий прав инвестора¹⁹. Примерно через три месяца Комиссия по свободной торговле, специальный орган, созданный государствами-участниками НАФТА, принял «толкование» соглашения, в котором указал, что НАФТА обязывает государства соблюдать только минимальный стандарт обращения с иностранцами, закреплённый в международном обычном праве²⁰. Таким образом, стороны НАФТА оценили предложенное арбитрами толкование соглашения, не согласившись с ним и приняли документ, уточняющий (а точнее, изменяющий) значение соответствующего положения.

Из приведённых примеров можно сделать два вывода. Во-первых, государства признают роль международных органов по разрешению споров в развитии международного права и во многих случаях соглашаются с правилами, сформулированными в их решениях, даже если они не основаны на однозначно существовавшей в момент вынесения решения норме международного права. Во-вторых, государства также обладают инструментами реагирования на излишний, по их мнению, «активизм» международных судов и арбитражей.

Следует также, отметить, что влияние решений международных органов по разрешению споров на развитие норм международного права не стоит переоценивать. Они выступают только в качестве инструмента ускорения данного процесса: решающая роль остаётся за государствами. Именно исходя из этого тезиса необходимо оценивать влияние конкретных решений. Отсутствие реакции со стороны государств на решение в конкретном деле не всегда является достаточным доказательством их полного согласия со сделанным в этом решении выводом. Оценивать необходимо всю совокупность обстоятельств: важ-

¹⁶ Существуют и другие примеры, например, знаменитая полемика между Международным Судом, Международным трибуналом по бывшей Югославии и Комиссией по международному праву по вопросу об условиях ответственности государства за действия частных лиц, в случае если государство в определённой степени контролирует их действия.

¹⁷ US/Mexico General Claims Commission, L.F.H. Neer and Pauline Neer v United Mexican States, Decision of 15 October 1926 // Reports of International Arbitral Awards, Vol. 4. P.61. § 4.

¹⁸ ICSID, Railroad Development Corporation v Republic of Guatemala. Case No. ARB/07/23. Award of 29 June 2012. § 216.

¹⁹ ICSID Additional Facility, Pope & Talbot, Inc v Canada, Award on the Merits of Phase II of 10 April 2001 // ICSID Reports. Vol. 5. P.236. § 110.

²⁰ Notes of Interpretation of Certain Chapter Eleven Provisions, Free Trade Commission 31 July 2001. URL: http://www.sice.oas.org/tpd/nafta/Commission/CHI1understanding_e.asp (дата обращения: 15.08.2013).

ность вопроса, который решён в соответствующем деле, известность органа, принявшего соответствующее решение, наличие или отсутствие последовательной практики применения соответствующей нормы международными органами по разрешению споров. В связи с этим, например, наличие «череды решений» — обстоятельство, на котором во многом было основано решение Специального трибунала по Ливану — может являться убедительным доказательством, но не является неперенным условием. С другой стороны, единичное решение международного суда, если оно не привлекло к себе значительного внимания мирового сообщества, вряд ли может выступать доказательством признания государствами сформулированных в нём норм международного права.

В. Прецедентный характер решений международных органов по разрешению споров

Международное публичное право как применяемое к существу споров, рассматриваемых международными судами, накладывает свой отпечаток на роль судебного решения как прецедента. Когда в начале XX века обсуждался Статут Постоянной Палаты Международного Правосудия, представители стран общего права и континентальной правовой системы были едины во мнении, что создаваемый суд не должен творить право, создавать прецеденты в значении, придаваемом этому термину в странах общего права²¹.

Однако, не являясь прецедентами с формальной точки зрения, судебные решения играют важную практическую роль в международном публичном праве²². Как написал в своём особом мнении в 1970 году судья

Ф. Джессоп «влияние решений Суда шире, чем их обязательная сила»²³.

