



Статья участников Лаборатории
по инвестиционному праву и арбитражу

**«УВАЖЕНИЕ АРБИТРАЖА К ПРАВУ
ГОСУДАРСТВ НА РЕГУЛИРОВАНИЕ
В КОНТЕКСТЕ РЕФОРМЫ:
ДОБАВЛЯЕМ ЛИ МЫ ЯСНОСТИ?»»**

Февраль 2024

Аннотация

В статье рассматриваются Проекты положений по процессуальным и сквозным вопросам (A/CN.9/WG.III/WP.231), подготовленные Секретариатом ЮНСИТРАЛ в рамках содействия Рабочей группе III в работе по реформированию системы урегулирования споров между инвесторами и государствами (УСИГ). Проекты содержат подходы к устранению недостатков системы УСИГ и подлежат дальнейшему утверждению странами. Особое внимание в статье уделено пункту 2 Проекта положения 12, отражающему смелый подход Секретариата к решению проблемы «нормативного застоя» и предлагающему возможные пути по закреплению права государств осуществлять нормативное регулирование. В частности, проект предлагает закрепить применимого трибуналами стандарта оценки, требующего оказывать «высокий уровень уважения» при анализе мер государств, направленных на реализацию ими своего права на нормативное регулирование. Статья посвящена критике выбранной Секретариатом расплывчатой формулировки стандарта оценки и демонстрирует, основываясь на анализе текущей практики инвестиционных арбитражей, неопределённость и разнородность подходов в применении этой концепции. В статье подчёркивается необходимость ясного формального определения надлежащего стандарта оценки для достижения единообразия и правовой определённости в системе УСИГ.

Abstract

The article evaluates the recent efforts of the UNCITRAL Working Group III on Investor-State Dispute Settlement (ISDS) Reform, focusing on the Secretariat's draft provisions on procedural and cross-cutting issues (A/CN.9/WG.III/WP.231). Specifically, it scrutinizes Draft Provision 12(2), which proposes innovative approaches to combat "regulatory chill" by enhancing state autonomy in normative regulation. Advocating for a standard of review that prescribes "high-level deference" towards state regulatory measures, the draft seeks to strengthen states' regulatory autonomy. However, the article highlights that the proposed standard's vague wording could worsen the existing uncertainties and inconsistencies in investment arbitration. Through an analysis of prevailing arbitration decisions, it underscores the critical need for a precisely defined and uniformly applied standard of review to ensure predictability and legal certainty within the ISDS framework.

Оглавление

Введение.....	4
1. Вступление.....	5
2. Подходы арбитражных трибуналов к определению степени уважения	9
3. Практика арбитражных трибуналов к определению «степени уважения» через международное право.....	11
4. Критический анализ Проекта положения 12(2).....	13
4.1. Сфера применения Проекта положения 12(2).....	13
4.2. Применимый стандарт рассмотрения в соответствии с Проектом положения 12(2)....	15
5. Вывод.....	19

Введение

1. Настоящая работа подготовлена группой исследователей в составе Сергея Короткова¹, Валерии Маториной², Елены Мурашко³ и Никиты Синицина в рамках Лаборатории по инвестиционному праву и арбитражу – проекта Центра международных и сравнительно-правовых исследований по продвижению изучения международного права. Научным руководителем при подготовке данной статьи выступил Сергей Алёхин⁴.
2. Лаборатория по инвестиционному праву и арбитражу начала работу в 2023 году и ставит своей целью содействие реформе системы урегулирования споров между инвесторами и государствами, проводимой Рабочей группой III Комиссии Организации Объединённых Наций по праву международной торговли (**ЮНСИТРАЛ**). Лаборатория является экспертной площадкой для проведения обсуждений и исследований по различным вопросам, находящимся на повестке Рабочей группы, а материалы, подготовленные в рамках Лаборатории, призваны внести вклад в дискуссию по теме реформы как в Рабочей группе III, так и в экспертных и академических кругах⁵.
3. Подготовка исследований в рамках Лаборатории осуществляется под научным руководством экспертов в области инвестиционного права и арбитража и при поддержке Центра международных и сравнительно-правовых исследований. При этом позиция авторов работы не является отражением позиции Центра и научного руководителя.
4. Центр международных и сравнительно-правовых исследований⁶ – российская некоммерческая организация, независимая открытая площадка, которая занимается экспертизой в области международного права, международного частного права и международного арбитража, а также сравнительного правоведения. Центр служит платформой для обмена мнениями и иницирует международный диалог. Центр ведёт комплексную работу по выбранным темам: проводит правовые исследования, организует экспертные обсуждения, предоставляет независимую экспертизу международным организациям, госорганам и иным заинтересованным сторонам. Важное направление деятельности Центра – популяризация изучения международного права, в рамках которого среди прочего организована Лаборатория по инвестиционному праву и арбитражу. Уникальная библиотека Центра предоставляет доступ к печатным изданиям по международному публичному и частному праву, сравнительному правоведению на различных языках, электронным правовым базам.

¹ Аспирант Департамента международного права Национального исследовательского университета «Высшая школа экономики» (НИУ ВШЭ).

² Аспирант Департамента международного права Национального исследовательского университета «Высшая школа экономики» (НИУ ВШЭ).

³ Аспирант Департамента международного права Национального исследовательского университета «Высшая школа экономики» (НИУ ВШЭ).

⁴ Советник Willkie Farr & Gallagher LLP, адвокат Парижской коллегии адвокатов.

⁵ Лаборатория по инвестиционному праву и арбитражу. URL: <https://iclr.ru/ru/projects/laboratory> (дата обращения: 26.01.2024).

⁶ Центр международных и сравнительно-правовых исследований. URL: <https://iclr.ru/> (дата обращения: 26.01.2024).

