

# Роль принципа справедливости при оценке убытков по международному обычаю: куда дело *Диалло* и дело судна «*Арктик Санрайз*» ведут состояние права?\*

Алексей Вялков\*\*

В статье обсуждаются направления практики использования коллегиями по разрешению споров принципа справедливости на стадии оценки имущественных убытков по стандартам международного обычая. Статья основана на исследовании практики таких коллегий, как Международный Суд ООН, Международный трибунал ООН по морскому праву, региональные суды по правам человека, Трибунал по претензиям между США и Ираном, арбитражи по Приложению VII к Конвенции ООН по морскому праву 1982 года, инвестиционные арбитражи, и прочих. Проведенный в статье анализ проясняет, во-первых, обстоятельства, в которых составы арбитражей считают допустимым ссылаться на принцип справедливости на стадии оценки убытков по стандартам международного обычая, во-вторых, эффект, который принцип справедливости оказывает на процесс оценки убытков с точки зрения права и, в-третьих, причины, по которым использование коллегиями принципа справедливости может быть совместимо с пределами их компетенции по оценке убытков на основании международного права как такового. Далее в статье обсуждаются два недавних дела, в которых коллегии оценили имущественные убытки по принципу справедливости, а именно дело *Диалло* и дело судна «*Арктик Санрайз*». В статье утверждается, что составы арбитражей в этих делах присудили убытки с превышением полномочий и обосновали это мотивировкой, которая способна привести излишнюю долю произвольности в процесс оценки убытков по стандартам международного обычая. Мотивировка коллегий в деле *Диалло* и деле судна «*Арктик Санрайз*» фактически позволяет присуждать компенсацию имущественного вреда по международному обычаю без ссылки на какие-либо доказательства, основываясь только на спекулятивных абстрактных размышлениях. Статья завершается общим выводом о том, что с течением времени в международном праве образовались последовательные тенденции, касающиеся применения принципа справедливости при оценке убытков по международному обычаю. Однако решения по делу *Диалло* и делу судна «*Арктик Санрайз*», в которых коллегии по разрешению споров действовали без полномочий в соответствующей части, подорвали эти тенденции и привнесли изменения, потенциально опасные для различных систем разрешения международных споров.

DOI: 10.21128/2226-2059-2018-4-59-82

→ Убытки; принцип справедливости; обычай; *Диалло*; судно «*Арктик Санрайз*»

## 1. Введение

Широко признано, что принцип справедливости (англ.: equity) является частью междуна-

родного права если не в качестве одного из его самостоятельных источников, то во всяком случае в качестве фактора, способного оказывать влияние на содержание норм международного права<sup>1</sup>. Нередко коллегии, раз-

\* Статья представляет собой конкурсную работу, удостоенную в 2018 году премии «Международное право в XXI веке» за лучшую научную работу по международному публичному праву. Публикуется в переводе на русский язык с незначительными изменениями и дополнениями. Конкурсная работа в свою очередь была основана на работе, представленной в 2017 году на конкурсе научных работ по международному арбитражу им. Софи Напперт, проводимый Университетом Макгилла в Канаде (Nappert Prize in International Arbitration). По итогам этого конкурса работа была удостоена почетного упоминания жюри (“Honorable Mention”).

\*\* Вялков Алексей Васильевич — магистр права (University of Oxford, the United Kingdom), практикующий юрист, Москва, Россия (e-mail: vyalkovalexey@gmail.com).

<sup>1</sup> См.: Akehurst M. Equity and General Principles of Law // International and Comparative Law Quarterly. Vol. 25. 1976. No. 4. P. 801—825, 801—802; Lapidoth R. Equity in International Law // Israel Law Review. Vol. 22. 1987. No. 2. P. 161—183, 174—176; Lowe V. The Role of Equity in International Law // Australian Year Book of International Law. Vol. 12. 1989. P. 54—81, 55; Pellet A. Article 38 // The Statute of the International Court of

решающие международные споры, перед которыми поставлена задача оценить убытки по стандартам международного права, оценивают такие убытки на основании принципа справедливости. Наиболее поздними примерами оценки морального и (или) имущественного вреда на основании принципа справедливости являются дело *Диалло*<sup>2</sup> и дело судна «*Арктик Санрайз*»<sup>3</sup>, разрешённые Международным Судом ООН (далее – Суд ООН) и составом арбитража, сформированным в рамках Приложения VII к Конвенции ООН по морскому праву 1982 года (далее – Состав арбитража по Приложению VII и Конвенция ООН 1982 года, соответственно)<sup>4</sup>.

Именно решения о возмещении имущественного вреда, принятые в деле *Диалло* и деле судна «*Арктик Санрайз*», и станут предметом анализа данной статьи. Аргумент, который будет выдвинут в этой статье, будет состоять в том, что, с точки зрения права, коллегии в деле *Диалло* и деле судна «*Арктик Санрайз*» опасным образом отошли от формирующейся практики оценки убытков на основании принципа справедливости. Таким образом, эти коллегии создали прецеденты в рамках международного обычая, которые потенциально могут привести к предъявлению и удовлетворению многочисленных исков о возмещении имущественного вреда, оценённого произвольно и вслепую.

Разумеется, чтобы продемонстрировать, что дело *Диалло* и дело судна «*Арктик Санрайз*» являются отклонениями, необходимо сначала очертить, от чего именно они отклоняются. Симптоматично, что до сих пор в литературе ещё не было предпринято попыток понять, возможно ли вывести какие-либо общие правила оценки убытков на основании принципа справедливости из богатого набора

решений, вынесенных различными коллегиями по разрешению споров. Если такие правила уже могут быть выведены, они также должны быть критически оценены с точки зрения пределов компетенции коллегий, обычно уполномоченных оценивать убытки лишь на основании международного права.

Поэтому, прежде чем перейти к оценке дела *Диалло* и дела судна «*Арктик Санрайз*», в данной статье будет проведено скрупулёзное исследование каких-либо трендов, выводимых из тех дел, в которых коллегии по разрешению споров оценивали убытки по международному обычаю. Таким образом, в статье будет сделан первый шаг навстречу кристаллизации действующих норм международного права, которые применяются коллегиями по разрешению споров при оценке убытков на основании принципа справедливости, и тем самым будет сделана попытка совместить рассматриваемый аспект такой умозрительной категории, как «справедливость», с конкретикой позитивистского юридического мышления<sup>5</sup>. Если пытаться обобщить, то нормы права обычно формулируются путём указания на правовые последствия, которые влечёт тот или иной набор фактических обстоятельств, что выражается в формуле «если, то»<sup>6</sup>. Соответственно, структура анализа, который будет произведён в статье, будет следовать этой формуле. Поэтому данная статья рассматривает феномен оценки убытков на основании справедливости на трёх различных уровнях: 1) обстоятельства, в которых коллегии по разрешению споров обращаются к принципу справедливости в контексте оценки убытков; 2) правовые последствия, к которым ведёт использование коллегиями принципа справедливости при оценке убытков<sup>7</sup>;

Justice: A Commentary / ed. by A. Zimmermann, C. Tomuschat, K. Oellers-Frahm. Oxford : Oxford University Press, 2006. P.677–792, 723–730; *Gourgourinis A.* Delineating the Normativity of Equity in International Law // International Common Law Review. Vol. 11. 2009. No. 3. P.327–347, 340–346.

<sup>2</sup> International Court of Justice (далее – ICJ). *Ahmadou Sadio Diallo (Republic of Guinea v. Democratic Republic of the Congo)*. Judgment of 19 June 2012 // ICJ Reports. 2012. P.324.

<sup>3</sup> Permanent Court of Arbitration (далее – PCA). *The Arctic Sunrise Case (The Kingdom of the Netherlands v. The Russian Federation)*. Case No.2014-02. Award on Compensation of 10 July 2017.

<sup>4</sup> Конвенция Организации Объединённых Наций по морскому праву от 10 декабря 1982 года // Бюллетень международных договоров. 1998. № 1. С. 3–168.

<sup>5</sup> Хотя попытки мыслить о международном праве как о системе некоторыми могут не быть восприняты всерьёз (см.: *D'Aspremont J.* International Court of Justice and the Irony of System-Design // Journal of International Dispute Settlement. Vol. 8. 2017. No. 2. P. 366–387, 371–379), это представляется необходимым, чтобы обеспечить правовую определённость на будущее и избежать фрагментации международного права.

<sup>6</sup> См.: Permanent Court of International Justice (далее – PCIJ). *Case Concerning the Factory at Chorzów (Germany v. Poland)*. Dissenting opinion by Judge Ehrlich, Jurisdiction Judgment of 26 July 1927 // PCIJ Reports Series A No. 39. Vol. 9; *Kelsen H.* General Theory of Law and State. Cambridge, MA : Harvard University Press, 1949. P.45–46.

<sup>7</sup> См.: *Lauterpacht E.* Equity, Evasion, Equivocation and Evolution in International Law // Proceedings of the American Branch of the International Law Association. 1977–1978. P.33–47, 33, 39; *Zarbiyev F.* Judicial Activism in International Law – A Con-

3) обоснованность оценки убытков на основании принципа справедливости с точки зрения пределов компетенции коллегий по разрешению споров. Когда принципы, которых придерживаются коллегии по разрешению споров, будут определены, эти принципы будут оценены на их совместимость с пределами компетенции тех коллегий по разрешению споров, которые уполномочены оценивать убытки лишь на основании международного обычая, а также будут затронуты изменения, привнесённые в эту область права делом *Диалло* и делом судна «*Арктик Санрайз*».

Для целей методологической точности настоящая статья начинается с того, что сужает круг релевантных решений коллегий по разрешению споров, применявших принцип справедливости к оценке убытков, до решений, вынесенных только коллегиями, уполномоченными оценивать убытки на основании международного права как такового (раздел 2). Затем в статье описываются общие допустимые теоретические подходы к обоснованию возможности коллегий, уполномоченных оценивать убытки только на основании международного права как такового, тем не менее оценивать такие убытки также и со ссылкой на принцип справедливости (раздел 3).

Далее статья переходит к трём другим частям, которые группируют проанализированные решения коллегий по разрешению споров по обстоятельствам, в которых соответствующие коллегии сочли возможным сослаться на принцип справедливости при оценке убытков. В делах первых двух групп коллегии оценивали убытки на основании принципа справедливости, поскольку заявленные суммы убытков не были подтверждены достаточным количеством доказательств, причём на это имелись (раздел 4) или не имелись (раздел 5) объективные причины. Статья анализирует эффект, который, с точки зрения права, применение принципа справедливости имело на процесс оценки убытков, и проверяет решения первых двух групп на совместимость с пределами юрисдикции коллегий по разрешению споров. В решениях третьей группы коллегии ссылались на принцип справедливости ввиду имманентной неопределённости видов убытков, заявленных к возме-

щению (раздел 6). В статье анализируются решения этой группы на предмет тех же вопросов, на предмет которых анализируются решения первых двух групп.

Определив действующие принципы оценки убытков на основании принципа справедливости, статья обращается к анализу дела *Диалло* и дела судна «*Арктик Санрайз*» в свете выведенных принципов и делает попытку обосновать, что, оценив убытки на основании принципа справедливости, Суд ООН в деле *Диалло* и состав арбитража по Приложению VII в деле судна «*Арктик Санрайз*» вышли за пределы своих полномочий. Затем в статье обращается внимание на то, что дело *Диалло* и дело судна «*Арктик Санрайз*» фактически позволяют присуждать компенсацию имущественного вреда по международному обычаю без ссылки на какие-либо доказательства, основываясь только на спекулятивных абстрактных размышлениях. Общий вывод, которым завершается статья, состоит в том, что в международном праве образовывались последовательные тенденции, касающиеся применения принципа справедливости при оценке убытков по международному обычаю. Но решения по делу *Диалло* и делу судна «*Арктик Санрайз*», в которых коллегии по разрешению споров действовали без полномочий в соответствующей части, подорвали эти тенденции и привнесли изменения, потенциально опасные для различных систем разрешения международных споров (раздел 8).

## 2. Оценка убытков по принципу справедливости в рамках международного обычая: практика каких коллегий по разрешению споров должна приниматься во внимание?