Во-первых, прецеденты выступают в качестве одного из способов обоснования решения по новому делу²⁴. Именно этот способ использование судебных решений признан в статье 38(1)(d) Статута Международного Суда: предыдущее судебное решение, обосновывающее существование той или иной нормы международного права (или определённого понимания нормы международного договора), освобождает суд, рассматривающий новое дело, от необходимости повторно обосновывать данную позицию, если он согласен с аргументами, содержащимися в ранее вынесенном решении.

Во-вторых, ссылка на прецедент выступает способом легитимации решения, принимаемого судом. Она подтверждает, что применяемая норма не является новой и не «создаётся» судом в рамках конкретного дела²⁵.

В-третьих, последовательность и единообразие в подходах к одинаковым ситуациям являются основой легитимности любой системы²⁶. В связи с этим необходимость поддержания доверия к системе международного правосудия требует от судов учёта ранее вынесенных решений²⁷. Именно этот фактор, по мнению многочисленных международных органов по разрешению споров, требует следования ранее вынесенным решениям²⁸.

Безусловно, в некоторых случаях суды должны отступать от прецедентов. Например, суд не должен следовать ранее вынесенному решению, если изменились нормы договорного или обычного права, применённые в нём, или иные обстоятельства, на которых было основано решение суда²⁹. Кроме того, международный суд может просто признать свою ошибку. Можно предположить, что в

²¹ См. подробнее *Guillaume G. The Use of Precedent by International Judges and Adjudicators // Journal of International Dispute Settlement*, 2011. Vol. 2. Issue 1. P.8–9.

²² См. напр., *Голубок С.А.* Распространение международных судов и трибуналов: признак фрагментации или укрепления международного права? // *Международное правосудие*, 2011. № 1. С. 6.

²³ *International Court of Justice, Barcelona Traction, Light and Power Company Limited (Belgium v Spain)*. Judgment of 5 February 1970. Separate Opinion of Judge Jessup // *I.C.J. Reports* 1970. P.163. § 9.

²⁴ *Jacob. Op. cit.* P.43.

²⁵ *Jacob. Op. cit.* P.45.

²⁶ Это отмечал в своё время известный философ права Лон Фуллер (см. *Kaufmann-Kohler. Op. cit.* P.373).

²⁷ *Jacob. Op. cit.* P.51.

²⁸ Напр., *International Court of Justice, Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Croatia v Serbia)*, Preliminary Objections, Judgment of 18 November 2008 // *I.C.J. Reports* 2008. P.429. § 54; *WTO Appellate Body, Japan-Alcoholic Beverages (II)*, 11/AB/R, Report of 4 October 1996. P.14–15; *ICTY Appeals Chamber, Prosecutor v Aleksovski*, IT-95-14/1-A. Judgment of 24 March 2000. § 107–111.

²⁹ См. *Guillaume. Op. cit.* P.12–13.

обеих описанных ситуациях (I) у сторон отсутствует ожидание, что суд применит устаревший или ошибочный прецедент: (II) старый прецедент не может быть использован в качестве инструмента установления текущего состояния международного права, (III) он также не может быть использован как средство легитимации решения. Соответственно, отсутствуют и описанные выше основания для его применения.

2. Особенности международных арбитражей, разрешающих инвестиционные споры, влияющие на их роль в развитии международного права

Инвестиционные арбитражи, как и другие арбитражи, существенно отличаются в институциональном плане от классических международных судов. Они создаются по соглашению сторон для рассмотрения конкретного спора, их расходы финансируются сторонами спора. Ниже мы остановимся на основных различиях между постоянно действующими международными судами и инвестиционными арбитражами, влияющими на рассматриваемый нами вопрос.

Во-первых, все международные арбитражи не являются постоянно действующими органами и состав арбитров, рассматривающих конкретное дело, всегда уникален. При этом достаточно очевидно, что постоянство органа, рассматривающего споры, является одним из факторов, повышающим вероятность последовательности в его практике (и делающим её более ожидаемой).