1. Вступление

5. В рамках работы над реформированием системы урегулирования споров между инвесторами и государствами (УСИГ) Секретариат ЮНСИТРАЛ (**Секретариат**) подготовил Проекты положений по процессуальным и сквозным вопросам (**Проекты положений**)⁷. В процессуальные вопросы Секретариат включил распределение издержек между сторонами, встречные иски, финансирование арбитражного процесса третьей стороной⁸; сквозные вопросы касаются возмещения косвенных убытков и множественных производств⁹.
6. Проекты положений были подготовлены в целях их использования государствами в качестве рекомендаций для внесения изменений и дополнений в уже существующие и будущие международные инвестиционные соглашения¹⁰. При этом во время подготовки Проектов положений Секретариат опирался на формулировки, уже используемые в торговых и инвестиционных соглашениях¹¹.
7. В частности, Секретариат разработал Проект положения 12, который предусматривает право государств на осуществление регулирования.
8. Как было ранее отмечено в Рабочей группе, любой режим урегулирования споров должен не только надлежащим образом учитывать права и обязанности иностранных инвесторов, но и уважать право принимающих государств на регулирование, а также обеспечивать гибкость в отношении защиты законных целей общественного благосостояния¹². Так, например, УСИГ часто критикуют среди прочего за «подрыв права государств на регулирование»¹³. Одной из проблем УСИГ является сдерживающий эффект влияния решений арбитражных трибуналов на регулирующие полномочия государства. Так, государства могут сдерживаться от принятия мер в целях защиты общественных интересов, опасаясь ответственности по инвестиционным соглашениям, поскольку в

⁷ Комиссия ООН по праву международной торговли. Процедурная реформа и сквозные вопросы. URL: <https://uncitral.un.org/en/proceduralrulesreformandcrosscuttingissues> (дата обращения: 08.01.2024).

⁸ Включая, но не ограничиваясь, см. Возможная работа по реформированию системы урегулирования споров между инвесторами и государствами (УСИГ) Проект положений о процессуальной реформе, A/CN.9/WG.III/WP.219. URL: <https://undocs.org/A/CN.9/WG.III/WP.219> (дата обращения: 08.01.2024).

⁹ Включая, но не ограничиваясь, см. Доклад Рабочей группы III (Реформирование системы урегулирования споров между инвесторами и государствами) о работе ее сорок третьей сессии (Вена, 5–16 сентября 2022 года), A/CN.9/1124. URL: <https://undocs.org/A/CN.9/1124> (дата обращения: 08.01.2024).

¹⁰ Комиссия ООН по праву международной торговли. Возможная работа по реформированию системы урегулирования споров между инвесторами и государствами (УСИГ): Проекты положений по процессуальным и сквозным вопросам. A/CN.9/WG.III/WP.231. URL: <https://undocs.org/A/CN.9/WG.III/WP.231> (дата обращения: 08.01.2024).

¹¹ Там же, п. 2.

¹² Комиссия ООН по праву международной торговли. Доклад Рабочей группы III (Реформирование системы урегулирования споров между инвесторами и государствами) о работе ее тридцать шестой сессии. A/CN.9/964. П. 16. URL: <https://undocs.org/A/CN.9/964> (дата обращения: 08.01.2023).

¹³ Там же; European Economic and Social Committee on Multilateral investor-State arbitration court. Assessment of the UNCITRAL process and its achievements in light of civil society recommendations. Opinion. 2023/C75/18. 2023. Para. 3.1-3.2. URL: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52022IE1963&from=EN> (дата обращения: 08.01.2023).

случае проигрыша спора в инвестиционном арбитраже они могут быть вынуждены выплачивать существенные суммы компенсаций иностранным инвесторам¹⁴.

9. Для преодоления данной проблемы Секретариат представил Проект положения 12 в следующей редакции:

Право осуществлять нормативное регулирование¹⁵

1. Ничто в Соглашении не может толковаться как препятствующее Договаривающимся сторонам осуществлять своё право на нормативное регулирование в общественных интересах и принимать, поддерживать и применять любые меры, которые они считают целесообразными для обеспечения того, чтобы инвестиции осуществлялись таким образом, чтобы обеспечить защиту здоровья населения, общественной безопасности или окружающей среды, поощрение и защиту культурного разнообразия или [...].
 2. При оценке предполагаемого нарушения Договаривающейся стороной своего обязательства по Соглашению *Трибунал учитывает высокий уровень уважения, который международное право предоставляет Договаривающимся сторонам в отношении разработки и осуществления внутренней политики, права осуществлять нормативное регулирование в общественных интересах и права принимать, поддерживать и применять меры, направленные на защиту здоровья населения, общественной безопасности или окружающей среды, поощрения и защиты культурного разнообразия или [...].*
 3. Предъявление иска невозможно в соответствии с проектами положений 3 или 4, если мера, которая, предположительно нарушающая Соглашение, была принята Договаривающимся государством для защиты здоровья населения, общественной безопасности или окружающей среды (включая соблюдение Парижского соглашения или любого принципа или обязательства, содержащегося в статьях 3 и 4 Рамочной конвенции Организации Объединённых Наций об изменении климата), поощрения и защиты культурного разнообразия или [...]. (Выделено нами – прим. авт.)
10. Отдельный интерес вызывает пункт 2 данного Проекта положения, предлагающий закрепить в текстах инвестиционных соглашений стандарт «высокого уровня уважения» (англ. high level of deference) при оценке в спорах осуществления государством права на регулирование.
11. Инвестиционные соглашения не только предоставляют иностранным инвесторам защиту от действий принимающего государства независимо от внутреннего законодательства и решений национальных судов, но и наделяют трибунал полномочиями по анализу

¹⁴ Там же; Комиссия ООН по праву международной торговли. Возможная работа по реформированию системы урегулирования споров между инвесторами и государствами (УСИГ): Проекты положений по процессуальным и сквозным вопросам. Аннотации к проектам положений по процессуальным и сквозным вопросам. A/CN.9/WG.III/WP.232. П. 30. URL: <https://undocs.org/A/CN.9/WG.III/WP.232> (дата обращения: 08.01.2023).

¹⁵ Примечание от авторов: данный перевод был изначально подготовлен Секретариатом, однако авторы предлагают скорректированный вариант с учётом общепризнанных терминов, используемых в рамках арбитражных процедур.

соответствия действий государства положениям инвестиционного соглашения¹⁶. При этом государства сохраняют за собой значительные полномочия по регулированию в общественных интересах, даже если такие полномочия ограничены международным инвестиционным соглашением. В случае возникновения спора между иностранным инвестором и государством арбитражный трибунал может быть вовлечён в пересмотр толкования компетентными органами государства национального законодательства или может пересмотреть то, как государство определило и обосновало введение меры, необходимой для защиты общественных интересов.