Чтобы быть методологически последовательной, данная статья будет анализировать практику лишь тех коллегий по разрешению споров, которые уполномочены рассматривать вопросы оценки убытков, применяя одну и ту же общую норму второго порядка<sup>8</sup>. Это будет

<sup>8</sup> См., например, попытку Гвинеиской Республики в деле о судне «*Saïga*» (№ 2) заявить о неприменимости дела о судне *It Alone*, которое, как полагала Гвинеиская Республика, было разрешено «преимущественно на основании принципа справедливости» и поэтому было иррелевантно для вопроса оценки убытков Международным трибуналом ООН по морскому

практика тех коллегий, которым их конституирующие документы предписывают оценивать убытки по стандартам международного обычая, при этом явным образом не позволяя применять принципы справедливости, но которые тем не менее из раза в раз оценивают убытки со ссылкой на принцип справедливости. Разумеется, в зависимости от содержания нарушенных норм первого порядка убытки, следующие из нарушения таких норм, могут оцениваться на основании различных принципов даже в рамках единой абстрактной нормы второго порядка, что может поставить предложенную методологию под сомнение<sup>9</sup>. В то же время, если соответствующие коллегии по разрешению споров применяют к вопросу оценки компенсации единый абстрактный стандарт, это уже является достаточным основанием хотя бы для того, чтобы обобщить практику таких коллегий касательно того, когда и как они используют принцип справедливости, оценивая убытки по этому единому абстрактному стандарту, и почему использованные этими коллегиями принципа справедливости не означает, что они тем самым выходят за пределы применимого стандарта оценки компенсации и, соответственно, своей компетенции. Конечно, существует множество сценариев, в которых коллегии по разрешению споров могут держать в уме принципы разумности и справедливости<sup>10</sup>, но данная статья коснётся только тех случаев, где коллегии считали необходимым сослаться на принцип справедливости явным образом.

С учётом этого, помимо Суда ООН и Международного трибунала ООН по морскому праву (*далее* — МТМП), особое внимание будет уделено практике составов арбитражей, включая составы арбитражей, сформированные на основании международных договоров о защите инвестиций и Конвенции ООН 1982 года. Действительно, большинство международных договоров о защите инвести-

ций не устанавливают каких-либо стандартов оценки компенсации, применимых в случае нарушения таких международных договоров, что зачастую вынуждает составы арбитражей обращаться по этому вопросу к нормам международного обычая, сформулированным в деле «*Корзю Фэктори*» (*Chorzów Factory*)<sup>11</sup>. Аналогичным образом, хотя Конвенция ООН 1982 года не содержит каких-либо специальных норм о возмещении вреда, Конвенция ООН 1982 года предписывает составам арбитражей по Приложению VII применять саму Конвенцию ООН 1982 года и другие нормы международного права, не противоречащие ей, но не допускает применения принципа справедливости сколь-нибудь явно<sup>12</sup>.

В статье также будет проанализирована практика Трибунала по претензиям между

<sup>11</sup> См.: *Ripinsky S. Assessing Damages in Investment Disputes: Practice in Search of Perfect* // The Journal of World Investment & Trade. Vol. 10. 2009. No. 1. P. 5–37, 8–9.

<sup>12</sup> См.: Конвенция Организации Объединённых Наций по морскому праву от 10 декабря 1982 года // Бюллетень международных договоров. 1998. № 1. С. 3–168. Ст. 293(1); PCA. *The MOX Plant Case (Ireland v. United Kingdom)*. Counter-Memorial of the United Kingdom (Wood on behalf of the United Kingdom) of 9 January 2003. § 4.31 (заявивший, что «другие нормы международного права», к которым отсылает статья 293(1), могут включать и нормы международного права второго порядка, как, например, те, что относятся к вопросам ответственности государств). Текст Конвенции ООН 1982 года содержит множество отсылок к справедливости, например статьи 59, 74, 83 Конвенции ООН 1982 года. Однако ни одна из этих статей не касается вопроса возмещения вреда или, если мыслить более узко, оценки компенсации. Более того, даже если бы они и касались этого вопроса, применяя их, коллегия по разрешению споров применяла бы не принцип справедливости как таковой, но скорее норму международного договора, включающую в себя принцип справедливости в соответствующей части. См.: ICJ. *North Sea Continental Shelf (Federal Republic of Germany/Denmark; Federal Republic of Germany/Netherlands)*. Judgment of 20 February 1969 // ICJ Reports 1969. P. 3, в котором Суд ООН, столкнувшись с задачей по определению международно-правовых принципов, применимых к разграничению континентальных шельфов между Германией/Данией и Германией/Нидерландами, постановил (с. 47), что международное право предписывает, чтобы континентальные шельфы граничащих государств разграничивались по принципу справедливости, отмечая, что «...это не вопрос применения принципа справедливости просто в абстрактном порядке, но вопрос применения нормы права, которая сама по себе требует применения принципов справедливости». См. также: ICJ. *Maritime Delimitation in the Area between Greenland and Jan Mayen (Denmark v. Norway)*. Judgment of 14 June 1993 // ICJ Reports 1993. P. 38, 234–235 (Separate opinion of Judge Weeramantry) (объясняющее, что принцип справедливости может входить в международное право сквозь двери международных договоров, и приводящее Конвенцию ООН 1982 года в качестве примера); ICSID. *Klöckner Industrie-Anlagen GmbH and others v. United Republic of Cameroon*. Case No. ARB/81/2. Ad hoc Committee decision on Annulment of 3 May 1985. § 79.

праву на основании международного права как такового: International Tribunal for the Law of the Sea. *M/V Saiga (No. 2) (Saint Vincent and the Grenadines v. Guinea)*. Counter-Memorial of the Republic of Guinea (von Brevem on behalf of the Republic of Guinea) of 16 October 1998. § 194. См. также: *Akehurst M. Op. cit.* P. 801.

<sup>9</sup> См.: Draft articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, with commentaries // Yearbook of the International Law Commission. 2001. V.II(2). P. 31, 100.

<sup>10</sup> См.: *Elrifai S. N. Equity-based Discretion and the Anatomy of Damages Assessment in International Investment Law* // Journal of International Arbitration. Vol. 34. 2017. No. 5. P. 835–888.

США и Ираном (*далее* – Трибунал), которому Декларация о разрешении споров предписывает применять нормы *права*, международного или национального, не допуская применения им принципа справедливости явным образом<sup>13</sup>. Наряду с этим будет рассмотрена практика Межамериканского суда по правам человека (*далее* – МАСПЧ), который, в соответствии со статьёй 63(1) Американской конвенции о правах человека (*далее* – АКПЧ)<sup>14</sup>, присуждает «справедливую компенсацию» в спорах, возникающих из нарушений АКПЧ, при этом термин «справедливая компенсация» толкуется данной Конвенцией как отсылающий к международному обычаю и делу «*Корзоу Фэктори*»<sup>15</sup>. Более того, при необходимости будет также принята во внимание практика Африканского суда по правам человека (*далее* – АСПЧ), в практике которого термин «справедливая компенсация», упомянутый в статье 27(1) Протокола 1998 года, понимается как инкорпорирующий стандарты международного обычая<sup>16</sup>.

Практика Европейского Суда по правам человека (*далее* – ЕСПЧ) будет анализироваться лишь в её небольшой части. Причина этому в том, что полномочия ЕСПЧ в части оценки компенсации несколько отличаются от полномочий коллегий по разрешению споров, рассмотренных выше. Действительно, по умолчанию, стандарт оценки компенсации по Конвенции о защите прав человека и основных свобод (*далее* – ЕКПЧ) не идентичен стандарту по международному обычаю<sup>17</sup>. Статья 41 ЕКПЧ предписывает присуждение жертве «справедливой компенсации» (англ.: just satisfaction; фр.: satisfaction équitable)<sup>18</sup>, в отличие от международного обычая, предписывающего «полное возмещение» вреда. Присуждение справедливой компенсации по статье 41 ЕКПЧ носит дискреционный характер<sup>19</sup>, зависит от характера нарушения<sup>20</sup>

*doulaye Nikiema, Ernest Zongo, Blaise Ibouido v. Burkina Faso*. Judgment on Reparations of 5 June 2015. § 20–31.

<sup>17</sup> См.: International Centre for Settlement of Investment Disputes (*далее* – ICSID). *Amco Asia Corporation and others v. Republic of Indonesia*. Case No. ARB/81/1. Award in Resubmitted Proceeding of 5 June 1990. § 127.

<sup>18</sup> Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms of 4 November 1950. Art. 41. URL: <https://www.echr.coe.int/Pages/home.aspx?p=basictexts&c> (дата обращения: 27.10.2018). См., однако, дело: PCA. *Norwegian Shipowners' Claims Norway v. USA*. Award of 13 October 1922 // Reports of International Arbitration Awards (*далее* – RIAA). Vol. 1. P. 307, в котором соглашение сторон предписывало составу арбитража «рассмотреть и разрешить указанные иски в соответствии с принципами права и справедливости и установить, какая сумма должна быть уплачена, если должна, в удовлетворение каждого иска» (норма, схожая по содержанию и формулировке со статьёй 41 ЕКПЧ), и эту фразу состав арбитража истолковал как отсылающую не к отличиям права от справедливости, как те, что имеются «в англосаксонской системе права», но к общим принципам справедливости. Считается, что под «общими принципами справедливости» состав арбитража имел в виду международное право как таковое. См.: *Gourgourinis A*. Op. cit. P. 331–332. Поэтому можно утверждать, что «*satisfaction équitable*» по статье 41 ЕКПЧ можно читать как отсылку к международному обычаю, несмотря на вводящее в заблуждение словоупотребление. Более того, как было продемонстрировано, в отличие от ЕСПЧ, МАСПЧ и АСПЧ толкуют положения о возмещении вреда в своих конституирующих инструментах, которые аналогичны по содержанию статье 41 ЕКПЧ, как инкорпорирующие норму международного обычая.

<sup>19</sup> См.: European Court of Human Rights (*далее* – ECtHR). *Todorova and Others v. Bulgaria*. Just satisfaction. Applications nos. 48380/99, 51362/99, 60036/00 and 73465/01. Judgment of 24 April 2008. § 8; *Shesti Mai Engineering OOD and Others v. Bulgaria*. Merits and just satisfaction. Application no. 17854/04. Judgment of 20 September 2011. § 101; *Schabas W.A.* The European Convention on Human Rights: A Commentary. Oxford: Oxford University Press, 2015. P. 836.

<sup>20</sup> См.: ECtHR. *Todorova and others v. Bulgaria*. § 8; *Shesti Mai Engineering OOD and Others v. Bulgaria*. § 101.

<sup>13</sup> Декларация Правительства Алжирской Народной Демократической Республики касательно разрешения споров между Правительством Соединённых Штатов Америки и Правительством Исламской Республики Иран от 19 января 1981 года, статья V. Иногда Трибунал по претензиям между США и Ираном оценивает компенсацию на основании стандарта иного, нежели установленного в международном обычае. См., например, дела, в которых Иран осуществил законную экспроприацию имущества граждан США: Iran-United States Claims Tribunal (*далее* – IUSCT). *Amoco International Finance Corp v. The Government of the Islamic Republic of Iran et al.* Case No. 56. Award No. 310-56-3 of 14 July 1987. Стандарт компенсации в таких делах основывался на статье IV(2) Договора о дружбе, экономических отношениях и консульских правах (Тегеран, 15 августа 1955 года). Данные дела могут быть полезны для настоящего анализа при условии, если будет принято, что стандарт компенсации по статье IV(2) Договора о дружбе идентичен тому, что существует в международном обычае и применим к международно-противоправным действиям, в частности незаконным экспроприациям. См.: IUSCT. *Sedco Inc v. National Iranian Oil Company*. Case No. 129. Award No. ITL 59-129-3 Section III of 27 March 1986; ср.: *Lauterpacht E.* Issues of Compensation and Nationality in the Taking of Energy Investments // *Journal of Energy & Natural Resources Law*. Vol. 8. 1990. P. 241–250, 244, 248–249.

<sup>14</sup> The American Convention on Human Rights of 22 November 1969. Art. 63(1). URL: <https://www.cidh.oas.org/basicos/english/basic3.american%20convention.htm> (дата обращения: 27.10.2018).

<sup>15</sup> Inter-American Court of Human Rights (*далее* – IACHR). *Velásquez-Rodríguez v. Honduras*. Judgment of 21 July 1989. § 25; IACHR. *Aloeboetoe et al v. Suriname*. Judgment of 10 September 1993. § 43–44.

<sup>16</sup> См.: Protocol to the African Charter on Human and Peoples' Rights on the Establishment of an African Court on Human and Peoples' Rights of 10 June 1998. Art. 27(1). URL: <http://www.achpr.org/instruments/court-establishment/> (дата обращения: 27.10.2018); African Court on Human and Peoples' Rights. Ab-

и, хотя и осуществляется с целью устранить последствия нарушения ЕКПЧ, направлено на таковое устранение «с идеей предотвратить повторение [нарушения] в общем интересе, а не подстроить форму возмещения вреда под конкретную жертву»<sup>21</sup>, что в целом указывает на то, что природа возмещения по статье 41 ЕКПЧ определяется соображениями справедливости<sup>22</sup>.

В то же время, поскольку, как уже отмечалось, сумма «справедливой компенсации» зависит от характера нарушения (то есть содержание обязательства второго порядка поставлено в зависимость от содержания нарушенного обязательства первого порядка), ЕСПЧ придерживается позиции, что при нарушении некоторых обязательств из ЕКПЧ первого порядка содержание обязательства второго порядка предоставить «справедливую компенсацию» соответствует содержанию обязательства второго порядка предоставить «полное возмещение» в рамках принципа, установленного в деле «*Корзоу Фэктори*». Такая позиция наиболее актуальна в отношении произвольных лишений имущества в нарушение статьи 1 Протокола 1 к ЕКПЧ<sup>23</sup> или, как можно утверждать, других нарушений статьи 1 Протокола 1 к ЕКПЧ, таких как ограничение права пользования, когда такие нарушения имеют место в отношении граждан иностранных государств<sup>24</sup>.