Однако инвестиционный арбитраж имеет ряд особенностей в сравнении с классическим коммерческим или межгосударственным арбитражем, которые потенциально могут оказать влияние на рассматриваемый нами вопрос. Большинство дел рассматривается ограниченным кругом арбитров. Согласно недавно проведённому исследованию, 15 арбитров участвовали в рассмотрении более половины (55 %) инвестиционных споров³⁰. Кроме того, большинство дел рассматри-

ваются институциональными арбитражами, действующими на основании Конвенции о разрешении инвестиционных споров между государствами и гражданами других государств (*далее* – Вашингтонская конвенция). Секретариат Международного центра по урегулированию инвестиционных споров (*далее* – МЦУИС) предоставляет каждому составу арбитров секретаря, который является юристом, специализирующимся на инвестиционном арбитраже, и сотрудником секретариата. В этой ситуации у секретариата МЦУИС есть целый ряд механизмов «мягкого» воздействия на арбитров с целью обеспечения последовательности практики (от обращения внимания арбитров на ранее вынесенные решения и подходы, сформированные в практике, до участия в подготовке решений). Подобная практика, как следует из публичных источников, успешно существует в рамках третейских групп Всемирной торговой организации (*далее* – WTO), формируемых для рассмотрения каждого дела. В частности, работники Секретариата WTO участвуют в подготовке проектов докладов³¹.

Насколько мы понимаем, МЦУИС предпринимал попытку усилить взаимодействие между юристами Секретариата и арбитрами, рассматривающими конкретные споры, однако она столкнулась с жёсткой критикой со стороны некоторых арбитров. Они указывали, что решения должны приниматься ими независимо, на основании позиций сторон и без учёта позиции Секретариата³². Можно предположить, что существует несколько причин, по которым практика взаимодействия между Секретариатом и судьями (арбитрами), которая существует как в рамках WTO, так и в постоянных международных судах, не может быть в полной мере перенесена в МЦУИС. Члены арбитражных трибуналов МЦУИС являются юристами и (в большинстве случаев) специалистами в области международного арбитража. Поэтому им в меньшей степени, чем, например, членам третейских групп WTO, необходима поддержка юристов Секретариата по правовым вопросам. В отличие от постоянных судов, арбитры не

³⁰ Eberhardt P., Olivet C. Profiting from Injustice. Nouvelles Imprimeries Havaux, 2012. P.8.

³¹ Hanp., Ehlerhmann C.-D. Experience from the WTO Appellate Body // Texas International Law Journal, 2003. Vol. 38. P.473.

³² ICSID, Compania de Aguas del Aconquijla S.A. and Vivendi Universal S.A. v Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/97/03, Decision of the ad hoc committee of 10 August 2010. Additional Opinion of Professor J. H. Dalhuisen under Article 48(4) of the ICSID Convention.

взаимодействуют с юристами секретариата МЦУИС на ежедневной основе, что неизбежно сказывается на степени их доверия к ним.

В любом случае МЦУИС предпринимает ряд других мер, направленных на обеспечение последовательности практики. Генеральный секретарь МЦУИС старается использовать своё полномочие рекомендовать председателю состава арбитров и членов специального комитета (*ad hoc committee*) с тем, чтобы создать определённый «костяк» арбитров, участвующих в рассмотрении дел. Помимо этого, Секретариат МЦУИС недавно опубликовал комплексное исследование практики специальных комитетов (*ad hoc committees*) по делам об отмене решений арбитражей³³. Хотя выводы, сделанные в данном исследовании, не являются обязательными, можно предположить, что они окажут определённое влияние на арбитров.

С учётом всего изложенного, отсутствие постоянного состава арбитров может оказывать определённое влияние на последовательность практики в инвестиционном арбитраже, однако существует целый ряд компенсирующих факторов, которые снижают влияние этого обстоятельства.