12. Анализ международных инвестиционных соглашений показывает, что в них крайне редко встречаются положения, указывающие арбитражному трибуналу на то, как именно следует оценивать действия государства (например, стоит ли в какой-то степени «уважать» решения государственных судов или может ли арбитражный трибунал полностью пересмотреть такое решение)¹⁷.
13. В отсутствие указания на стандарт уважения в тексте инвестиционного соглашения трибунал вынужден сам определять, как именно оценивать и/или относиться к действиям государства-ответчика. В практике инвестиционного арбитража достаточно часто можно увидеть отсылку на «уважение» как на применимый стандарт для анализа мер, принятых государством¹⁸. При этом сама концепция «уважения»¹⁹ остаётся крайне непрозрачной и неопределённой, поскольку трибуналы вкладывают разное значение в данное понятие²⁰.
14. Например, «высокий уровень уважения» может относиться к тому, насколько уважительно трибунал относится к установлению фактов национальным компетентным органом или судом; к выбору государством политики по определённому вопросу, в том числе по вопросам иностранных инвестиций, а также к толкованию права, как внутреннего, так и международного. Так в деле *S.D. Myers v. Canada*, трибунал отметил, что «не обладает бессрочным мандатом на пересмотр решений государств и государствам приходится принимать множество потенциально спорных решений»²¹. При этом арбитражный трибунал отметил, что в этом случае исправление таких ошибок возложено на внутренние политические механизмы государства. На наш взгляд, трибунал явно принял идею «уважения» и не стал в одностороннем порядке вмешиваться во внутреннюю структуру принятия решений государства. Пункт 2 Проекта положений как

¹⁶ Schill S. Deference in Investment Treaty Arbitration: Re-conceptualizing the Standard of Review // *Journal of International Dispute Settlement*. Vol. 3. 2012. No. 3. P. 577.

¹⁷ Arato, Julian. The Margin of Appreciation in International Investment Law // *Virginia Journal of International Law*. Vol. 54. 2014. No. 3. P. 546. При этом Индия, например, включила стандарт «высокого уважения» (high level of deference) в своё модельное инвестиционное соглашение от 2015 г., а также в соглашения с рядом стран (например, India - Kyrgyzstan BIT (2019); India - United Arab Emirates BIT (2013); Belarus - India BIT (2018)).

¹⁸ Schill S. Deference in Investment Treaty Arbitration: Re-conceptualizing the Standard of Review // *Journal of International Dispute Settlement*. Vol. 3. 2012. No. 3. P. 578.

¹⁹ Концепция «уважения» также может относиться к пределам полномочий трибунала по толкованию инвестиционного соглашения: трибуналы должны уважать договорные полномочия государств и не должны «переписывать» обязательства, закреплённые в инвестиционных соглашениях, с которыми они не согласны по каким-либо причинам. См. ICSID. *Waguih Elie George Siag and Clorinda Vecchi v. Republic of Egypt*. Case No. ARB/05/15. Decision on Jurisdiction, 11 April 2007. Para. 127.

Данная статья рассматривает понятие «уважение» только в контексте Проекта положения 12(2).

²⁰ Schill S. Deference in Investment Treaty Arbitration: Re-conceptualizing the Standard of Review // *Journal of International Dispute Settlement*. Vol. 3. 2012. No. 3. P. 581.

²¹ *SD Myers, Inc v. Canada*. Partial Award, 13 November 2000. Para. 261.

раз предлагает арбитражному трибуналу при оценке предполагаемого нарушения инвестиционного соглашения оказывать «высокий уровень уважения», который международное право предоставляет сторонам в отношении осуществления внутренней политики. Данная статья будет посвящена анализу пункта 2 Проекта положения 12.

15. На наш взгляд, необходимо определить стандарт «высокого уровня уважения», который уравнивает независимое право государств на осуществление регулирования и соблюдение государствами обязательств по международным инвестиционным соглашениям. Раздел II настоящей статьи рассматривает существующие подходы арбитражных трибуналов к определению объёма «степени уважения». Раздел III будет посвящён более детальному анализу пункта 2 Проекта положения 12. Разделы IV-V содержат выводы и рекомендации по улучшению пункта 2 Проекта положения 12.

2. Подходы арбитражных трибуналов к определению степени уважения

16. Право на регулирование и, соответственно, предлагаемое положение о «высоком уровне уважения» является распространённым контраргументом государства, который они могут использовать в ответ на утверждения иностранного инвестора о нарушении стандартов и гарантий, предоставляемых ему в соответствии с международным инвестиционным соглашением. Таким образом, при толковании стандарта уважения арбитражные трибуналы обращаются к толкованию положений международных инвестиционных соглашений. Поскольку толкование гарантий и стандартов, закреплённых в соглашениях, может варьироваться в зависимости от используемых терминов соглашения, то и содержание стандарта уважения в свете такого толкования может видоизменяться.
17. Например, в отличие от стандартов, закреплённых в международных инвестиционных соглашениях, таких как стандарт справедливого и равноправного обращения, а также запрет экспроприации и дискриминации, положения о допустимых мерах прямо указывают на допустимые цели ограничения защиты иностранных инвестиций. Такие договорные исключения позволяют государствам принимать меры, направленные на достижение определённых целей регулирования, которые в противном случае не соответствовали бы договорным обязательствам.
18. Положения международных инвестиционных соглашений о допустимых мерах могут быть сформулированы по-разному. Например, соглашения допускают принятие:
- мер, необходимых для поддержания общественного порядка²²;
 - мер, которые государство считает необходимыми для защиты своих существенных интересов безопасности²³;
 - мер для защиты своих существенных интересов безопасности или в обстоятельствах крайней необходимости в соответствии с законами, которые обычно и разумно применяются на недискриминационной основе²⁴;
 - мер, охваченных положениями, схожими со статьёй XX Генерального соглашения по тарифам и торговле²⁵.
19. Используемые в соглашениях термины, а также различное толкование трибуналами одного и того же положения могут определять объём стандарта уважения.

²² Bangladesh – USA BIT (1986), Article 10, URL: <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/278/download> (дата обращения: 04.01.2024).

²³ Bahrain – USA BIT (1999), Article 14, URL: <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/261/download> (дата обращения: 04.01.2024).

²⁴ Bahrain - Brunei Darussalam BIT (2008), Article 12, URL: <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/6224/download> (дата обращения: 04.01.2024)

²⁵ The General Agreement on Tariffs and Trade (GATT 1947), Article XX, URL: https://www.wto.org/english/docs_e/legal_e/gatt47_02_e.htm#articleXX (дата обращения: 04.01.2024). Статья XX Генерального соглашения по тарифам и торговле закрепляет основания, по которым государства не ограничены в принятии мер, если только такие меры не применяются в качестве средства произвольной или неоправданной дискриминации или скрытым ограничением международной торговли. Статья перечисляет 10 оснований, среди которых, в том числе, указаны защита общественной морали; защита жизни или здоровья человека, животных и растений; меры, принимаемые для охраны национальных сокровищ художественной, исторической или археологической ценности и другие.