Соответственно, для цели грядущего анализа по выведению каких-либо общих правил применения принципа справедливости

при оценке имущественного вреда по международному обычаю будут преимущественно браться только дела, разрешённые коллегиями по разрешению споров, рассмотренными в данном разделе. Однако проведению этого анализа будет предшествовать общее описание того, почему оценка убытков со ссылкой на принцип справедливости может соответствовать полномочиям коллегий оценивать убытки только на основании международного права как такового.

### 3. Оценка убытков по принципу справедливости и пределы компетенции коллегий по разрешению споров

Когда полномочия коллегии по разрешению споров ограничены оценкой компенсации по международному праву как таковому, оценка коллегией компенсации со ссылкой на принцип справедливости может привести к выходу коллегии за пределы таких полномочий<sup>25</sup>, и поэтому осмысление оценки компенсации по принципу справедливости приобретает большое практическое значение. В этом разделе будут рассмотрены альтернативные варианты обоснования полномочия коллегий по разрешению споров, уполномоченных применять к вопросу оценки убытков только международное право, оценивать убытки по принципу справедливости.

Любая попытка обосновать и легитимировать такую практику должна принимать во внимание, что в международном праве традиционно выделяются четыре вида справедливости: справедливость *infra legem*, справедливость *praeter legem*, справедливость *contra legem* и справедливость *ex aequo et bono*. Несмотря на довольно хаотичные высказывания *obiter dicta* в решениях Суда ООН, можно предложить следующий способ разграничить эти четыре вида справедливости.

Справедливость *infra legem* определяют как «форму справедливости, представляющую собой метод толкования действующих норм права»<sup>26</sup> и поэтому не выходящую за

<sup>21</sup> Schabas W.A. Ibid. P.837–838; Wildhaber L. Article 41 of the European Convention on Human Rights: Just Satisfaction under the European Convention on Human Rights // Baltic Yearbook of International Law Online. Vol. 3. 2003. No. 1. P.1–18, 3, 5.

<sup>22</sup> См.: ECtHR. *Sunday Times v. the United Kingdom (Article 50)*. Application no. 6538/74. Judgment of 6 November 1980. § 15; *König v. Germany (Article 50)*. Application no. 6232/73. Judgment of 10 March 1980. § 19; *Zlinsat, Spol SRO v. Bulgaria*. Application no. 57785/00. Judgment of 10 January 2008. § 45; *SC Antares Transport SA v. Romania*. Application no. 27227/08. Judgment of 30 May 2017. § 13; ICJ. *Ahmadou Sadio Diallo (Republic of Guinea v. Democratic Republic of the Congo)*. P.416; Schabas W.A. Op. cit. P.838; Wildhaber L. Op. cit. P.3, 5.

<sup>23</sup> См.: ECtHR. *Papamichalopoulos and others v. Greece (Article 50)*. Application no. 14556/89. Judgment of 31 October 1995. § 36; *Scordino v. Italy (No. 3)*. Application no. 43662/98. Judgment of 6 March 2007. § 32.

<sup>24</sup> См.: Kriebaum U. Is the European Court of Human Rights an Alternative to Investor-State Arbitration? // Human Rights in International Investment Law and Arbitration / ed. by P.M. Dupuy, F. Francioni, E. U. Petersmann. Oxford : Oxford University Press, 2009. P.219–245, 243.

<sup>25</sup> Ср.: Вопрос, обсуждавшийся в деле *Judgments of the Administrative Tribunal of the International Labour Organization upon Complaints Made against the UNESCO* // Advisory Opinion ICJ Reports. 1956. P.77, 100.

<sup>26</sup> ICJ. *Frontier Dispute, Burkina Faso v. Republic of Mali* // ICJ Reports. 1986. P.554, 567–568.

пределы действующих норм права<sup>27</sup>. По этой причине применение коллегиями по разрешению споров справедливости *infra legem* является безоговорочно допустимым в международном праве без необходимости какого-либо дополнительного согласия сторон на это<sup>28</sup>. Что касается обстоятельств, в которых может применяться этот вид справедливости, справедливость *infra legem* призвана направлять свободу усмотрения коллегий по разрешению споров в вопросах толкования норм права и поэтому должна быть применимой, когда соответствующая норма международного права является слишком неопределённой в части пределов своего действия или содержания и нуждается в таком толковании. В крайних случаях толкование, детерминированное справедливостью *infra legem*, может привести к добавлению к норме международного права подразумеваемых исключений из неё, когда имеются причины для введения таких исключений<sup>29</sup>. Соответственно, когда содержание нормы является достаточно ясным и в обстоятельствах дела отсутствуют основания для добавления к норме основанных на справедливости исключений, у коллегии по разрешению споров не будет оснований обращаться к справедливости *infra legem*. В последнем случае общие отсылки коллегии по разрешению споров к справедливости будут означать, что коллегия применила вид справедливости иной, нежели справедливость *infra legem*.

Один из этих иных видов справедливости — это справедливость *praeter legem*, которая направляет свободу усмотрения коллегий по разрешению споров в вопросах заполнения пробелов в праве<sup>30</sup>. Третий — справед-

ливость *contra legem*, которая «сводится к возможному отклонению от общих норм права в конкретном случае», предлагая набор альтернативных норм и принципов, на которых может быть основано судебное решение<sup>31</sup>. Выделяют также справедливость *ex aequo et bono*, на основании которой выносятся «решения, свободные от ограничений, существующих в нормах права, и зависящие исключительно от того, что коллегия по разрешению споров считает справедливым»<sup>32</sup>. Применяя любой из этих трёх видов справедливости без санкции сторон, коллегия по разрешению споров, уполномоченная на оценку убытков по международному праву, будет действовать за пределами своей компетенции<sup>33</sup>.

*North Sea of Germany v. The Netherlands Continental Shelf (Federal Republic of Germany v. Denmark; Federal Republic)* (Separate opinion of Judge Ammoun) // ICJ Reports. 1969. P. 3, 139; *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited (Belgium v. Spain)* (Separate opinion of Judge Ammoun) // ICJ Reports. 1970. P. 3, 332–333.

<sup>31</sup> См.: ICJ. *Maritime Delimitation in the Area between Greenland and Jan Mayen (Denmark v. Norway)*. P. 233–234; *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited (Belgium v. Spain)*. P. 332–333.

<sup>32</sup> ICJ. *Maritime Delimitation in the Area between Greenland and Jan Mayen (Denmark v. Norway)*. P. 230.

<sup>33</sup> Касательно справедливости *praeter legem* см.: ICJ. *Frontier Dispute, Burkina Faso v. Republic of Mali*. P. 567 (после того как Палата заключила, что у неё не было полномочий применять справедливость *contra legem*, Палата пришла к выводу, что не будет применять справедливость *praeter legem* тоже); *Territorial Dispute (Libyan Arab Jamahiriya v. Chad)* (Separate opinion of Judge Ajibola) // ICJ Reports. 1994. P. 6, 59 (исключающее полномочие Суда ООН применять справедливость *praeter legem* и отсылкающее к соглашению Буркина Фасо и Мали о том же); *Francioni F. Equity in International Law* // The Max Planck Encyclopedia of Public International Law / ed. by R. Wolfrum. Oxford: Oxford University Press, 2012. P. 632–641. Касательно справедливости *contra legem* см.: ICJ. *Frontier Dispute, Burkina Faso v. Republic of Mali*. P. 567; в деле *Диалло* Демократическая Республика Конго («Конго») возражала против аргументов Гвинейской Республики по вопросу дипломатической защиты путём замещения (англ.: diplomatic protection by substitution), заявив, что Гвинейская Республика приглашала Суд ООН применить недопустимую справедливость *contra legem*: ICJ. *Ahmadou Sadio Diallo (Republic of Guinea v Democratic Republic of the Congo)* (Kisala on behalf of the DRC) // ICJ Pleadings CR 2006/50 of 27 November 2006. P. 45–46; в ответ Гвинейская Республика не пыталась это опровергнуть и не заявила, что, с точки зрения права, Суд ООН был полномочен применить справедливость *contra legem*, тем самым косвенно соглашаясь с аргументом Конго в этой части. См.: Ibid. ICJ Pleadings CR 2006/51, 28 November 2006, 39 (Pellet on behalf of the Republic of Guinea); ICJ. *Maritime Delimitation in the Area between Greenland and Jan Mayen (Denmark v. Norway)*. P. 230 (Separate opinion of Judge Weeramantry) (отмечающее, что «внутри своей гораздо более ограниченной сферы Суд [ООН] вправе использовать полный спектр принципов справедливости, процедур и методов без того, чтобы опасаться выйти

<sup>27</sup> См.: *Cheng B. Justice and Equity in International Law* // Current Law Problems. Vol. 8. 1955. No. 1. P. 185–211, 210–211; *Lowe V. Op. cit.* P. 57–58. См. также: ICSID. *Amco Asia Corporation and others v. Republic of Indonesia*. Decision on the Application for Annulment of 16 May 1986. § 26–28; *MTD Equity Sdn Bhd v. Republic of Chile*. Case No. ARB/01/7. Decision on Annulment of 21 March 2007. § 48; *Klöckner Industrie-Anlagen GmbH and others v. United Republic of Cameroon and Société Camerounaise des Engrais*. Case No. ARB/81/2. *Ad hoc* Committee Decision on Annulment of 3 May 1985. § 79.

<sup>28</sup> См.: ICJ. *Frontier Dispute, Burkina Faso v. Republic of Mali*. P. 567–568; *Lapidoth R. Equity in International Law* // American International Law Proceedings. Vol. 81. 1987. P. 138–147, 143; *Cheng B. Op. cit.* P. 210–211; *Akehurst M. Op. cit.* P. 802.

<sup>29</sup> См.: *Akehurst M. Op. cit.* P. 802.

<sup>30</sup> См.: ICJ. *Maritime Delimitation in the Area between Greenland and Jan Mayen (Denmark v. Norway)* (Separate opinion of Judge Weeramantry) // ICJ Reports. 1993. P. 38, 231–232;

Поэтому был выдвинут аргумент, что, оценивая убытки по принципу справедливости, коллегия по разрешению споров попросту толкуют существующие нормы международного права и тем самым применяют мягчайший вид справедливости, то есть справедливость *infra legem*<sup>34</sup>. Как утверждается, это должно объяснять, почему коллегия по разрешению споров, применившая справедливость *infra legem*, не должна считаться вышедшей за пределы своих полномочий, ограниченных оценкой компенсации по правилам международного права<sup>35</sup>.

Но такой аргумент порождает другой вопрос: если верно, что, применяя справедли-

вость *infra legem*, коллегия по разрешению споров допустимым образом толкует нормы международного права, применимые в споре, остаётся неясным, какие именно нормы подвергаются толкованию в контексте оценки убытков по принципу справедливости. Представляются допустимыми следующие варианты.

Во-первых, применяя принцип справедливости, коллегия по разрешению споров может толковать норму второго порядка о размере компенсации, причитающейся жертве международно-противоправного деяния<sup>36</sup>, то есть норму о том, что «возмещение должно, насколько это возможно, сгладить все последствия противоправного деяния и восстановить ситуацию, которая, наиболее вероятно, имела бы место, если бы это деяние не было совершено»<sup>37</sup>. Поскольку эта норма лишь устанавливает правило «если бы не» наиболее общим образом, но не предусматривает какой-либо конкретный способ оценки компенсации<sup>38</sup>, коллегия по разрешению споров может толковать это неопределённое правило по своему усмотрению, не следуя предложенным сторонами толкованиям, и прийти к своему собственному «справедливому» способу оценки, который коллегия по разрешению споров сочтёт подходящим в обстоятельствах конкретного дела<sup>39</sup>.

Во-вторых, указание на оценку убытков по принципу справедливости может свидетельствовать о том, что коллегия по разрешению споров истолковала правило о *бремени* доказывания, в результате чего сторона, требующая возмещения вреда, была фактически освобождена от обязанности доказать размер причинённого ей вреда. Именно так судья Агхассосени в своём особом мнении в деле *Мохтади против Ирана* подошёл к

предвосхитить любой аргумент о том, что подход состава арбитража к оценке убытков якобы был неожиданным для сторон, включая использование составом арбитража принципа справедливости.

<sup>36</sup> См.: *Pellet A. Op. cit.* P.729.

<sup>37</sup> PCIJ. *Case Concerning the Factory at Chorzów (Germany v. Poland) Merits* // PCIJ Rep Series A No. 17. 1928. P.47.

<sup>38</sup> См.: PCA. *Murphy Exploration & Production Company International v. Republic of Ecuador*. Case No.2012-16 (formerly AA 434). Partial Final Award of 6 May 2016. § 481; *Lauterpacht E. Op. cit.* P.243, 249–250.