Вторым немаловажным фактором является источник финансирования арбитража, рассматриваемого инвестиционный спор. Можно предположить, что постоянные международные суды создаются и финансируются сторонами не только в качестве готового форума для разрешения конкретных споров, но и для создания единообразной и последовательной практики. В этом смысле они в чём-то аналогичны национальным судам. Исходя из этого, развитие и прояснение норм международного права относятся к их компетенции. Напротив, инвестиционный арбитраж финансируется сторонами, при этом размер расходов сторон часто прямо зависит от количества времени, потраченного арбитрами на рассмотрение спора и подготовку ре-

шения. Возникает вопрос, должны ли стороны платить за время, потраченное арбитрами на решение и подробное обоснование абстрактных норм международного инвестиционного права³⁴?

Представляется, что значение этого фактора не стоит переоценивать. Стороны заинтересованы в предсказуемости разрешения спора, а также в его правовой обоснованности, о чём свидетельствует, например, требование указания мотивов решения³⁵. Кроме того, если арбитры считают, что они выполняют и публичные функции, такие как прояснение и развитие норм международного инвестиционного права, ничто не мешает им выполнять их бесплатно для сторон, то есть не учитывать время, потраченное на выполнение соответствующей части работы.

Инвестиционный арбитраж обладает также и чертами, которые приближают его к международным судам. Во-первых, в большинстве споров, рассматриваемых международным инвестиционным арбитражем, применяется международное публичное право — соответственно, на них, как и на международные суды, ложится большая ответственность в определении значения и развитии его норм. В этом заключается отличие от коммерческого арбитража, который в большинстве случаев применяет национальное право определённого государства, представляющее собой гораздо более развитую и полную систему. Во-вторых, принудительное исполнение выносимых по данной категории споров решений затруднено в связи с особым положением ответчика как государства. В связи с этим возрастает необходимость легитимности решения с точки зрения обеих сторон спора³⁶. В-третьих, в отличие от большинства коммерческих арбитражей, инвестиционные арбитражи постоянно сталкиваются с повторяющимися правовыми проблемами, что усиливает необходимость в их последовательном разрешении³⁷.

³³ Background Paper on Annulment for the Administrative Council of ICSID dated 10 August 2012. URL: <https://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=ICSIDNewsLettersRH&actionVal>ShowDocument&DocId=DCEVENTS11> (дата обращения: 15.08.2013).

³⁴ Weidermaier W.M.C. Toward a Theory of Precedent in Arbitration // William and Mary Law Review, 2010. Vol. 51. P.1903; см также Berman F. The Interpretation and Application of Fair and Equitable Treatment: An Arbitrator's Perspective. URL: <http://www.ejiltalk.org/the-interpretation-and-application-of-fair-and-equitable-treatment-an-arbitrators-perspective/#more-8858> (дата обращения: 15.08.2013).

³⁵ Weidermaier. Op. cit. P.1917.

³⁶ Ibid. P.1918–1919.

³⁷ Эта черта инвестиционного арбитража не является уникальной, другими примерами являются спортивный арбитраж и арбитраж относительно прав на доменные имена, где наличие повторяющихся правовых вопросов также привело к усилению роли прецедента (см. Guillaume. Op. cit. P.16).

Исходя из всего изложенного, мы можем сделать несколько выводов. Во-первых, существуют теоретические и практические основания для признания функцией международных инвестиционных арбитражей не только разрешения конкретных споров, но и прояснения и развития норм международного инвестиционного права. Во-вторых, существуют механизмы для и потребность в обеспечении последовательности применения одних и тех же норм международных договоров инвестиционными арбитражами.

Проблема заключается и в том, что среди арбитров, рассматривающих инвестиционные споры, отсутствует консенсус по вопросу их роли. До настоящего времени существует две полярных точки зрения: арбитражи должны стремиться к формированию *jurisprudence constante* и понятного и предсказуемого правового регулирования³⁸, или, наоборот, единственной задачей арбитров является разрешение конкретного спора, последовательность их решения и другие факторы не должны иметь никакого значения³⁹.