20. В настоящее время наиболее схожая формулировка стандарта «степени уважения» с предложенной формулировкой Секретариата в пункте 2 Проекте положения 12 закреплена в двусторонних инвестиционных соглашениях Индии²⁶:

Статья 23

Бремя доказывания и применимое право

23.1 Настоящее Соглашение толкуется в контексте высокого уровня уважения, которое международное право предоставляет государствам в отношении разработки и осуществления ими внутренней политики [...] ²⁷.

21. Однако, на данный момент арбитражная практика по указанным соглашениям отсутствует, соответственно, как трибуналы будут подходить к толкованию стандарта в предлагаемой формулировке, пока неизвестно.
22. Существует множество решений, в которых, несмотря на отсутствие в инвестиционных соглашениях прямого указания на стандарт оценки мер, принятых государством в целях осуществления регулирования, трибуналы по-разному подходили к оценке мер и к стандарту уважения. Вместе с тем арбитражные трибуналы не детализируют принятые ими подходы и не пытаются обосновать свой выбор, а их подходы часто непоследовательны, в связи с чем трудно предсказать, как тот или иной арбитражный трибунал разрешит конкретный спор²⁸. В частности, ряд трибуналов применял подход к стандарту рассмотрения через отсылку к международному публичному праву.
23. Стандарт пересмотра может варьироваться от отказа в пересмотре решения (англ. non-justiciability) до полного пересмотра решений (англ. review *de novo*)²⁹. Кроме того, помимо отсылки к международному публичному праву (стандарт, предлагаемый Секретариатом в пункте 2 Проекта положения 12) также выделяют отсылку к свободе усмотрения государства в регулировании отдельных вопросов (англ. margin of appreciation)³⁰.

²⁶ India - Kyrgyzstan BIT (2019), Article 22.4, URL: <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/5993/download> (дата обращения: 05.01.2024); India - United Arab Emirates BIT (2013), Article 10, URL: <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/3500/download>, (дата обращения: 05.01.2024); Belarus - India BIT (2018), Article 23, URL: <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/5724/download> (дата обращения: 05.01.2024); BIT between India Taipei Association in Taipei and the Taipei Economic and Cultural Center in India (2018), Article 22, URL: <https://jsumundi.com/fr/document/treaty/en-bilateral-investment-agreement-between-the-india-taipei-association-in-taipei-and-the-taipei-economic-and-cultural-center-in-india-2018-bit-between-india-taipei-association-in-taipei-and-the-taipei-economic-and-cultural-center-in-india-2018-tuesday-18th-december-2018> (дата обращения: 05.01.2024).

²⁷ См.: India Model BIT (2015), Article 23, URL: <https://jsumundi.com/en/document/pdf/treaty/en-bilateral-investment-treaty-between-the-government-of-the-republic-of-india-and-india-model-bit-2016-friday-1st-january-2016> (дата обращения: 05.01.2024).

²⁸ Henckels, Caroline. Balancing Test: Investment Arbitration // Max Planck Encyclopedia of International Procedural Law. October 2018, para. 3.

²⁹ Schill S. Deference in Investment Treaty Arbitration: Re-conceptualizing the Standard of Review // Journal of International Dispute Settlement. Vol. 3. 2012. No. 3. P. 579.

³⁰ Более подробно о «свободе усмотрения государства», см. Born, Gary; Morris, Danielle; Forrest, Stephanie. 'A Margin of Appreciation': Appreciating Its Irrelevance in International Law // Harvard International Law Journal. Vol. 61. 2020; Fukunaga, Yuka. Margin of Appreciation as an Indicator of Judicial Deference: Is It Applicable to Investment Arbitration? // Journal of International Dispute Settlement. Vol. 10. No. 1. March 2019; Arato, Julian. The Margin of Appreciation in International Investment Law // Virginia Journal of International Law. Vol. 54. No. 3. 2014.

3. Практика арбитражных трибуналов к определению «степени уважения» через международное право

24. Анализируя то или иное действие государства, многие трибуналы исходят из презумпции «уважения», которая является основополагающим принципом урегулирования международных споров³¹. Так, в уже упомянутом выше деле *S.D. Myers v. Canada*, трибунал указал, что решение о том, нарушило ли государство стандарт справедливого и равноправного обращения, «должно приниматься с учётом высокой степени уважения, которое международное право обычно уделяет национальному праву государства регулировать вопросы в пределах своих собственных полномочий»³². При этом сам подход к такой «степени уважения», который раскрывается через призму международного права, остаётся неясным.
25. Анализируя данный вопрос, некоторые учёные пытались прийти к его решению через саму природу инвестиционного арбитража³³. Поскольку международный инвестиционный арбитраж является неотъемлемой частью урегулирования споров в рамках международного публичного права³⁴, то и вопрос «уважения» должен рассматриваться в рамках международного публичного права³⁵. С этой точки зрения «уважение», оказываемое трибуналом, можно рассматривать как один из аспектов отношений между государствами и международными судами и трибуналами в целом, где аспекты международного публичного права имеют большую ценность для понимания истоков такого «уважения».
26. Будет справедливым отметить, что практика по вопросу «уважения» уходит в конец 19-го века и тесно связана с вопросами суверенитета государств и разрешением первых международных споров (какие споры в целом могут быть переданы в международные суды)³⁶. «Уважение» – это элемент институциональной сдержанности, который регулирует отношения между государствами и международными органами по урегулированию споров и обеспечивает, чтобы международные суды и трибуналы ограничивали уровень пересмотра решений государств.
27. Как следствие, «уважение» является концепцией, которая глубоко укоренилась в системе международного публичного права, структурирующей отношения между государствами

³¹ Schill S. Deference in Investment Treaty Arbitration: Re-conceptualizing the Standard of Review // *Journal of International Dispute Settlement*. Vol. 3. 2012. No. 3. P. 583.

³² UNCITRAL/NAFTA. *SD Myers, Inc v. Canada*. Partial Award, 13 November 2000. Para. 261.

³³ Roberts, Anthea. Clash of Paradigms: Actors and Analogies Shaping the Investment Treaty System // *American Journal of International Law*. Vol. 107. 2013; Schill S. Deference in Investment Treaty Arbitration: Re-conceptualizing the Standard of Review // *Journal of International Dispute Settlement*. Vol. 3. 2012. No. 3. P. 585.

³⁴ Schill, S. W(h)ither Fragmentation? On the Literature and Sociology of International Investment Law // *European Journal of International Law*. Vol. 22. 2011. P. 875, 890, 902.

³⁵ Schill S. Deference in Investment Treaty Arbitration: Re-conceptualizing the Standard of Review // *Journal of International Dispute Settlement*. Vol. 3. 2012. No. 3. P. 588.