<sup>39</sup> См.: ICSID. *Tidewater Inc et al v. The Bolivarian Republic of Venezuela*. Case No.ARB/10/5. Decision on Annulment of 27 December 2016. § 127; *Rumeli Telekom AS v. Republic of Kazakhstan*. Case No.ARB/05/16. Decision of the *ad hoc* Committee of 25 March 2010. § 149.

за пределы своей компетенции», но «при условии, что Суд [ООН] не действует *contra legem*»; *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited (Belgium v. Spain)*. P.333 (Separate opinion of Judge Ammoun) (отмечающее в отношении решений, отклоняющихся от обычных норм права, что, «если бы международный суд принял на себя такие полномочия, он назначил бы себя законодателем»).

Касательно справедливости *ex aequo et bono* см.: Statute of the ICJ. San Francisco, 26 June 1945. Art. 38(2). URL: <http://www.un.org/en/charter-united-nations/> (дата обращения: 27.10.2018); United Nations Convention on the Law of the Sea. Montego Bay, 10 December 1982. Art. 293(2). URL: [http://www.un.org/depts/los/convention\\_agreements/texts/unclos/unclos\\_e.pdf](http://www.un.org/depts/los/convention_agreements/texts/unclos/unclos_e.pdf) (дата обращения: 27.10.2018); Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States. Washington, 18 March 1965. Art. 42(3). URL: <https://treaties.un.org/pages/showDetails.aspx?objid=08000028012a925> (дата обращения: 27.10.2018); UNCITRAL Arbitration Rules. 2013. Art. 35(2). URL: <https://www.uncitral.org/pdf/english/texts/arbitration/arb-rules-2013/UNCITRAL-Arbitration-Rules-2013-e.pdf> (дата обращения: 27.10.2018); SCC Arbitration Rules. 2017. Art. 27(3). URL: [https://sccestitute.com/media/40120/arbitrationrules\\_eng\\_webbversion.pdf](https://sccestitute.com/media/40120/arbitrationrules_eng_webbversion.pdf) (дата обращения: 27.10.2018); ICC Arbitration Rules. 2017. Art. 21(3). URL: <https://iccwbo.org/publication/arbitration-rules-and-mediation-rules/> (дата обращения: 27.10.2018).

<sup>34</sup> См.: *Lowe V. Op. cit.* P.56–58. См. также: *Lauterpacht E. Principles of Procedure in International Litigation* // *Recueil des Cours de l'Academie de Droit International*. 2011. Vol. 345. P.387–530, 523–524.

<sup>35</sup> В контексте арбитража см.: *Schreuer Ch. The ICSID Convention: A Commentary*. Cambridge : Cambridge University Press, 2009. P.634–637; ICSID. *Amco Asia Corporation and others v. Republic of Indonesia*. Decision on the Application for Annulment of 16 May 1986. § 26–28; *MTD Equity Sdn Bhd v. Republic of Chile*. § 48; *Klöckner Industrie-Anlagen GmbH and others v. United Republic of Cameroon*. § 79. Однако по другим *leges arbitri* решение состава арбитража, отклоняющееся от процессуальных документов сторон по вопросам убытков, в некоторых обстоятельствах может быть обречено на отмену как «неожиданное решение». См.: во Франции, Cass civ (1) Case No. 785 (10-23.321) (29 June 2011). Ср.: в Швейцарии, BGer Case No. 4A\_322/2015 (27 June 2016). Ср.: в Швеции, Svea CA, Case No. T 745-06 (28 November 2008); Svea CA, Case No. T 2484-11 (10 April 2013). В то же время, если от состава арбитража требуется присудить, как это часто бывает на практике, помимо прочего, «любое другое средство защиты, которое состав арбитража сочтёт применимым», это может



пониманию оценки убытков по принципу справедливости, использованной большинством коллегии в этом деле<sup>40</sup>.

В-третьих, ссылаясь на справедливость, коллегия по разрешению споров могла истолковать правило о *стандарте* доказывания, что могло привести к снижению стандарта доказывания размера вреда, которому должны удовлетворять доказательства для цели успешного взыскания убытков. Действительно, в деле «Текмед» против Мексики состав арбитража заключил, что оценка убытков по принципу справедливости сохраняет бремя доказывания размера вреда на истце, но при этом достаточно представить доказательства размера вреда, удовлетворяющие стандарту *prima facie*, чтобы перенести бремя доказывания на ответчика<sup>41</sup>.

Есть также и другой способ объяснить оценку убытков по справедливости, чтобы такую оценку можно было считать соответствующей пределам компетенции коллегий по разрешению споров. Концептуально этот способ отличается от приравнивания оценки убытков по справедливости к применению справедливости *infra legem* и толкованию норм международного права. В частности, состав арбитража, который полагал, что применяет к оценке убытков принцип справедливости, мог попросту произвести свободную оценку представленных в дело *доказательств* вместо того, чтобы менять какие-либо действующие *нормы* международного права по вопросам возмещения вреда, бремени или стандарта доказывания<sup>42</sup>. Иными сло-

вами, коллегия по разрешению споров могла сделать из представленных сторонами доказательств такие выводы, что иск о возмещении вреда удовлетворял бы нормам права в их виде, применимом по умолчанию. В то же время коллегия избегала бы попыток сделать эти нормы права менее строгими с помощью справедливости *infra legem*, чтобы нормы в результате их истолкования приобрели содержание, которому удовлетворяли бы представленные доказательства.

Какой бы из этих вариантов ни был верным, все они приводят к выводу, что, оценивая убытки по принципу справедливости в рамках изложенного выше понимания, коллегия по разрешению споров не выходит за пределы своей компетенции в толковании норм права или оценке фактов. В принципе, нет логических причин исключать также и сценарий, в котором, осуществляя оценку убытков по принципу справедливости, коллегия по разрешению споров выходит за пределы имеющегося у них усмотрения и применяют справедливость *contra legem* с выходом за пределы компетенции<sup>43</sup>. В любом случае какие-либо рассуждения об этом сценарии должны вестись с осторожностью, поскольку государства в нескольких случаях уже выразили общее одобрение практики оценки убытков по принципу справедливости<sup>44</sup>.

«справедливость» и «приближение» как взаимозаменяемые. Например, в деле *Starrett против Ирана* Трибунал по претензиям между США и Ираном столкнулся с многочисленными неопределённостями при оценке спорного актива и счёл себя «обязанным использовать свою свободу усмотрения и «определить по принципу справедливости» соответствующую сумму» (IUSCT. *Starrett Housing Corporation v. Government of the Islamic Republic of Iran*. Case No.24. Award No.314-24-1 of 14 August 1987. § 339. Однако в последующей практике Трибунал ссылаясь на дело *Starrett v. Iran* как на пример «приближения» суммы убытков. См.: IUSCT. *Harold Birnbaum v. The Islamic Republic of Iran*. Case No.967. Award No.549-967-2 of 6 July 1993. § 49; IUSCT. *Frederica Lincoln Riahi v. The Government of the Islamic Republic of Iran*. Case No.485. Award No.600-485-1 of 27 February 2003. § 414 (in 166).

<sup>43</sup> К тому, чтобы не исключать такой сценарий, подталкивает и аргумент Ирмгард Марбое о том, что принцип справедливости, в отличие от свободы усмотрения, «не имеет места в современном инвестиционном арбитраже». См.: *Marboe I. Calculation of Compensation and Damages in International Investment Law*. Oxford : Oxford University Press, 2009. § 3.311, 3.324; *Elrifai S.N.* Op. cit. P. 870–872 (соглашается с И. Марбое).

<sup>44</sup> См.: International Tribunal for the Law of the Sea. *M/V «Saiga» (No.2) (Saint Vincent and the Grenadines v. Guinea)*. Memorial of St Vincent and Grenadines of 19 June 1998. § 185 (Dabinovic on behalf of St Vincent and Grenadines) (цитирующий с одобрением дела ЕСПЧ и МАСПЧ в пользу оценки не-

<sup>40</sup> См.: IUSCT. *Jahangir Mohtadi v. The Government of the Islamic Republic of Iran*. Case No.271. Award No.573-271-3 of 2 December 1996. Section 4.1 (Dissenting opinion of Judge Aghahosseini) (утверждается, что, оценив убытки истцов по принципу справедливости, большинство вместо того, чтобы отказать истцам в иске по мотиву невынесения бремени доказывания, перераспределило само бремя доказывания).

<sup>41</sup> См.: ICSID. *Técnicas Medioambientales Tecmed SA v. The United Mexican States*. Case No.ARB(AF)/00/2. Award of 29 May 2003. § 190. Честер Браун полагает, что применение стандарта доказывания *prima facie*, в котором он видит скорее вопрос бремени доказывания, не соответствует международной практике: *Brown Ch. A Common Law of International Adjudication*. Oxford : Oxford University Press, 2007. P.95–96. Это подтверждает, что применение стандарта доказывания *prima facie* может быть результатом процесса толкования более традиционного стандарта доказывания, устанавливающего необходимость перевеса доказательства. См. также: ICSID. *Gold Reserve Inc v. Bolivarian Republic of Venezuela*. Case No.ARB(AF)/09/1. Award of 22 September 2014. § 686.

<sup>42</sup> См.: *Cheng B.* Op. cit. P.210–211; *Lapidot R.* Op. cit. P.145. Коллегия по разрешению споров часто используют термины

Как было продемонстрировано в этом разделе, можно предложить несколько способов привести оценку компенсации по принципу справедливости в соответствие с мандатами коллегий по разрешению споров, которым предписано оценивать убытки исключительно на основании международного права. Далее в статье варианты, предложенные в этом разделе, будут протестированы против того, как коллегии осуществляют оценку убытков по принципу справедливости на практике. Целью данного упражнения будет заключить, соответствуют ли оценки убытков по принципу справедливости, произведённые коллегиями в категориях дел, которые будут подвергнуты анализу, пределам их компетенции, ограниченным оценкой компенсации по международному праву.

#### **4. Принцип справедливости и убытки в размере, не подтверждённом достаточным количеством доказательств, в отсутствие объективных причин**

Доказательства размера понесённых убытков, представляемые на рассмотрение коллегий по разрешению споров, не всегда удовлетворительны, и зачастую на это отсутствуют объективные причины. В делах, которые будут рассмотрены в данном разделе, коллегии по разрешению споров ссылались на принцип справедливости, когда они были уверены в том, что причинение вреда имело место, но количества представленных доказательств было недостаточно, чтобы произвести в должной степени информированную оценку убытков<sup>45</sup>. В настоящем разделе будет сделано утверждение, что в соответствующих делах коллегии могут или использовать име-

ющуюся у них свободу усмотрения в части оценки представленных доказательств, или толковать *infra legem* одну из размытых по содержанию норм международного права по вопросу стандарта доказывания. Как объяснялось ранее, отсылки к справедливости, имеющие настолько ограниченное влияние на процесс оценки убытков, не могут быть восприняты как свидетельство выхода арбитрами за пределы полномочий.

Показательно дело *Доган против Туркменистана*, инициированное на основании Конвенции о порядке разрешения инвестиционных споров между государствами и иностранными лицами 1965 года и двустороннего договора о защите инвестиций между Германией и Туркменистаном. В этом деле состав арбитража установил, что Туркменистан экспроприировал яичную ферму, косвенно принадлежащую г-ну Догану, а затем перешёл к оценке суммы убытков, подлежавшей выплате г-ну Догану по стандартам международного обычая. Однако г-н Доган не представил доказательств объёмов производства и цен реализации произведённых товаров за прошлые годы, хотя эти доказательства были критически важны для удовлетворения требования г-на Догана о компенсации упущенной выгоды. Представленные сторонами отчёты экспертов оценивали объёмы производства и цены, исходя из различных общих руководств по управлению птицефабриками, но не использовали производственные показатели той яичной фермы, которая была подвергнута экспроприации. Состав арбитража постановил, что представленные доказательства «лучше всего можно было описать как фрагментарные и скудные», и тем не менее присудил г-ну Догану убытки, основываясь на представленных доказательствах, хотя присужденная сумма могла и не отражать всего размера убытков г-на Догана.

Когда было предъявлено заявление об отмене решения на том основании, что в ходе оценки убытков состав арбитража действовал *ex aequo et bono* и тем самым вышел за пределы полномочий, Комитет *ad hoc* Международного центра по урегулированию инвестиционных споров (*далее* — Комитет *ad hoc* МЦУИС) не согласился с таким аргументом и постановил, что решение состава арбитража не содержало какой-либо ошибки, которая могла бы привести к отмене решения

имущественного ущерба по принципу справедливости); Ibid. ITLOS/PV.99/18, 33:13-14 of 20 March 1999 (von Brevem on behalf of the Republic of Guinea) (заявивший, что размер убытков, которые будут присуждены, в любом случае должен быть «разумным и справедливым»); IACHR. *Kimel v. Argentina*. Case No. 177. Judgment of 2 May 2008. § 108, 110 (Аргентина просила МАСПЧ оценить имущественный ущерб жертв по принципу справедливости); ICJ. *Ahmadou Sadio Diallo (Republic of Guinea v. Democratic Republic of the Congo)*. Counter-Memorial of the DRC of 21 February 2012. § 1.12 (отсылающий к оценке неимущественного ущерба по принципу справедливости в деле *Ивон Нептун (Yvon Neptune) против Гаити*, разрешённом МАСПЧ).