В зависимости от отношения арбитра к роли решения арбитража для дальнейшего развития международного инвестиционного права может отличаться и его отношение к значению мотивировочной части решения (в сравнении с резолютивной). Иными словами, арбитр, который считает своей основной задачей разрешение спора между сторонами, может гораздо менее трепетно относиться к мотивировочной части решения. Соответственно, он может не высказать возражений против включения в неё правовых позиций, с которыми он не согласен, если его устраивает решение арбитража по предмету спора⁴⁰. Более того, включение такой позиции может

выступить «разменной монетой» в рамках обсуждения решения арбитрами, при этом ценность такой «монеты» высока, поскольку в трибунале из трёх человек голос любого арбитра может иметь решающее значение. Доказательствами этого феномена служат два обстоятельства. Во-первых, некоторые правовые позиции практически неизменно повторяются в решениях, вынесенных трибуналами, в состав которых входит тот или иной арбитр⁴¹. Во-вторых, иногда арбитры занимают диаметрально противоположные позиции по одному и тому же вопросу в разных делах⁴².

Данный феномен имеет как позитивные, так и негативные последствия с точки зрения роли арбитражей в развитии международного инвестиционного права. С одной стороны, он снижает предсказуемость действий того или иного арбитра при решении повторяющихся вопросов, а также ставит под вопрос равную легитимность всех правовых позиций, содержащихся в решении арбитража. С другой стороны, он даёт отдельным арбитрам (в большинстве случаев выдающим свою роль в развитии международного инвестиционного права) дополнительную площадку и способ легитимации своих позиций.

3. Влияние решений международных инвестиционных арбитражей на определение значения понятия «капиталовложение» в Вашингтонской конвенции

Одним из наиболее спорных вопросов в международном инвестиционном праве является значение понятия «капиталовложение» в Вашингтонской конвенции — международном договоре, которым создан наиболее по-

³⁸ ICSID, Saipem S.P.A. v The People's Republic of Bangladesh, ICSID Case No. ARB/05/07, Decision on Jurisdiction and Recommendation on Provisional Measures of 21 March 2007. § 67.

³⁹ UNCITRAL Arbitration, Romak S.A. v The Republic of Uzbekistan, PCA Case No. AA280. Award of 26 November 2009. § 170–171.

⁴⁰ ICSID, Daimler Financial Services v. Argentina, ICSID Case No. ARB/05/1. Separate Opinion of Arbitrator Bello Janeiro, 16 August 2012.

⁴¹ Например, в решениях арбитражей, где одним из арбитров является профессор Кауфманн-Келер, практически всегда после 2007 года повторяется позиция об обязанности следовать ранее вынесенным решениям, если нет убедительных оснований для отступления от них (напр., ICSID, Duke Energy Electroquil Partners and Electroquil Partners S.A. v Republic of Ecuador, ICSID Case No. ARB/04/18. Award of 18 August 2008. § 117; ICSID, Government of the Province of East Kalimantan v PT Kaltim Prima Coal and others, ICSID Case No. ARB/07/3. Award on Jurisdiction of 28 December 2009. § 160).

⁴² Безусловно, это может быть вызвано целым рядом причин — изменением мнения арбитра, убедительностью позиций сторон и представленными ими доказательствами и т. п. Например, профессор Ян ван ден Берг был арбитром в двух спорах, в которых решался вопрос о наличии «состояния необходимости», оправдывающего действия Аргентины в 2001–2003 годах. В одном деле было признано наличие такого состояния, а в другом нет, но в обоих с Аргентины была взыскана компенсация (ICSID, LG&E Energy Corp et al. v Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/02/1. Decision on Liability of 3 October 2006; ICSID, Enron Corporation Ponderosa Assets L.P. v Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/01/3. Award of 22 May 2007).