³⁶ Lauterpacht, H. *The Function of Law in the International Community*. Clarendon Press. 1933. P. 139.

и международными судами, и с которой приходится сталкиваться каждому международному органу по урегулированию споров³⁷.

28. Как отмечалось выше, ряд трибуналов при анализе и оценке мер государства рассматривает стандарт уважения в привязке к международному праву. Так, трибунал в деле *Muszynianka v. Slovakia* отметил, что «арбитражные трибуналы обязаны оказывать уважение государствам при определении того, что служит законной общественной целью»³⁸. Инкорпорируя такую логику, трибунал сделал отсылку к делу *LIAMCO* и указал, что в соответствии с международным правом государства вправе самостоятельно судить о том, что они считают полезным или необходимым для общественного блага³⁹.
29. Похожий вывод был сделан в деле *RREEF Infrastructure (G.P.) Limited and RREEF Pan-European Infrastructure Two Lux S.à r.l. v. Kingdom of Spain*, где арбитражный трибунал указал, что международное право закрепляет высокую степень уважения к праву государства регулировать вопросы в пределах своих собственных полномочий и это не может привести к отказу от осуществления своих регулятивных полномочий⁴⁰. Например, в недавнем деле *Antonio del Valle Ruiz et al. v. Spain* трибунал предпринял попытку определить объём стандарта уважения⁴¹. В этом деле трибунал отметил, что уважение к деятельности национальных органов не должно быть абсолютным, иначе государство будет полностью освобождено от ответственности, а стандарты защиты в инвестиционных соглашениях потеряют свой смысл, т. е. дискреционный подход не должен переходить в произвольность. Таким образом, роль трибунала ограничивается проверкой, не является ли оспариваемое действие произвольным или дискриминационным, т. е. не превысили ли государственные органы полномочий, не злоупотребили ли они ими, не было ли предвзятости и т. д.

³⁷ Schill S. Deference in Investment Treaty Arbitration: Re-conceptualizing the Standard of Review // *Journal of International Dispute Settlement*. Vol. 3. 2012. No. 3. P. 589.

³⁸ UNCITRAL/PCA. *Spółdzielnia Pracy Muszynianka v. Slovak Republic*. Case No. 2017-08. Award, 7 October 2020. Para. 546.

³⁹ Ibid; См. Ad Hoc. *Libyan American Oil Company v. The Government of the Libyan Arab Republic*, Award, 12 April 1977. Para. 241.

⁴⁰ ICSID. *RREEF Infrastructure (G.P.) Limited and RREEF Pan-European Infrastructure Two Lux S.à r.l. v. Kingdom of Spain*. Case No. ARB/13/30. Decision on Responsibility and on the Principles of Quantum, 30 November 2018. Para. 244.

⁴¹ PCA. *Antonio del Valle Ruiz et al. v. Kingdom of Spain*. Case No. 2019-17, Final Award, 13 March 2023. Paras. 520-521 and 584.

4. Критический анализ Проекта положения 12(2)

30. Анализ пункта 2 Проекта положения 12 выявил ряд значимых проблем и недостатков, которые могут негативно повлиять на функционирование системы УСИГ и на которые Рабочей группе III стоит обратить внимание при дальнейшем обсуждении соответствующего проекта. В частности, эти вопросы касаются (1) сферы применения данного положения и (2) выбора применимого стандарта рассмотрения, предложенного в пункте 2.

4.1. Сфера применения Проекта положения 12(2)

31. Принятие Проекта положения 12, содержащего последовательную логику организации пункта 1 и пункта 2, может привести к специфической и в некоторой степени ограниченной сфере его применения. В частности, организация положения предусматривает, что «высокая степень уважения» по отношению к решениям государства-ответчика из пункта 2 должна осуществляться арбитражным трибуналом на этапе установления применимости исключений из пункта 1 Проекта положения 12. Однако такой подход к организации положения представляется проблематичным, поскольку не учитывает развитие дискурса вокруг стандартов защиты из международных инвестиционных соглашений, сформировавшегося в отсутствие положений, аналогичных пункту 1.
32. Нормативное закрепление права государства на регулирование не было распространено в практике по заключению международных инвестиционных соглашений до самого недавнего времени; на сегодняшний день лишь 21,5% от общего количества международных инвестиционных соглашений содержат положения об общих исключениях⁴², позволяющих государству-ответчику при определённых обстоятельствах отходить от соблюдения первичных обязательств по защите иностранного инвестора и инвестиций. Это наблюдение применимо и к подходу Российской Федерации, где только 3 из 85 заключённых соглашений содержат положения об общих исключениях⁴³.
33. При этом проблема соотношения легитимных интересов суверенных государств и частных интересов иностранного инвестора возникала и продолжает возникать в практике международных инвестиционных арбитражей, которые вновь и вновь рассматривают споры, возникающие вокруг мер государства по защите общественного

⁴² Процент был рассчитан на основе данных базы EDIT, которая включает информацию о 3838 двусторонних и многосторонних инвестиционных соглашениях, заключённых по состоянию на декабрь 2023 г. Из этих соглашений 825 были отмечены как содержащие общие исключения. Подробнее см.: <https://edit.wti.org/document/investment-treaty/search> (дата обращения: 05.02.2024).

⁴³ Положения об общих исключениях обнаружены в следующих документах: Договор между Российской Федерацией и Соединёнными Штатами Америки о поощрении и взаимной защите капиталовложений от 1992 г. (не вступил в силу); Соглашение между Правительством Российской Федерации и Правительством Республики Индии о поощрении и взаимной защите капиталовложений от 1994 г. (утратил силу); Соглашение между Правительством Российской Федерации и Правительством Венгерской Республики о поощрении и взаимной защите капиталовложений от 1995 г. (вступил в силу).

порядка⁴⁴, безопасности⁴⁵, здоровья населения⁴⁶ или экологии⁴⁷. В условиях правового режима, который, казалось бы, существенно ограничивает государства в возможностях защищать упомянутые суверенные интересы, арбитражные трибуналы смогли найти решение этой проблемы в толковании стандартов защиты.