<sup>45</sup> Ср.: Gray Ch. Judicial Remedies in International Law. Oxford : Oxford University Press, 1990. P. 19–20.

в соответствующей части. С точки зрения Комитета *ad hoc* МЦУИС, «между достаточностью и отсутствием доказательств име[лась] большая разница»<sup>46</sup>. Кроме того, хотя документы, представленные для цели оценки составом арбитража убытков, были очень ограничены по объёму, «само по себе то обстоятельство, что документы не содержали информации о ценах и объёмах производимых [фермой] товаров, не обязывало состав арбитража, с точки зрения права, закрывать глаза на эти документы или полностью исключать их из документов, которые могли быть положены в основу оценки убытков. <...> Состав арбитража волен делать выводы из представленных доказательств или отказов представить доказательства»<sup>47</sup>.

Идея решения Комитета *ad hoc* МЦУИС в деле *Доган против Туркменистана* в том, что у коллегии по разрешению споров, не локализованной в какой-либо юрисдикции, имеется обязанность отклонить иск о возмещении имущественного вреда и отсутствует свобода усмотрения только в случае полного отсутствия доказательств размера таких убытков в материалах дела. В иных ситуациях, когда представлены хотя бы некоторые подтверждения размера убытков, какие бы они ни были скудные, коллегия по разрешению споров обладает свободой усмотрения при оценке доказательственной силы таких подтверждений, принимая во внимание также и убедительность доказательств, представленных (если применимо) другой стороной<sup>48</sup>. Как будет ясно из анализа ниже, именно в

этом состоит принцип, который применяют все коллегии по разрешению споров, сталкивающиеся со скудными доказательствами размера имущественного вреда, заявленного к взысканию, под предлогом принципа справедливости.

Действительно, с одной стороны, коллегии по разрешению споров, сталкивающиеся с полным отсутствием доказательств самого факта причинения имущественного вреда<sup>49</sup> или размера такого вреда<sup>50</sup>, склонны отклонять иски о возмещении вреда, неспособные найти какую-либо зацепку для применения принципа справедливости или использования свободы усмотрения при оценке доказательств. С другой стороны, когда некоторые доказательства, подтверждающие размер причинённого имущественного вреда, всё же представляются, коллегии без труда рассчитывают размер причинённого имущественного вреда со ссылкой на принцип справедливости. Приводимые ниже примеры демонстрируют, что, когда коллегии, сталкивающиеся со скудными доказательствами размера убытков, ссылаются на принцип справедливости при оценке имущественного вреда, они лишь используют имеющуюся у них свободу усмотрения в выводах из доказательств (пусть даже и скудных), имеющихся в материалах дела, как следует из дела *Доган против Туркменистана*.

В связи с этим показательно дело «Агрокомплекс» *против Украины*. В этом деле ЕСПЧ признал Украину ответственной за нарушение статьи 6(1) ЕКПЧ и статьи 1 Протокола 1 к ЕКПЧ, выразившееся в уменьшении суммы долга, осуществлённом по указанию исполнительной власти Украины путём пересмотра вынесенного ранее решения украинского суда, подтвердившего долг украинской государственной компании «ЛиНОС» перед ЗАО «Агрокомплекс». Далее ЕСПЧ обратил-

<sup>46</sup> ICSID. *Adem Dogan v. Turkmenistan*. Case No. ARB/09/9. Decision on Annulment of 15 January 2016. § 156.

<sup>47</sup> Ibid. § 158.

<sup>48</sup> По сути, такой подход повторяет общее правило, применяемое коллегиями по разрешению споров к оценке доказательств любого рода, даже вне контекста убытков: *Shufeldt claim (USA v. Guatemala)* // RIAA. 1930. Vol. 2. P. 1079, 1083; ICJ. *Arbitral Award Made by the King of Spain (Honduras v. Nicaragua)*. Judgment of 23 December 1906 // ICJ Reports. 1960. P. 192, 215–216; *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)* // ICJ Reports. 1986. P. 14, 40; IACHR. *Hilaire and Others v. Trinidad and Tobago*. Case No. 9. Judgment of 21 June 2002. § 65; ECtHR. *Janowiec and others v. Russia*. Merits and just satisfaction. Applications nos. 55508/07 and 29520/09. Judgment of 21 October 2013. § 208; ICSID. *Asian Agricultural Products Ltd v. Republic of Sri Lanka*. Case No. ARB/87/3. Final Award of 27 June 1990. § 56; Cheng B. *General Principles of Law as Applied by International Courts and Tribunals*. Cambridge: Cambridge University Press, 2006. P. 307; *Amerasinghe Ch. F. Evidence in International Litigation*. Leiden: Brill/Nijhoff, 2005. P. 186–188.

<sup>49</sup> См.: SCC. *Mohammad Ammar Al-Bahloul v. The Republic of Tajikistan*. Case No. V (064/2008). Final Award of 8 June 2010. § 95–99; ICSID. *Biwater Gauff (Tanzania) Ltd v. United Republic of Tanzania*. Case No. ARB/05/22. Award of 24 July 2008. § 801–806; *AES Corporation v. Republic of Kazakhstan*. Case No. ARB/10/16. Award of 1 November 2013. § 469; *MNSS BV v. Montenegro*. Case No. ARB(AF)/12/8. Award of 4 May 2016. § 356.

<sup>50</sup> См.: French-Venezuelan Commission. *Heirs of Jean Maninat (France v. Venezuela)* // RIAA. 1905. Vol. 10. P. 55, 82; ICSID. *Caratube International Oil Company LLP v. Republic of Kazakhstan*. Case No. ARB/13/13. Award of the Tribunal of 27 September 2017. § 1152, 1160.

ся к подсчёту «справедливой компенсации» с тем, чтобы «осуществить исправление последствий [нарушения] таким образом, чтобы восстановить, насколько это возможно, положение, существовавшее до нарушения»<sup>51</sup>, тем самым, по сути, применяя принцип, установленный в деле «*Корзоу Фэктори*». Будучи уверенным, что заявителю был причинён ущерб, ЕСПЧ посчитал, что ЗАО «Агрокомплекс» имело право на присуждение убытков в сумме, присуждённой в изначальном решении суда, за минусом стоимости акций местного НПЗ «ЛиНИК», переданных компанией «ЛиНОС» в пользу ЗАО «Агрокомплекс» для цели погашения долга. Однако сторонами оспаривались и сумма, присуждённая в изначальном решении суда, и стоимость акций. ЗАО «Агрокомплекс» представило несколько доказательств, включая два отчёта экспертов, в поддержку своего иска об убытках и заявило, что стоимость переданных ему акций НПЗ «ЛиНИК» стремилась к нулю. Напротив, Украина заявила, что передачей акций НПЗ «ЛиНИК» от компании «ЛиНОС» в пользу ЗАО «Агрокомплекс» долг был полностью погашен. ЕСПЧ заключил, что представленные ЗАО «Агрокомплекс» экспертные заключения не могли быть приняты как убедительные доказательства суммы убытков, подлежащей выплате, в частности ввиду ограниченности информации, положенной в основу этих отчётов<sup>52</sup>. Надёжность же других представленных доказательств оценить было невозможно, а иных доказательств представлено не было<sup>53</sup>. Приняв номинальную сумму, присуждённую в изначальном решении суда, как «единственную отправную точку» для оценки суммы справедливой компенсации, ЕСПЧ решил осуществить «оценку в общем» и присудить ЗАО «Агрокомплекс» 27 млн евро «по принципу справедливости»<sup>54</sup>.

Представляется, что в деле «*Агрокомплекс*» против Украины ЕСПЧ был уверен в том, что жертве был причинён ущерб. Отклонив большинство представленных доказательств, ЕСПЧ пришёл к конечной сумме убытков, опираясь на свою свободную оценку доказательства номинальной суммы, ука-

занной в изначальном решении суда, которое оставалось в материалах дела, причём это доказательство ЕСПЧ назвал «единствен[ой] отправн[ой] точк[ой]» в оценке убытков. По этой причине аккуратное прочтение дела «*Агрокомплекс*» против Украины даёт понять, что ЕСПЧ в этом деле не использовал ни одного из видов справедливости, хотя он и сослался на принцип справедливости в решении. Принятое ЕСПЧ решение присудить жертвам некоторую сумму убытков, основываясь на ограниченном количестве доказательств в материалах дела, подтверждает правильность выводов, сделанных Комитетом *ad hoc* МЦУИС в деле *Доган против Туркменистана*, о котором речь шла выше.

Отголоски этих выводов можно услышать и в делах МАСПЧ. Одним из дел, в котором МАСПЧ рассматривал вопрос требований компенсации, плохо подтверждённых доказательствами, было дело *Артавиа Мурильо против Коста-Рики*, в котором МАСПЧ признал Коста-Рику ответственной за нарушение АКПЧ, выразившееся в установлении на её территории запрета искусственного оплодотворения<sup>55</sup>. Сумма имущественного вреда, предъявленная жертвами к возмещению, включала затраты на поездки за рубеж, чтобы получить доступ к такому виду оплодотворения. МАСПЧ начал свой анализ убытков с напоминания о том, что стороны обязаны «представить доказательства причинённого им ущерба» даже в условиях, когда они требуют возмещения по принципу справедливости<sup>56</sup>. Затем МАСПЧ заключил в отношении меньшей группы жертв, что представители не представили доказательств размера имущественного вреда, а в отношении большей группы жертв — что представители представили необходимые доказательства, но в неудовлетворительной форме, в частности используя различные валюты и не объясняя применённые курсы обмена<sup>57</sup>. МАСПЧ постановил, что «это не задача суда — определять стоимость доллара на дату каждого счёта или документарного доказательства», и в то же время не исключил эти доказательства из материалов дела. Наоборот, МАСПЧ поста-

<sup>51</sup> ECtHR. *Agrokompleks v. Ukraine*. Just satisfaction. Application no. 23465/03. Judgment of 25 July 2013. § 74.

<sup>52</sup> См.: Ibid. § 86.

<sup>53</sup> См.: Ibid. § 89.

<sup>54</sup> Ibid. § 92, 94.

<sup>55</sup> См.: IACHR. *Artavia Murillo et al. ("In Vitro Fertilization") v. Costa Rica*. Case No. 257. Judgment of 28 November 2012. § 317.

<sup>56</sup> См.: Ibid. § 320, 352.

<sup>57</sup> См.: Ibid. § 351, 353, 354.

новил, что он мог «презумировать, что эти поездки повлекли расходы на перелёт и проживание», и присудил возмещение имущественного вреда обеим группам жертв, «основываясь на принципе справедливости».

В деле *Артавиа Мурилло против Коста-Рики* МАСПЧ не сомневался, что жертвы большей группы понесли ущерб в некоторой сумме, и положил в основу подсчётов присуждённой суммы возмещения свободную оценку скудных доказательств расходов на поездки за рубеж, имевшихся в материалах дела. Весьма сомнительно, что МАСПЧ в этом деле использовал принцип справедливости, на который он сослался в решении, чтобы присудить некую случайно определённую сумму убытков, особенно учитывая, что МАСПЧ сам установил безусловную необходимость подтверждения заявленной к возмещению суммы убытков доказательствами в начале своего анализа возмещения имущественного вреда. Решение МАСПЧ присудить убытки в некоторой сумме всем жертвам, основываясь на скудных доказательствах, доступных ему, а не отказывать в иске в части взыскания убытков вовсе, соответствует подходу, принятому Комитетом *ad hoc* МЦУИС в деле *Доган против Туркменистана*, описанном выше.

Практика Трибунала по претензиям между США и Ираном идёт по тому же пути. Например, в деле *Левитт против Ирана* Трибунал постановил, что Организация Ирана по жилищному строительству нарушила договор с Международной строительной компанией (контролировалась гражданином США г-ном Левиттом) на строительство жилья в Иране тем, что не получила разрешение на поставку воды и не обеспечила беспрепятственный доступ к объекту в ходе гражданских беспорядков<sup>58</sup>. Хотя в деле *Левитт против Ирана* не вставал вопрос установления противоправности деяния по международному праву, а договор был подчинён праву Ирана,

дело проливает свет на то, как коллегии по разрешению споров реагируют на скудные доказательства размера заявленного к возмещению имущественного вреда. Одним из видов имущественного ущерба, указанных г-ном Левиттом в иске, были расходы Нью-Йоркского офиса Международной строительной компании. Однако г-н Левитт не представил каких-либо доказательств размера данного вида ущерба, хотя такие доказательства, безусловно, были доступны ему как бенефициару. В то же время, поскольку было доказано, что четверо работников Нью-Йоркского офиса занимались этим проектом, и в материалах дела имелись доказательства расходов всего офиса за соответствующие годы, Трибунал большинством голосов постановил, что было разумно «подсчитать размер убытков, подлежащих присуждению, по принципу справедливости» и перераспределить расходы всего офиса на проект, который был предметом спора, в необходимой части<sup>59</sup>. Тем самым, и несмотря на обманчивые ссылки на принцип справедливости, Трибунал фактически пришёл к присуждённой сумме путём свободной оценки доказательств расходов всего офиса, имевшихся в материалах дела, в отсутствие других доказательств, что соответствует выводам Комитета *ad hoc* МЦУИС в деле *Доган против Туркменистана*. Похожие примеры можно найти и в более ранних арбитражных решениях<sup>60</sup>.