пулярный и востребованный на сегодняшний день механизм разрешения инвестиционных споров. Данный вопрос является ключевым, поскольку именно от ответа на него зависит круг споров, которые могут быть рассмотрены с использованием данного механизма. В связи с этим, нам показалось оправданным использовать именно его в качестве примера для анализа роли арбитражей в развитии международного инвестиционного права, и влиянии выбора того или иного подхода к своей роли в этом процессе на принимаемые решения⁴³.

Сложность заключается в том, что Вашингтонская конвенция не содержит определения понятия «капиталовложение», да и его обычное значение не является однозначным. Неудивительно, что это один из вопросов, по которому отсутствует единообразная практика⁴⁴.

В существующей практике арбитражей можно условно выделить три основных подхода к определению значения понятия «капиталовложение» в Вашингтонской конвенции.

Первый заключается в том, что согласие сторон на передачу спора на рассмотрение арбитража, действующего на основании Вашингтонской конвенции, означает согласие сторон с тем, что этот спор связан с «капиталовложением», и именно оно имеет решающее значение⁴⁵. Соответственно, используемое в статье 25 понятие «капиталовложение» не имеет автономного значения, и стороны каждого спора вправе самостоятельно определять его.

Согласно второму подходу, понятие «капиталовложение» в Конвенции имеет автономное значение, поэтому соглашение сто-

рон относительно того, передать ли спор на рассмотрение арбитража не имеет *решающего* значения. Вместе с тем, отмечается, что понятию «капиталовложение» должно придаваться максимально всеобъемлющее значение, и вопрос о наличии или отсутствии капиталовложения должен решаться в каждом конкретном деле в зависимости от его обстоятельств⁴⁶. При этом арбитражи отказываются от формулирования абстрактного общего определения понятия «капиталовложение».

Согласно третьему подходу, понятие «капиталовложение» может быть определено через ряд признаков. При этом существует консенсус относительно двух признаков: необходимости наличия вложения и связанного с ним риска. Споры вызывают и другие признаки, такие как длительность вложения, ожидание дохода, вклад в развитие принимающего государства⁴⁷, соответствие капиталовложения закону и добросовестность инвестора⁴⁸. При этом решения, в которых формулируются данные признаки, редко содержат подробное объяснение причин выбора того или иного их набора, а также отказа от других признаков. Наконец, отсутствует и единое понимание содержания каждого из этих признаков.

Во многом данные разногласия по вопросу о значении понятия «капиталовложение» объясняются различием во взглядах на роль инвестиционных арбитражей в применении и развитии международного права.

Например, отказ от определения значения понятия «капиталовложение» и подмена определения ссылкой на абстрактные пределы допустимого значения может обосновываться

⁴³ Похожие вопросы уже рассматривались применительно к другим институтам международного инвестиционного права, таким как обязательство по справедливому обращению, гарантия соблюдения обязательств и т. п. (см. напр., *Kaufmann Kohler*. Op. cit.; *Cheng T.-H.* Op. cit. P. 164 et seq.).

⁴⁴ ICSID, Philip Morris Brand SARL, Philip Morris Products S.A. and ABAL Hermados S.A. v Oriental Republic of Uruguay, ICSID Case No. ARB/10/7, Decision on Jurisdiction of 2 July 2013. § 204.

⁴⁵ Напр., ICSID, MCI Power Group L.C. and New Turbine, Inc v Republic of Ecuador, ICSID Case No. ARB/03/6. Award of 31 July 2007. § 163; ICSID, Mihaly. International Corporation v Democratic Socialist Republic of Sri Lanka, ICSID Case No. ARB/00/2, Award of 15 March 2002, § 33.

⁴⁶ ICSID, Biwater Gauff (Tanzania) Ltd v United Republic of Tanzania, ICSID Case No. ARB/05/22, Award of 24 July 2008, § 316; ICSID, Philip Morris v. Uruguay, Op. cit. § 200, 203; ICSID, Malaysian Historical Salvors v. The Government of Malaysia, ICSID Case No. ARB/05/10, Decision on the Application for Annulment of 16 April 2009, § 72.