34. Необходимость толкования обязательств из инвестиционных соглашений обусловлена техникой их нормативного выражения (широкими формулировками и расплывчатой терминологией), затрудняющей их применение на практике⁴⁸. Как следствие, трибуналы вынуждены заниматься уяснением смысла договорных положений и определять пределы их действия в каждом отдельном случае⁴⁹. В пределах такого толкования трибуналы выработали несколько подходов к учёту права государств на регулирование, среди которых нашлось место и стандарту рассмотрения оспариваемых мер – концепции, сравнительно успешно используемой в других правовых системах для баланса конкурирующих интересов⁵⁰, но ещё не успевшей получить достаточную правовую определённость в «дискурсивной практике» инвестиционных арбитражных трибуналов⁵¹.
35. Несмотря на то, что эта концепция находится на ранней стадии развития в международном инвестиционном праве, ограниченное применение стандартов рассмотрения с «высокой степенью уважения» получило положительную оценку в академическом сообществе⁵², а арбитражные трибуналы всё чаще и чаще обращаются к этой концепции в своих решениях⁵³. Появление и последующее закрепление стандартов рассмотрения в международном инвестиционном праве – скорее неизбежность, чем неожиданность: добросовестное толкование субстантивных положений инвестиционных соглашений по правилам Венской конвенции о праве международных договоров

⁴⁴ ICSID. *LG&E Energy Corp., LG&E Capital Corp., and LG&E International, Inc. v. Argentine Republic*. Case No. ARB/02/1. Award. 25 July 2007.

⁴⁵ PCA. *CC/Devas (Mauritius) Ltd., Devas Employees Mauritius Private Limited and Telcom Devas Mauritius Limited v. India*, Case no. 2013-09. Award. 25 July 2016.

⁴⁶ PCA. *Achmea BV v. Slovak Republic*. Case no. 2008-13. Award on Jurisdiction, Arbitrability and Suspension. 26 October 2010.

⁴⁷ ICSID. *Técnicas Medioambientales Tecmed, S.A. v. United Mexican States*. Case No. ARB(AF)/00/2. Award. 29 May 2003; UNCITRAL. *Ethyl Corporation v. The Government of Canada*. Award on Jurisdiction. 24 June 1998.

⁴⁸ Van Aaken, Anne. *International Investment Law Between Commitment and Flexibility: A Contract Theory Analysis* // *Journal of International Economic Law*. 2009. Vol. 12. No 2. P. 527-531.

⁴⁹ Ibid.

⁵⁰ Fahner, Johannes Hendrik. *Judicial Deference in International Adjudication: A Comparative Analysis*. Hart Publishing, 1st edition, 2022. P. 8.

⁵¹ Raymond Yang Gao. *What Are We Talking About When We Talk About Deference in Investment Treaty Arbitration?* // *Journal of International Dispute Settlement*. 2022. Vol. 13. No 3. P. 472–509.

⁵² Katselas, Anna T. *Do Investment Treaties Prescribe a Deferential Standard of Review* // *Michigan Journal of International Law*. 2012. Vol. 34. No. 1. P. 87-150; Schill S. *Deference in Investment Treaty Arbitration: Re-conceptualizing the Standard of Review* // *Journal of International Dispute Settlement*. 2012. Vol. 3. No. 3. C. 577–607; Burke-White, William W., von Staden, A *Private Litigation in a Public Law Sphere: The Standard of Review in Investor-State Arbitrations* // *Yale Journal of International Law*. 2009. No. 277.

⁵³ Henckels, Caroline. *Proportionality and Deference in Investor-State Arbitration: Balancing Investment Protection and Regulatory Autonomy*. Cambridge: Cambridge University Press, 2015. P. 122-125.

предполагает учёт их значения в свете международного права, содержащего как право государства на регулирование⁵⁴, так и концепцию стандартов рассмотрения⁵⁵.

36. В этой связи организация Проекта положения 12, ограничивающая сферу применения пункта 2 исключениями из пункта 1 в случае её буквального переноса в тексты договоров, представляется неудачным выбором. Вместо того, чтобы поспособствовать формированию практики по толкованию стандартов защиты, учитывающей проблему соотношения публичного и частного интересов в международном инвестиционном праве, выбранная организация Проекта положения 12 может привести к преждевременному прекращению работы многообещающего механизма, способного внести значительный вклад в ликвидацию проблемы «нормативного застоя». Альтернативой этому выбору могло бы стать выделение пункта 2 в отдельное положение, обеспечивающее его применение также и к стандартам защиты из международных инвестиционных договоров.

4.2. Применимый стандарт рассмотрения в соответствии с Проектом положения 12(2)

37. Пункт 2 Проекта положения 12 отсылает арбитражный трибунал к международному праву для определения пределов «высокой степени уважения». Такой подход, однако, представляется проблематичным и не отвечающим требованиям правовой определённости, поскольку, во-первых, не принимает во внимание многообразие противоречивых подходов в международном праве по определению надлежащего стандарта рассмотрения и, во-вторых, не учитывает дихотомию публичного и частного в международном инвестиционном праве.
38. Как было рассмотрено в Разделе II, арбитражные трибуналы в отдельных случаях уже обращаются к международному публичному праву при определении применимого стандарта рассмотрения. При этом в их практике отсутствуют искомые участниками реформы УСИГ единообразность и правовая определённость: под стандартом рассмотрения из «международного права» трибуналы понимают самые разные правила определения надлежащей «степени уважения». Такая дисперсия практики, впрочем, не является следствием ошибочных выводов трибуналов и неспособности определить единственно правильный подход, но следует из фрагментированного характера международного права, которое само включает в себя различные правила и стандарты рассмотрения, разработанные в практике отдельных международных судебных и квазисудебных органов.
39. Например, Международный Суд (**Суд**) в своей практике опирается на принципы добросовестности и разумности при анализе решений государств, доверяя тем из них, в принятии которых государство поступало честно и демонстрировало наличие рациональных на то оснований, однако формального стандарта рассмотрения Судом не было сформулировано. Непосредственное применение этих принципов варьировалось в

⁵⁴ Baltag C., Joshi R., Duggal K. Recent Trends in Investment Arbitration on the Right to Regulate, Environment, Health and Corporate Social Responsibility: Too Much or Too Little? // ICSID Review - Foreign Investment Law Journal. 2023. Vol. 38. No. 2. P. 395.

⁵⁵ Katselas, Anna T. Do Investment Treaties Prescribe a Deferential Standard of Review // Michigan Journal of International Law. 2012. Vol. 34. No. 1. P. 116.