Таким образом, когда коллегии по разрешению споров решают оценить убытки, размер которых подтверждён только очень скудными доказательствами, исходя из принципа справедливости, представляется, что коллегии просто-напросто оценивают представленные доказательства в свободном порядке, и принцип справедливости на самом деле не играет в процессе оценки убытков никакой роли.

В то же время необходимо иметь в виду, что целью оценки коллегией по разрешению споров представленных доказательств является установление того, удовлетворяют ли такие доказательства существующему стандарту доказывания размера ущерба и достаточно ли этих доказательств, чтобы удовлетворить

<sup>58</sup> См.: IUSCT. *William J. Levitt v The Government of the Islamic Republic of Iran*. Case No. 209. Award No. 297-209-1 of 22 April 1987. Среди других дел, в которых Трибунал по претензиям между США и Ираном занавесил оценку скудных доказательств по своему усмотрению ссылками на принцип справедливости, см.: IUSCT. *Economy Forms Corp v. The Government of the Islamic Republic of Iran*. Case No. 165. Award No. 55-165-1 of 14 June 1983. Section III.3.c; IUSCT. *Eastman Kodak Company v. The Government of Iran*. Case No. 227. Award No. 514-227-3 of 1 July 1991. § 54.

<sup>59</sup> IUSCT. *William J. Levitt v. The Government of the Islamic Republic of Iran*. § 47–48.

<sup>60</sup> См.: French-Venezuelan Commission. *Company General of the Orinoco* // RIAA. 1905. Vol. 10. P. 184, 284.

иск полностью или в части. Однако стандарт доказывания размера ущерба в международном праве сам по себе является очень неопределённым, что оставляет коллегии ещё больше свободы усмотрения при оценке доказательств.

Рассмотрим широко цитируемый принцип касательно стандарта доказывания, согласно которому коллегия по разрешению споров необходимо установить с точностью лишь *факт* причинения ущерба, но не *размер* такого ущерба<sup>61</sup>. Точное содержание этого принципа неминуемо является неопределённым и потому приглашающим к использованию справедливости *infra legem*. Действительно, ядро данного принципа в том, что существуют два отдельных стандарта доказывания для установления факта и размера ущерба, то есть «с точностью» и «менее, чем с точностью» соответственно. Однако «точность» — это сам по себе термин, у которого отсутствует какое-то определённое содержание и наполнение. Довольно сложно оценить в абстрактном порядке, установление факта с вероятностью, в какое количество процентов будет считаться установлением факта «с точностью». Кроме того, поскольку принцип ставит содержание стандарта доказывания размера ущерба («менее, чем с точностью») в зависимость от установления содержания стандарта доказывания факта ущерба («с точностью»), это дополнительно приводит к размытости и неопределённости принципа и требует использования справедливости *infra legem* для его прояснения посредством толкования. Единственным ясным элементом данного принципа является его нижний порог, который не позволяет присуждать возмещение ущерба, когда доказательства его размера полностью отсутствуют<sup>62</sup>.

С точки зрения целей данного исследования, можно утверждать, что, когда коллегия по разрешению споров, сталкиваясь со скупыми доказательствами размера ущерба, решают исчислить сумму ущерба по принципу справедливости, они могут в процессе такого исчисления занижать применимый стандарт доказывания истолкованием указанного выше принципа с использованием справедливости *infra legem* ввиду неопределённости самого этого принципа. Это позволяет ограниченными доказательствами, которых иначе было бы недостаточно, удовлетворить более низкий стандарт доказывания, полученный таким образом.

Как было продемонстрировано в данном разделе, коллегия по разрешению споров часто ссылаются на принцип справедливости в делах, в которых ущерб был явно нанесён, но размер этого ущерба был подтверждён только скудными доказательствами. Лучшим способом примирить такие отсылки к справедливости с пределами компетенции составов арбитражей по подсчёту убытков только на основании международного права является представление таких отсылок как свидетельств использования коллегиями имеющейся у них свободы усмотрения в оценке ограниченных доказательств, имеющихся в материалах дела. Такая свобода, в свою очередь, может следовать из неопределённости правила о стандарте доказывания размера ущерба, которое может подвергаться толкованию коллегией с использованием справедливости *infra legem*. Важно, что, даже когда коллегия свободно оценивали ограниченные доказательства или истолковывали неопределённое правило о стандарте доказывания, они не признавали, что возмещение можно присудить и без каких-либо доказательств размера причинённого вреда вовсе.

## 5. Принцип справедливости и убытки в размере, не подтверждённом достаточным количеством доказательств, в силу объективных причин

Пробелы в доказательствах, подтверждающих размер ущерба, — не всегда вина истца. Время от времени предоставление целостной доказательственной базы в части размера ущерба может находиться за пределами воз-

<sup>61</sup> См.: *Robert John Lynch (Great Britain) v. United Mexican States*. Decision of 8 November 1929 // RIAA. 1929. Vol. 5. P. 169, 170; *Impregilo SpA v. Argentine Republic*. Case No. ARB/07/17. Award of 21 June 2011. § 371; *Crystallex International Corporation v. Bolivarian Republic of Venezuela*. Case No. ARB(AF)/11/2. Award of 4 April 2016. § 868, 871, 875–876; UNCC. Report and recommendations made by the Panel of Commissioners concerning Part One of the First Instalment of claims by governments and international organizations, UN Doc. S/AC.26/1997/6 (18 December 1997). См.: African Court on Human and Peoples' Rights. *Lohe Issa Konate v. Burkina Faso*. Application no.004/2014. Judgment on Reparations of 3 June 2016. § 37–41.

<sup>62</sup> См.: *Akehurst M.* Op. cit. P. 802, а также дела, указанные в сноске 58 выше.

возможностей истца. В таких ситуациях коллегии по разрешению споров часто считают себя вправе оценить убытки по принципу справедливости в ситуациях, когда не вызывает сомнений, что ущерб был причинён, и имеются некоторые доказательства, которые могут быть использованы как отправной пункт для оценки. В данном разделе будет заявлен аргумент, что в таких делах коллегии, применяющие принцип справедливости, толкуют правила о бремени и стандарте доказывания, применимые по умолчанию, с использованием справедливости *infra legem* таким образом, что добавляют к этим правилам исключения, основанные на справедливости. Если именно таким образом подходить к отсылкам коллегий к принципу справедливости в аналогичных делах, то подобные отсылки не будут выходить за пределы имеющейся у коллегий компетенции.

Например, в деле *Мохтади против Ирана* Трибунал по претензиям между США и Ираном заключил, что принятое в 1979 году законодательство Ирана о земельной реформе и связанные с ним действия госорганов нарушили право истца на участок земли в Тегеране и составили «иные меры, затрагивающие права собственности» в контексте статьи II(1) Декларации о разрешении споров<sup>63</sup>. Таким образом, перед Трибуналом стояла задача, помимо прочего, оценить земельный участок, затронутый принятыми Ираном мерами. Однако Трибунал заключил, что отчёты об оценке, представленные обеими сторонами, были неполноценными<sup>64</sup>. При этом Трибунал указал, что Иран мог легко сделать представленный им отчёт более совершенным, поскольку у Ирана был доступ к государственной статистике, документам налогового учёта и записям о регистрации сделок с сопоставимым имуществом в 1979 году. В то же время истцы были в «явно более слабом положении в части сбора доказательственных материалов, находящихся в государственных органах Ирана»<sup>65</sup>. Ввиду данных обстоятельств Трибунал не оставил истцов без компенсации, но решил «оценить участок земли в сумме, которая будет разумной и справедливой, если принять во внимание все обстоя-

тельства дела»<sup>66</sup>. Трибунал оценил участок земли в сумму 600 000 долларов США — сумму, которая находилась посередине между суммами, указанными экспертами истца и ответчика, тем самым фактически снизив бремя и стандарт доказывания, которые должен был удовлетворить истец<sup>67</sup>.

Обстоятельства, с которыми столкнулся истец, привели Трибунал по претензиям между США и Ираном к необходимости получить *infra legem* толкование применимых по умолчанию правил о бремени и стандарте доказывания, чтобы учесть сложности, испытанные истцом при сборе доказательств размера понесённых им убытков. Решение Трибунала оценить размер ущерба по принципу справедливости может быть прочитано как основанное на дополнении правил о бремени и стандарте доказывания, применимых к позиции истца по вопросу убытков по умолчанию, исключениями, основанными на справедливости. Основанное на справедливости исключение, введённое Трибуналом, позволило ему снизить применимые бремя и стандарт доказывания и положить в основу своей оценки суммы ущерба неполноценные отчёты оценщиков, представленные в материалы дела, что качественно отличается от оценки суммы ущерба при полном отсутствии доказательств.

Другие коллегии по разрешению споров также приходили к выводу, что, когда доказывание представляет особую сложность, может быть достаточно и набора доказательств, далёкого от исчерпывающего, например *prima facie* доказательств<sup>68</sup> или косвенных доказательств<sup>69</sup>, хотя обстоятельства истца в любом

<sup>66</sup> Ibid. § 101. См. также: IUSCT. *William J. Levitt v. The Government of the Islamic Republic of Iran*. Section 2.B (Dissenting opinion of Judge Mustafavi).

<sup>67</sup> См.: IUSCT. *Jahangir Mohtadi v. The Government of the Islamic Republic of Iran*. Section 4.1 (Dissenting opinion of Judge Aghahosseini).

<sup>68</sup> См.: *Cheng B.* Op. cit. P. 323; процитировано с одобрением в: ICSID. *Asian Agricultural Products Ltd v. Republic of Sri Lanka*. Case No. ARB/87/3. Final Award of 27 June 1990. § 56; *Zhinvali Development Ltd v. Republic of Georgia*. Case No. ARB/00/1. Award of 24 January 2003. § 311). См. также: *Robert John Lynch (Great Britain) v. United Mexican States*. P. 17, 19; IUSCT. *Sola Tiles Inc v. Government of the Islamic Republic of Iran*. Case No. 317. Award No. 298-317-1 of 22 April 1987. § 52; UNCC. Report and recommendations made by the Panel of Commissioners concerning individual claims for serious personal injury or death, UN Doc. S/AC.26/1994/1 33–34 (26 May 1994).

<sup>69</sup> В деле *о проливе Корфу* Суд ООН посчитал трудности истца в получении доказательств весомым фактором, способным

<sup>63</sup> IUSCT. *Jahangir Mohtadi v. The Government of the Islamic Republic of Iran*. § 58–71.

<sup>64</sup> См.: Ibid. § 93–99.

<sup>65</sup> Ibid. § 100.

случае не позволят истцу избежать доказывания вовсе<sup>70</sup>. Однако пределы действия данного исключения необязательно будут покрывать конкретные обстоятельства дела, с которыми столкнётся коллегия. Следовательно, в ситуациях, когда представление доказательств размера ответственности находится за пределами возможностей истца, коллегия может толковать это исключение с тем, чтобы расширить пределы его действия, применяя справедливость *infra legem*, и распространить его на конкретный вопрос оценки ущерба, который требуется разрешить коллегии в соответствующем деле.

Отдельным случаем неспособности истца представить доказательства суммы убытков является случай, в котором такая неспособность истца вызвана международно-противоправным деянием ответчика. Общие принципы права не позволяют сторонам извлекать преимущества из противоправных действий, и справедливость *infra legem* способна помочь расширить пределы действия этого принципа до вопросов оценки убытков<sup>71</sup>.

Таким образом, когда истец не способен представить доказательства размера ущерба и коллегия по разрешению споров оценивают размер ущерба по принципу справедливости, роль принципа справедливости состоит в

том, что он способствует добавлению к применимым по умолчанию правилам о бремени и стандарте доказывания исключений из этих правил в порядке *infra legem*, основанные на справедливости. Эффект таких исключений состоит в ослаблении применимых бремени и стандарта доказывания без избавления от них полностью. Как было продемонстрировано, такая практика коллегий остаётся совместимой с их компетенцией оценивать убытки только на основании международного права как такового. Тот же вывод можно сделать в отношении оценки по справедливости видов убытков, сумма которых является неопределённой ввиду самой природы таких убытков.