⁴⁷ На необходимость наличия всех пяти признаков указано, например, в решениях ICSID, Salini Construttori S.P.A. and Italstrade S.P.A. v Kingdom of Morocco, ICSID Case No. ARB/00/4, Decision on Jurisdiction of 31 July 2001. § 52; ICSID, Joy Mining Machinery Limited v The Arab Republic of Egypt, ICSID Case No. ARB/03/11, Award on Jurisdiction of 6 August 2004. § 53; на необходимость только первых трех — ICSID, Saba Fakes v Republic of Turkey, ICSID Case No. ARB/07/20, Award of 14 July 2010. § 110; ICSID Victor Pey Casado et Foundation Presidente Allende c. Republique du Chili, aff CIRDI No. ARB/98/2, Sentence Arbitrale 8 mai 2008. § 232.

⁴⁸ ICSID, RSM Production Corporation c. La Republique Centrafricaine, CIRDI Affaire No. ARB/07/02. Decision sur la competence et la responsabilite, 7 Decembre 2010. § 58; ICSID, Gustav F.W. Hamester GmbH & Co KG v. Republic of Ghana, ICSID Case No. ARB/07/24. Award of 18 June 2010. § 123.

отсутствием у арбитров «правотворческих» полномочий⁴⁹. Равным образом, арбитры могут считать, что их функцией является разрешение конкретного спора, в котором очевидно, что соответствующее предприятие является «капиталовложением», и, поэтому воздержаться от формулирования более общего вывода о значении этого понятия⁵⁰.

С другой стороны, ряд арбитров считают, что их функцией является развитие и прояснение норм международного инвестиционного права, в связи с чем в решениях, вынесенных с их участием, вопрос о значении понятия «капиталовложение» разбирается более подробно, независимо от значения такого анализа для разрешения конкретного спора. Зачастую, для этого достаточно, чтобы соответствующей позиции придерживался только один арбитр. Например, во всех случаях, когда соблюдение закона и добросовестность инвестора признавались признаками «капиталовложения», одним из арбитров была профессор Штерн, а большинство ранних решений, в которых арбитры решили ограничиться тремя признаками капиталовложения, вынесены с участием профессора Гайяра⁵¹.

Примечательно и ещё одно обстоятельство. Практически ни в одном из решений не приводится детального обоснования принимаемого в нем толкования понятия «капиталовложение». Решения, в которых выбран первый и второй подход, в основном ссылаются на подготовительные материалы Вашингтонской конвенции и доклад исполнительных директоров Всемирного банка, направленный государствам вместе с проектом Конвенции⁵². В этом докладе исполнительные директора указали на отсутствие необходимости в определении понятия «капиталовложения» в связи с тем, что арбитражи будут обладать компетенцией только в отношении споров, которые стороны согласятся передать на их рассмотрение. Решения, в которых принимается первый вариант толкования, делают из

этого высказывания вывод о решающем значении согласия сторон⁵³, не объясняя при этом причин сохранения в Конвенции указания на необходимость связи спора с «капиталовложением». Арбитражи, придерживающиеся второго подхода, делают из него же вывод о широком усмотрении сторон при определении того, что следует считать капиталовложением⁵⁴. Наконец, решения, в которых принят третий описанный выше подход практически не приводят обоснования выбора того или иного набора признаков капиталовложения и не ссылаются на источники, определяющие значение каждого из них.

Из описанной выше ситуации можно, как нам кажется, сделать несколько выводов.

Во-первых, существуют ситуации, в которых международные инвестиционные арбитражи могут не справиться с задачами прояснения нормы международного права и формирования последовательной практики её толкования. Это обусловлено целым рядом факторов. Среди них описанные в предыдущем разделе институциональные особенности инвестиционного арбитража (рассмотрение каждого дела новым составом арбитров и отсутствием консенсуса по вопросу о роли арбитров). Кроме того, значение нормы может быть настолько неопределённым, что её единообразное применение разрозненными субъектами становится невозможным или крайне затруднительным.