зависимости от правового и фактического оснований в каждом отдельном споре⁵⁶. Так, Суд в споре между Никарагуа и Соединёнными Штатами Америки, касающемся военных и военного характера действий в Никарагуа и против Никарагуа, ограничился указанием на то, что положение о существенных интересах безопасности в Договоре о дружбе, торговле и мореплавании от 21 января 1956 года не предполагает абсолютную дискрецию государства и допускает оценку необходимости принятых мер; подробностей о характере такой оценки, впрочем, Суд не привёл⁵⁷. Аналогичного подхода к определению стандарта рассмотрения Суд придерживался и в иных своих решениях в спорах между Экваториальной Гвинеей и Францией⁵⁸, Джибути и Францией⁵⁹, а также Венгрией и Словакией⁶⁰. Наиболее подробное описание принятого подхода Суд изложил в сравнительно недавнем решении по спору между Австралией и Японией, касающемся китобойного промысла в Антарктике. В этом случае Суд применил стандарт с высокой степенью уважения при оценке законности действий Японии, связанных с убоем китов. Так, Суд проявил «уважение» к заявленной цели, которая стояла за действиями Японии, и принял квалификацию государством своих действий как «исследовательских»⁶¹. При этом Суд подверг некоторой оценке способ осуществления таких «исследований», анализируя метод выбора особей и убоя, размах и иные аспекты⁶². Принятый Судом метод и стандарт рассмотрения был расценён как сравнительно уважительный к решениям государств⁶³. Арбитражные трибуналы, обращавшиеся в своих решениях к принципам добросовестности при рассмотрении мер государства-реципиента, также оказывали им «высокую степень уважения» и не осуществляли подробного анализа государственных решений⁶⁴ – подход, который, по мнению ряда авторов, оказывает негативный эффект на легитимность инвестиционного арбитража⁶⁵.

40. Европейский суд по правам человека (ЕСПЧ), в свою очередь, использует иной подход при определении надлежащей «степени уважения»⁶⁶. ЕСПЧ сформулировал доктрину свободы усмотрения, предполагающую плавающее уважение к решениям национальных органов власти. Согласно доктрине, «степень уважения» к решениям государственных органов определяется на основе нескольких критериев: законность действий органов в

⁵⁶ Lanovoy V. Standards of Review in the Practice of International Courts and Tribunals // В кн.: Secondary Rules of Primary Importance in International Law: Attribution, Causality, Evidence, and Standards of Review in the Practice of International Courts and Tribunals / ed. G. Kajtár, B. Çali, M. Milanović. 2022. P. 42.

⁵⁷ ICJ. Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America), Judgement. 1986.

⁵⁸ ICJ. Certain Questions of Mutual Assistance in Criminal Matters (Djibouti v. France), Judgement. 2008.

⁵⁹ ICJ. Immunities and Criminal Proceedings (Equatorial Guinea v. France), Judgement. 2020.

⁶⁰ ICJ. Gabčíkovo-Nagymaros Project (Hungary/Slovakia), Judgement. 1997.

⁶¹ ICJ. Whaling in the Antarctic (Australia v. Japan: New Zealand intervening), Judgement. 2014. P. 226. Para. 62-69.

⁶² Ibid.

⁶³ Lanovoy V. Standards of Review in the Practice of International Courts and Tribunals // В кн.: Secondary Rules of Primary Importance in International Law: Attribution, Causality, Evidence, and Standards of Review in the Practice of International Courts and Tribunals / ed. G. Kajtár, B. Çali, M. Milanović. 2022. P. 42.

⁶⁴ Burke-White, William W., von Staden, A. Private Litigation in a Public Law Sphere: The Standard of Review in Investor-State Arbitrations // Yale Journal of International Law. 2009. No. 277. P. 311.

⁶⁵ Ibid.

⁶⁶ Andrew Legg. The Margin of Appreciation in International Human Rights Law: Deference and Proportionality. Oxford: Oxford University Press, 2012. P. 37.

контексте демократических принципов, общепринятая практика государств и компетентность органов. Определив применимую «степень уважения», ЕСПЧ подвергает решения государства многоэтапному анализу пропорциональности⁶⁷. Как указано выше, такой подход также был принят некоторыми трибуналами при рассмотрении инвестиционных споров⁶⁸, однако в адрес этого решения были высказаны опасения о неприменимости стандарта, сформулированного для решения задач в сфере прав человека, к вопросам защиты инвестиций⁶⁹.

41. Орган по разрешению споров Всемирной торговой организации (**ВТО**) в своей практике применял разные подходы по определению надлежащей степени уважения, зависящие как от применимого соглашения ВТО, так и от предмета проверки (является ли предмет чисто фактическим, юридическим или смешанным)⁷⁰. По общему правилу из статьи 11 Договора о правилах и процедурах разрешения споров, третейские группы осуществляют «объективную оценку фактических обстоятельств дела, применимость соответствующих охваченных соглашений и соответствие им». В своих решениях третейские группы и Апелляционный орган ВТО часто использовали стандарт рассмотрения с низким уровнем уважения, в отдельных случаях фактически осуществляя *de novo* пересмотр решений, сделанных компетентными государственными органами⁷¹.
42. Следовательно, в международном праве отсутствует единый универсальный стандарт рассмотрения. Даже в рамках относительно автономных систем, таких как ВТО⁷², наблюдается значительное разнообразие практики по определению степени уважения к решениям государств. Практика Суда также не может выступать в качестве значимого ориентира, поскольку не содержит чётких подходов к определению стандарта рассмотрения, а Суд не стремится формулировать универсальное правило. Кроме того, складывающаяся арбитражная практика по инвестиционным спорам не свидетельствует о том, что ссылка на международное право неизменно приведёт трибуналы к применению строго определённого стандарта рассмотрения. Напротив, в формирующейся практике пока прослеживаются разнообразные и иногда противоречивые выводы относительно определения стандарта и метода рассмотрения. Таким образом, включение в формулировку ссылок на международное право не только не устраняет правовую неопределённость в сфере УСИГ, но и потенциально усугубляет её.
43. Кроме ссылки на международное право, потенциальный риск для системы УСИГ также представляет и безоговорочное указание на «высокую степень уважения» в качестве применимого стандарта рассмотрения. Международное инвестиционное право

⁶⁷ Ibid. P.198-199.

⁶⁸ Arato, Julian. The Margin of Appreciation in International Investment Law // Virginia Journal of International Law. 2014. Vol. 54. No. 3. P. 545-578.

⁶⁹ Ibid.

⁷⁰ Lanovoy V. Standards of Review in the Practice of International Courts and Tribunals // В кн.: Secondary Rules of Primary Importance in International Law: Attribution, Causality, Evidence, and Standards of Review in the Practice of International Courts and Tribunals / ed. G. Kajtár, B. Çali, M. Milanovic. 2022. P. 42.

⁷¹ Ibid.

⁷² См. Anne Peters. The refinement of international law: From fragmentation to regime interaction and politicization // International Journal of Constitutional Law. 2017. Vol. 15, No. 3. P. 671–704.