## 6. Принцип справедливости и виды убытков, неопределённые по своей природе

Неопределённость является чертой, присущей моральному ущербу и некоторым видам имущественного ущерба. В делах, рассматриваемых в данном разделе, коллегия по разрешению споров ссылались на принцип справедливости в ситуациях, когда международно-противоправные деяния явно причиняли убытки, но сама природа соответствующего вида убытков предполагала неопределённость его размера. Как можно будет увидеть, в контексте морального ущерба принцип справедливости может быть осмыслен как инструмент, помогающий коллегиям дополнить в порядке *infra legem* применимые по умолчанию правила о бремени и стандарте доказывания исключениями, основанными на справедливости. Однако в случаях с некоторыми видами имущественного ущерба, неопределёнными по природе, анализ показал, что отсылки к справедливости приносят иные последствия в процесс определения размера ущерба. В частности, такие отсылки прикрывают свободную оценку коллегиями имеющих в деле доказательств размера ущерба. Как указывалось, оба этих лица справедливости не выходят за пределы компетенции коллегий определять размер ущерба по международному праву.

Моральный ущерб — это типичный пример вида ущерба, который обычно оценивается на основании принципа справедливости ввиду присущей ему неопределённости. Возможность (или необходимость) оценки мо-

обосновать допустимость косвенных доказательств, но не полное освобождение от обязанности доказывания (см.: ICJ. *United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland v. Albania* // ICJ Reports. 1949. P.4, 18). См. также: *Nussbaum A. The Arbitration between the Lena Goldfields Ltd. and the Soviet Government* // Cornell Law Review. Vol.36. 1950. No. 1. P.31–53, 31, 44.

<sup>70</sup> См.: IUSCT. *Aram Sabet et al. v. The Islamic Republic of Iran*. Case No. 815/816/817. Award No. 598-815-816-817-2 of 28 November 2000. § 6; IUSCT. *W Jack Buckamier v. The Islamic Republic of Iran et al.* Case No. 941. Award No. 528-941-3 of 6 March 1992. § 67; IUSCT. *Hakim Kamran v. The Government of the Islamic Republic of Iran*. Case No. 953. Award No. 587-953-2 of 2 July 1998. § 89. См. также рекомендации Компенсационной Комиссии ООН, вызывающие к аналогичному упражнению по балансировке: UNCC. Report and recommendations made by the Panel of Commissioners concerning Part One of the First Instalment of individual claims for damages above US\$100,000 (category “D” claims), UN Doc. S/AC.26/1998/1 (3 February 1998), § 76.

<sup>71</sup> См.: *Ad hoc tribunal. Sapphire International Petroleum Ltd v. National Iranian Oil Company*. 35 ILR 136. Arbitral Award of 15 March 1963. § 188 (разрешен *ex aequo et bono*); ICSID. *Ioannis Kardassopoulos et al v. The Republic of Georgia*. Case No. ARB/05/18. Award of 3 March 2010. § 229; *Gemplus SA, et al v. The United Mexican States*. Case No. ARB(AF)/04/3. Award of 16 June 2010. § 13–69, 13–92, 13–99; UNCC. Report and recommendations made by the Panel of Commissioners concerning the First Instalment of “E/F” claims, UN Doc. S/AC.26/2001/6 (15 March 2001), § 66.



рального ущерба на основании принципа справедливости по стандартам международного обычая представляется неоспоримой после дела *Диалло*, в котором Суд ООН подтвердил, что «[п]одсчёт компенсации неимущественного ущерба с необходимостью покинута на соображениях справедливости»<sup>72</sup>. Неопределённость, имманентно присущая этому виду ущерба, называлась в качестве причины для его оценки на основании принципа справедливости в отдельных мнениях судьи Гринвуда и судьи *ad hoc* Мампуйя и не может подвергаться сомнению всерьёз<sup>73</sup>. Решения судов по правам человека также подтверждают, что причиной того, почему моральный вред по международному обычаю должен оцениваться со ссылкой на принцип справедливости, является неопределённость этого вида убытков<sup>74</sup>. Действительно, даже Суд ООН в деле *Диалло* опирался на соответствующие решения МАСПЧ и ЕСПЧ.

Хотя обычно коллегии по разрешению споров обращаются к принципу справедливости только после подтверждения того, что моральный ущерб действительно был понесён, они не ожидают от частных лиц, пострадавших от международно-противоправных деяний, объёмных доказательств факта или размера ущерба<sup>75</sup>. Даже доказательства ответственности государства могут использоваться в качестве доказательств факта или размера понесённого жертвой ущерба. Как отметил МАСПЧ в деле *Кампа Кампос против Эквадора*, «неимущественный ущерб

[был] очевиден, поскольку человеческой природе соответствует, что любое лицо, которое претерпело нарушение его или её прав человека, испытывает страдания»<sup>76</sup>. Следовательно, в контексте морального вреда справедливость оказывает влияние на толкование применимых по умолчанию правил о бремени и стандарте доказывания до степени обогащения их основанными на справедливости исключениями. В этом контексте справедливость проявляет себя в ипостаси *infra legem*, поскольку совершенно естественно ослабить общее бремя и стандарт доказывания для цели оценки убытков, сумма которых является неопределённой по самой своей сути.

Что касается имущественных видов ущерба, примером ущерба, неопределённого по своей природе, является упущенная выгода, а также поток будущей денежной наличности, составляющей часть стоимости актива<sup>77</sup>. Но в оценке упущенной выгоды принцип справедливости играет иную роль, нежели ту, которую он обычно играет в оценке морального ущерба. В деле *«Тоталь» против Аргентины* состав арбитража отметил, что неопределённости, которые не позволяют с точностью оценить «будущие убытки», с необходимостью позволяли составу арбитража руководствоваться собственной свободой усмотрения и принять во внимание факторы, берущие начало в справедливости, для цели оценки по международному обычаю доходов, которые могли быть получены в гипотетическом случае, если бы международно-противоправное деяние не имело места<sup>78</sup>. Состав арбитража полагал, что оценка упущенной выгоды на основании соображений справедливости представляла собой применение справедливости *infra legem*, но не справедливости *praeter legem*<sup>79</sup>. Но так как состав арбитража применил для оценки убытков метод дисконтированного потока денежной наличности, предполагающий множество допущений, и аккуратно оценил представленные в материалы дела доказательства таких убыт-

<sup>72</sup> ICJ. *Ahmadou Sadio Diallo (Republic of Guinea v. Democratic Republic of the Congo)*. P.334.

<sup>73</sup> См.: Ibid. P.393 (Declaration of Judge Greenwood), 406 (Separate opinion of Judge *ad hoc* Mampuya).

<sup>74</sup> См.: IACHR. *Canitoral Benavides v. Peru*. C No. 88. Judgment of 3 December 2001. § 53; *The Constitutional Tribunal (Camba Campos et al) v. Ecuador*. Case No. 268. Judgment of 28 August 2013. § 301; *Véliz Franco et al. v. Guatemala*. Case No. 277. Judgment of 19 May 2014. § 295; *Expelled Dominicans and Haitians v. Dominican Republic*. Case No. 282. Judgment of 28 August 2014. § 483; African Court on Human and Peoples' Rights. *Abdoulaye Nikiema, Ernest Zongo, Blaise Ilboudo v. Burkina Faso*. § 61–62; ECtHR. *East West Alliance Limited v. Ukraine*. Application no. 19336/04. Judgment of 23 January 2014. § 250–251; *Blake C. Moral Damages in Investment Arbitration: A Role for Human Rights?* // Journal of International Dispute Settlements. Vol. 3. 2012. No. 2. P. 371–407, 384, 401.

<sup>75</sup> Исключением является неимущественный ущерб компании, который в данном контексте обычно означает ущерб деловой репутации и гудвиллу. В данном случае от жертвы ожидается, что она хотя бы установит наличие у неё деловой репутации и гудвилла, которым мог быть нанесён ущерб.

<sup>76</sup> IACHR. *The Constitutional Tribunal (Camba Campos et al) v. Ecuador*. § 299.

<sup>77</sup> Эти два понятия не должны смешиваться: UNCITRAL *Ad hoc Tribunal. Himpurna California Energy Ltd v. PT (Persero) Perusahaan Listrik Negara*. Award of 4 May 1999 // XXV Yearbook Commercial Arbitration. 2000. P. 13, 72–73.

<sup>78</sup> См.: ICSID. *Total SA v. The Argentine Republic*. Case No. ARB/04/01. Award of 27 November 2013. § 32 (n 39).

<sup>79</sup> См.: Ibid. § 32 (n 39).

ков, изначальная ссылка состава арбитража на принцип справедливости, как представляется, послужила попросту тем спасательным кругом, который позволил составу арбитража сделать необходимые приближения, где необходимо, основываясь на известных ему фактах. Принцип справедливости играет ту же роль в оценке упущенной выгоды в практике Трибунала по претензиям между США и Ираном<sup>80</sup> и ЕСПЧ<sup>81</sup>.

Как и в случае с моральным ущербом или упущенной выгодой, неопределённость присуща также ущербу в связи с утраченной возможностью или шансом. Так, в контексте нарушений статьи 1 Протокола 1 ЕСПЧ в нескольких делах осуществил оценку справедливой компенсации за утраченную возможность, основываясь на принципе справедливости. Например, в деле «*Басарба*» против *Болгарии* перед ЕСПЧ стояла задача оценить справедливую компенсацию за утраченную жертвой возможность купить у Болгарии магазин на особых условиях и затем развить в нём коммерческую деятельность. ЕСПЧ посчитал, что, в принципе, точный подсчёт суммы, способной полностью возместить имущественный ущерб её заявителю, был невозможен ввиду «природной неопределённости убытков, причинённых нарушением»<sup>82</sup>. ЕСПЧ заключил, что ввиду обстоятельств дела он должен был использовать принцип справедливости, учитывая, в частности, что дело касалось предпринимательской деятельности компании, которая предполагает рисковый характер и некоторую степень неопределённости в отношении использования и извлечения прибыли из приобретённого имущества<sup>83</sup>. Поскольку ЕСПЧ отклонил экспертные отчёты, представленные обеими сторонами, как неспособные быть положенными в основу оценки убытков<sup>84</sup>, данное дело не может быть прочитано как попытка ЕСПЧ снизить

порог каких-либо норм международного права, чтобы привести их в соответствие с представленными доказательствами. Напротив, указание ЕСПЧ на то, что он принял во внимание «все обстоятельства, которые стали известны ему в отношении компании заявителя и экономической ситуации в Болгарии»<sup>85</sup>, наводит на мысль, что ЕСПЧ осуществил приближение понесённого ущерба, основываясь на доказательствах, имеющихся в деле, чтобы произвести свою собственную оценку убытков, которые он посчитал правильными присудить. Следовательно, принцип справедливости в этом деле должен был работать как способ развязать ЕСПЧ руки и облегчить осуществление приближений сумм убытков на основании доказательств в деле, а не как нечто, влияющее на толкование норм международного права<sup>86</sup>.

Одна общая черта всех рассмотренных дел состоит в том, что коллегии по разрешению споров не использовали принцип справедливости в ситуациях, в которых факт того, что ущерб был понесён, не был установлен с точностью. С 1905 года известно, что принцип справедливости «не имеет ничего общего со щедростью»<sup>87</sup>. Однако в ситуациях, в которых факт несения ущерба установлен, но размер соответствующего вида ущерба характеризуется природной неопределённостью, коллегии могут обращаться к принципу справедливости, чтобы оценить такой ущерб. Но эффект, который принцип справедливости имеет на оценку ущерба, отличается, в зависимости от того, о каком виде ущерба идёт речь. В контексте морального ущерба коллегии обычно используют справедливость как инструмент, способный помочь им получить необходимое толкование норм о бремени и стандарте доказывания размера понесённого ущерба. В то же время в контексте упущенной выгоды или ущерба от утраченной возможности отсылки коллегий к справедливости лучше следует понимать как нацеленные не на получение тол-

<sup>80</sup> См.: IUSCT. *Seismograph Service Corporation et al v. National Iranian Oil Company et al.* Case No.443. Award No. 420-443-3 of 31 March 1989. § 297–302, 305–306.

<sup>81</sup> См.: ECtHR. *East West Alliance Limited v. Ukraine.* § 250–251, 261–262, 264.

<sup>82</sup> ECtHR. *Basarba OOD v. Bulgaria.* Just satisfaction. Application no. 77660/01. Judgment of 20 January 2011. § 20. См. также: ECtHR. *Sildedzis v. Poland.* Application no. 45214/99. Judgment of 24 May 2005. § 58; *Shesti Mai Engineering OOD and Others v. Bulgaria.* § 102, 104.

<sup>83</sup> См.: ECtHR. *Basarba OOD v. Bulgaria.* § 26.

<sup>84</sup> См.: Ibid. § 24.

<sup>85</sup> Ibid. § 26.

<sup>86</sup> Ср.: *Caratube v. Kazakhstan II*, в котором состав арбитража отказался присуждать убытки за утраченную возможность по принципу справедливости из-за того, что истец не представил каких-либо доказательств размера данного вида убытков, ICSID. *Caratube International Oil Company LLP v. Republic of Kazakhstan.* Case No. ARB/13/13. Award of the Tribunal of 27 September 2017. § 1152, 1160.