Во-вторых, влияние решения арбитража, как и любого другого международного органа по разрешению споров, зависит от его обоснованности и соответствия ожиданиям субъектов международного права. Если выбранный вариант толкования правовой нормы очевиден или отвечает ожиданиям, его обоснованность имеет меньшее значение. Это иллюстрирует, например, реакция на описанное выше решение по делу *Huip*. Если же речь идёт о неоднозначной норме международного права, такой как понятие «капита-

⁴⁹ ICSID, *Pantechniki S. A. Contractors and Engineers (Greece) v. The Republic of Albania*, ICSID Case No. ARB/07/21. Award of 30 July 2009. § 43.

⁵⁰ ICSID, *Ambiente Ufficio S.P.A. and Others v. The Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/08/9. Decision on Jurisdiction and Admissibility of 8 February 2013. § 470.

⁵¹ Это служит иллюстрацией того, что сужения круга арбитров, рассматривающих инвестиционные споры, может привести к увеличению последовательности практики.

⁵² Report of the Executive Directors of the International Bank for Reconstruction and Development on the Convention for the Settlement of Investment Disputes Between States and Nationals of Other States, 18 March 1965. § 27.

⁵³ MCI Power Group L.C. and New Turbine, Inc v Republic of Ecuador. § 159.

⁵⁴ Philip Morris Brand SARL, Philip Morris Products S.A. and ABAL Hermados S.A. v Oriental Republic of Uruguay. § 197–198.

ловложение», то детальное обоснование того или иного толкования является единственным способом увеличить вероятность принятия данного толкования не только сторонами спора, но более широким кругом лиц. Можно только догадываться о том, какую роль в сложившейся ситуации играют описанные в предыдущем разделе финансовые соображения — нежелание арбитров тратить деньги сторон на подробный анализ более общих вопросов международного инвестиционного права. Однако в результате проигравшими оказываются именно стороны, средства которых должны экономить арбитры. Непредсказуемая и непоследовательная практика существенно увеличивает их расходы: они вынуждены в каждом деле «с чистого листа» обосновывать то или иное значение понятия «капиталовложение» и не могут прогнозировать решение арбитража по данному вопросу.

В-третьих, непоследовательность практики существенно снижает её роль в прояснении и развитии международного права. При «какофонии» различных подходов невозможна «кристаллизация» того или иного толкования через молчаливое согласие государств, поскольку отсутствует единая позиция, с которой государства могут согласиться. Существенно снижается и прецедентное значение решений, в частности, то или иное решение не может быть использовано в качестве средства легитимации решения по новому спору, поскольку существуют решения, в которых отражена диаметрально противоположная точка зрения.

Всё это не означает, что инвестиционные арбитражи в принципе не могут выработать определение понятия «капиталовложение» в Вашингтонской конвенции. Однако следует сделать две оговорки. Во-первых, судебное правотворчество не всегда является наиболее *эффективным* способом прояснения содержания и развития международного права. В таких ситуациях предпочтительным может быть более активное вмешательство государств — например, в форме принятия толкования соответствующей нормы или изменения международного договора. Однако, учитывая процедуру изменения Вашингтонской конвенции, а также число государств, участвующих в ней, и неоднородность их интересов, вряд ли возможно включение определения понятия «капиталовложение» в неё. Однако даже заявления отдельных государств (не в рамках рассмотрения споров, в которых они выступают ответчиками) могут сыграть большую роль в формировании единообразного подхода к толкованию рассматриваемого понятия. Во-вторых, выработка последовательной практики возможна только в случае, исчерпывающей аргументации в решениях той или иной позиции. Иными словами, судьба данного вопроса находится в руках самих арбитров, пусть даже и только тех, которые считают прояснение содержания международного права функцией арбитражей. Они с помощью подробной и понятной мотивировки того или иного определения могут постепенно добиться её признания в качестве общепринятой.