характеризуется сложным сочетанием публичных и частных правовых начал: договорной режим защиты иностранных инвестиций в первую очередь нацелен на охрану частного капиталовложения от регуляторных – публичных – действий государственных органов, в то время как функционирование этого режима в отдельных случаях подрывает легитимные интересы суверенных государств⁷³. Сложное взаимодействие между государственным суверенитетом и правами инвесторов в этой области требует тонко продуманного подхода к определению рассмотрения, выходящего за рамки традиционных подходов частного права, основанных на свободе договора и равенстве сторон и не предусматривающих особенного *уважения* к решениям одной из сторон спора⁷⁴. Однако переход к стандарту с безоговорочно высокой степенью уважения, как это предусмотрено в стандартах публичного права, например, в принципе добросовестности, рискует создать несбалансированный правовой режим. Такой стандарт может потенциально позволить государствам прикрывать несправедливые или дискриминационные действия своими суверенными интересами, подрывая целостность и справедливость правовой системы. Эта дилемма подчёркивает необходимость тщательно сбалансированного стандарта рассмотрения в системе УСИГ, который бы разумно гармонизировал легитимные интересы государств с защитой прав инвесторов, обеспечивая справедливый и равноправный правовой режим.

44. В этой связи стандарт рассмотрения, определённый в пункте 2 Проекта положения 12 со ссылкой на международное право и предполагающий высокую степень уважения к государственным решениям, кажется неподходящим для целей реформы УСИГ. Ориентация на международное право может привести к сохранению тенденции к разнообразию подходов и отсутствию единообразной практики. В то же время указание на «высокую степень уважения», не уточнённое в положении или в подготовительных документах (аннотациях) и не снабжённое квалифицирующими признаками, которые учитывали бы интересы иностранных инвесторов и минимизировали бы риск злоупотребления со стороны государства-ответчика, может существенно снизить эффективность защиты иностранных инвестиций в рамках сложившегося международного договорного режима.

⁷³ См. Julie A. Maupin. Public and Private in International Investment Law: An Integrated Systems Approach // Virginia Journal of International Law. 2014. Vol. 54. P. 367-435.

⁷⁴ Burke-White, William W., von Staden, A. Private Litigation in a Public Law Sphere: The Standard of Review in Investor-State Arbitrations // Yale Journal of International Law. 2009. Vol. 277. No. 344.

5. Вывод

45. Проект положения 12 – результат достаточно смелого толкования Секретариатом пределов мандата Рабочей группы III, затрагивающий в своём содержании вопросы как процессуального, так и материального характера. Потребность в таких смелых шагах очевидна: сложившаяся система УСИГ ограничивает суверенные права государств на регулирование, в то время как XXI век ставит перед международным сообществом беспрецедентные вызовы климатического, экономического и геополитического характера, актуализируя необходимость эффективной реализации государствами своих прав для решения экзистенциальных вопросов. Как следствие, в Проекте положения 12 содержится попытка исправить ряд недостатков системы УСИГ, сдерживающих регуляторный потенциал государств, в частности, посредством включения положений об исключениях и определения стандартов оценки мер, принятых государством в целях осуществления регулирования.
46. Предметом анализа настоящей статьи стал пункт 2 Проекта положения 12, содержащий формальное закрепление концепции стандартов рассмотрения. Положение предписывает арбитражному трибуналу оказывать «высокую степень уважения» при анализе решений государственных органов государства-ответчика. Однако, как было продемонстрировано в настоящей статье, находящаяся в процессе формирования практика инвестиционных арбитражных трибуналов отличается высокой степенью неопределённости и отсутствием единообразия. Трибуналы по-разному подходили к применению концепции при рассмотрении споров и по-разному понимали её содержание. Так, трибуналы выводили применимость концепции через механизмы аналогии права, заимствуя похожие доктрины, теории и подходы из иных областей международного права (таких как права человека) без учёта особенностей системы УСИГ, или доказывали её применимость посредством свободного толкования субстантивных положений международных инвестиционных соглашений. Как следствие, находящаяся в состоянии активного формирования практика применения концепции стандартов рассмотрения в системе УСИГ остро нуждается в чётком нормативном ориентире, формальном предписании, способном, с одной стороны, использовать потенциал концепции для достижения целей Проекта положения 12 и, с другой стороны, обеспечить единообразность и правовую определённость – главные задачи реформы УСИГ.
47. Однако, как было продемонстрировано в статье, в нынешнем виде пункт 2 скорее усугубит недостатки системы нежели поспособствует её «выздоровлению». Во-первых, логическая организация Проекта положения 12 может привести к тому, что сфера применения пункта 2 окажется специфической и в некотором смысле ограниченной. Последовательная логика организации пункта 1 и пункта 2 наводит на мысль о том, что «высокая степень уважения» по отношению к решениям государства-ответчика из пункта 2 должна осуществляться арбитражем на этапе установления применимости исключений из пункта 1 Проекта положения 12. Такой подход к организации положения, однако, представляется проблематичным, поскольку может привести к тотальному пересмотру частично сформировавшейся практики по применению стандартов рассмотрения на этапе анализа соответствия действий государства обязательствам по защите инвестиций. Во-вторых, предложенная формулировка пункта 2, отсылающая арбитраж к международному праву для определения пределов высокой степени уважения к решениям государств, грозит свести систему УСИГ к состоянию ещё большей правовой

неопределённости и снизить эффективность международного договорного режима по защите иностранных инвестиций. Так, в международном праве отсутствует единый универсальный стандарт рассмотрения; вместо этого существует множество различных подходов и способов определения надлежащей степени уважения. Как следствие, отсылка к международному праву не обеспечит искомое единообразие арбитражной практики, а прямо наоборот. Кроме того, неквалифицированное указание на «высокую степень уважения» по отношению к решениям государств повышает риск злоупотребления со стороны государства-ответчика и может существенно снизить эффективность защиты иностранных инвестиций в рамках сложившегося международного договорного режима.

48. Основываясь на представлениях о сложившейся практике международных инвестиционных арбитражей по применению стандартов рассмотрения государственных решений и выводах критического анализа пункта 2 Проекта положения 12, предлагаем Рабочей группе рассмотреть:

- Выделение пункта 2 Проекта положения 12 в отдельное договорное положение, лишённое логической связи с пунктом 1 Проекта положения 12.
- Замену отсылки на международное право на формально определённое описание надлежащей высокой степени уважения, учитывающее особенности системы УСИГ, в частности – необходимость соблюдения баланса интересов защиты инвестиций и суверенных интересов государств.