<sup>87</sup> French-Venezuelan Commission. *Heirs of Jean Maninat (France v. Venezuela).*

кования каких-либо норм международного права, но на использование имеющейся у коллегий свободы усмотрения в оценке имеющих в деле доказательств убытков. Тем не менее независимо от эффекта, оказываемого принципом справедливости на оценку ущерба, оценка составами арбитражей видов ущерба, неопределённых по природе, на основании принципа справедливости представляется так или иначе совместимой с компетенцией коллегий, ограниченной оценкой ущерба по международному праву как таковому. То же суждение не будет верным в отношении дел *Диалло* и дела судна «*Арктик Санрайз*», к которым теперь переходит настоящая статья.

## 7. Развитие правил оценки ущерба по принципу справедливости в деле *Диалло* и деле судна «*Арктик Санрайз*»

Правила оценки ущерба по принципу справедливости недавно получили своё развитие в деле *Диалло* и деле судна «*Арктик Санрайз*». Хотя правильность исчисления коллегиями по разрешению споров морального ущерба по принципу справедливости не подвергается сомнению, нельзя сказать то же самое об исчислении ими по принципу справедливости имущественного ущерба. В данном разделе будет утверждаться, что обстоятельства дела *Диалло* и дела судна «*Арктик Санрайз*» не подпадали ни под одно из выявленных обстоятельств, в которых коллегия ранее обращалась к оценке имущественного ущерба по принципу справедливости. Более того, решения по этим делам нельзя прочесть как истолковывающие некую норму международного права в манере *infra legem* или основывающиеся на свободной оценке представленных в дело доказательств. В связи с этим, исчисляя имущественный ущерб по принципу справедливости, коллегии, вероятно, действовали за пределами предоставленного им полномочия оценить компенсацию на основании норм международного права как такового.

В деле *Диалло* Гвинейская Республика (далее — Гвинея) инициировала разбирательство в Суде ООН против Демократической Республики Конго (далее — Конго), предоставив дипломатическую защиту своему гражданину г-ну Диалло, который пострадал

от осуществлённых Конго международно-противоправных ареста и выдворения. После того как Суд ООН установил международную противоправность действий Конго, Гвинея потребовала компенсации причинённого г-ну Диалло морального ущерба, утраченных им личных вещей и денег на счетах, а также упущенных им вознаграждения и доходов, последовавших за его незаконным арестом и выдворением<sup>88</sup>.

Суд ООН отклонил за отсутствием доказательств иск Гвинеи в части компенсации стоимости дорогостоящих личных вещей г-на Диалло, денег на его счетах, упущенного вознаграждения, в то время как рассмотрение иска о компенсации упущенных доходов Суд ООН посчитал выходящим за пределы той стадии разбирательства. Тем не менее Суд ООН присудил г-ну Диалло компенсацию причинённого ему морального ущерба и стоимости других личных вещей. Несмотря на отсутствие доказательств размеров этих видов убытков, Суд ООН оценил их по принципу справедливости<sup>89</sup>. Очевидно, что, исчисляя убытки по принципу справедливости, Суд ООН полагал, что применяет справедливость *infra legem*, а не просто свободно оценивает представленные в дело доказательства, поскольку в деле попросту отсутствовали доказательства размера убытков, которые Суд ООН мог бы оценить<sup>90</sup>.

Если принять, что, присуждая «компенсацию, основываясь на соображениях справедливости», Суд ООН применил справедливость *infra legem*, то в соответствии с установленными пределами применимости справедливости *infra legem* необходимо установить ту норму международного права, которую Суд ООН истолковал таким образом, что получил возможность присудить Гвинее компенсацию имущественного вреда. Как будет продемонстрировано, то, какая это могла быть норма, установить невозможно даже человеку с богатым воображением. Поэтому, в деле *Диалло* Суд ООН создал новую норму международного права и при-

<sup>88</sup> См.: ICJ. *Ahmadou Sadio Diallo (Republic of Guinea v. Democratic Republic of the Congo)*. P.333, 336, 338–339, 342–343.

<sup>89</sup> См.: Ibid. P.334–335, 337–338; Crawford J. *State Responsibility: The General Part*. Cambridge: Cambridge University Press, 2013. P.520.

<sup>90</sup> См.: ICJ. *Ahmadou Sadio Diallo (Republic of Guinea v. Democratic Republic of the Congo)*. P.337–338.

менил справедливость *contra legem* за пределами своей компетенции.

Это будет ясно из более детального рассмотрения обстоятельств дела. В частности, Суд ООН объяснил допустимость присуждения г-ну Диалло компенсации стоимости утраченных им личных вещей по принципу справедливости следующим образом:

«Несмотря на недостатки доказательств касательно имущества, указанного в списке, Суд понимает, что г-н Диалло жил и работал на территории Конго в течение более чем тридцати лет и, конечно, за это время он нажил личное имущество. <...> Суд принимает во внимание, что, как минимум, г-ну Диалло нужно было бы перевезти его личное имущество в Гвинею или договориться о его продаже в Конго. Таким образом, Суд не сомневается, что противоправные действия Конго причинили г-ну Диалло определённый имущественный ущерб в отношении личного имущества, которое находилось в квартире, в которой он жил, хотя и не будет разумным присудить к возмещению такую большую сумму, которую Гвинея требует по этому виду убытков»<sup>91</sup>.

Из этого абзаца понятно, что Суд ООН считал доказанным, что г-ну Диалло был причинён некий имущественный ущерб, несмотря на отсутствие доказательств размера этого ущерба в материалах дела. Возможно, переходя к оценке ущерба по принципу справедливости, Суд ООН подразумевал неясное правило о стандарте доказывания, описанное выше, согласно которому коллегии по разрешению споров необходимо с точностью установить лишь факт имущественного ущерба, но не его размер. Поэтому можно было бы утверждать, что Суд ООН посчитал себя вправе осуществить толкование этого правила ввиду его неопределённости с использованием справедливости *infra legem* таким образом, что получил возможность удовлетворить предъявленный иск о взыскании имущественного ущерба, пусть даже и в размере, не подтверждённом какими-либо доказательствами. В порядке альтернативы можно сказать, что Суд ООН ввёл основанное на справедливости исключение того же содержания.

Однако данное правило о стандарте доказывания, хотя и во многом неопределённое, всегда было ясным в том, что не позволяло удовлетворять иски о взыскании имущественного ущерба в ситуациях, в которых доказательства размера имущественного ущерба полностью отсутствуют<sup>92</sup>. В условиях, когда неопределённость данного аспекта правила отсутствовала, у Суда ООН не было оснований для того, чтобы переходить к толкованию этого правила с использованием справедливости *infra legem*. Также нельзя считать, что Суд ООН ввёл некоторое основанное на справедливости исключение из того же правила о стандарте доказывания. В отличие от морального ущерба и присущей ему неопределённости, в контексте имущественного ущерба отсутствует аналогичное абстрактное основанное на справедливости объяснение тому, чтобы удовлетворять иски на суммы, не подтверждённые доказательствами, а даже если такое объяснение и есть, Суд ООН его не дал. Поэтому даже если в *Диалло* у справедливости и были какие-то причины вмешаться, то та справедливость, которую применил Суд ООН, была справедливостью *contra legem* или *ex aequo et bono*, которая создала новую норму международного права и позволила оценить ущерб г-на Диалло от утраты его недорогостоящих личных вещей на основе этой новой нормы.

Тем не менее, как следует из заявления судьи Гринвуда, следующего за большинством судей и поэтому, возможно, проливающего свет на мотивировку большинства, Суд ООН также мог принять во внимание другие факторы, прежде чем перейти к оценке недорогостоящих личных вещей г-на Диалло по принципу справедливости. Судья Гринвуд разграничил дела, в которых истец попросту не представлял доступные ему доказательства, и дела, в которых истец не мог представить необходимые доказательства<sup>93</sup>. По его мнению, только в делах последней группы оценка убытков на основании принципа справедливости была обоснованной. По мнению судьи Гринвуда в отношении отклонённых исков о возмещении имущественного вреда, Гвинея попросту не вынесла бремени доказывания

<sup>92</sup> См. раздел 4 выше.

<sup>93</sup> См.: ICJ. *Ahmadou Sadio Diallo (Republic of Guinea v. Democratic Republic of the Congo)*. P.393 (Declaration of Judge Greenwood).

<sup>91</sup> См.: ICJ. *Ahmadou Sadio Diallo (Republic of Guinea v. Democratic Republic of the Congo)*. P.337.

соответствующих видов убытков. Однако, что касается удовлетворённого иска о возмещении имущественного вреда, судья Гринвуд, видимо, имел в виду, что доказательства, которые способны были бы подтвердить размер явно причинённого имущественного ущерба, были утеряны с выдворением г-на Диалло, и поэтому оценка данного вида ущерба по принципу справедливости была допустима. Словами судьи Гринвуда:

«Из материалов дела ясно, что г-н Диалло был выдворен без возможности позаботиться о судьбе его личных вещей и что Конго не предпринимала каких-либо попыток защитить его квартиру. При таких обстоятельствах я счёл доказанным, что некий ущерб должен был быть причинён, и проголосовал в пользу того, чтобы присудить 10 000 долларов США в отношении этой части иска»<sup>94</sup>.

Здесь судья Гринвуд мог принять во внимание трудности г-на Диалло, связанные с представлением доказательств размера причинённого ему ущерба, введя менее строгое основанное на справедливости исключение из общего правила о стандарте доказывания. Ранее было продемонстрировано, что, когда доказывание представляло особую сложность, коллегии по разрешению споров прибегали к введению основанных на справедливости исключений из общего правила о стандарте доказывания в манере *infra legem*, что позволяло им считать размер ущерба доказанным в условиях меньшего объёма доказательств. Однако до сегодняшнего дня объём таких основанных на справедливости исключений не заходил настолько далеко, чтобы позволить удовлетворить иск о возмещении убытков при полнейшем отсутствии доказательств размера таких убытков, на какие бы обстоятельства истец ни ссылался<sup>95</sup>. Поэтому

судья Гринвуд не мог применять такое основанное на справедливости исключение *per se*. При этом судья Гринвуд не указал, чем обстоятельства г-на Диалло отличались от обстоятельств, в которых находились истцы в предыдущих делах, чтобы можно было расширить объём соответствующего основанного на справедливости исключения и присудить возмещение убытков в сумме, вовсе не подтверждённой доказательствами. Следовательно, данное основанное на справедливости исключение, даже расширенное посредством толкования, не могло быть тем, что судья Гринвуд хотел применить, чтобы присудить компенсацию за утрату недорогостоящих личных вещей в деле *Диалло*. Следовательно, находясь в рамках этого предположения и принимая, что для вмешательства справедливости всё же имелись некие основания, представляется весьма вероятным, что той справедливостью, которую в деле *Диалло* применил судья Гринвуд и потенциально Суд ООН, чтобы создать новую норму международного права с выходом за пределы полномочий и подсчитать убытки на её основании, была справедливость *contra legem* или *ex aequo et bono*.

Судья Гринвуд также мог принять во внимание такие действия Конго, как выдворение г-на Диалло и необеспечение сохранности его квартиры, которые могли повлечь неспособность г-на Диалло представить доказательства размера причинённого ущерба. Если бы судья Гринвуд назвал эти действия Конго противоправными, можно было бы рассуждать о том, применил ли или расширил судья Гринвуд тем самым основанное на справедливости исключение, не позволяющее спорящим сторонам извлекать преимущество из своего противоправного поведения, в том числе на стадии оценки размера ущерба. Однако судья Гринвуд не указывал неправомерность действий Конго по национальному или международному праву в числе причин для ослабления правила о бремени или стандарте доказывания<sup>96</sup>. Следовательно, судья Гринвуд не

<sup>94</sup> См.: ICJ. *Ahmadou Sadio Diallo (Republic of Guinea v. Democratic Republic of the Congo)*. P.393.

<sup>95</sup> Ср.: *Mexico City Bombardment Claims (Great Britain v. United Mexican States)* // RIAA. 1930. Vol. 5. P.76, 80–81. В данном деле британские граждане потеряли имущество в ходе эвакуации из мексиканской гостиницы, которая была занята революционерами. «Внутри или снаружи здания не было никого, кто мог бы знать, какие вещи должны были остаться в комнатах». Поэтому состав арбитража был не в состоянии сопоставить какие-либо описи на момент до и после занятия гостиницы революционерами, и иные доказательства размера убытков также не могли быть представлены. Тем не менее состав арбитража посчитал себя компетентным оценить убытки со ссылкой на стоимость обычного набора вещей типичного резидента данной гостиницы. Однако состав арбитража вывел

данную компетенцию из своего прямого полномочия разрешать споры «в соответствии с принципами справедливости». См.: *John Gill (Great Britain v. United Mexican States)* // RIAA. 1931. Vol. 5. P.157, 158 (the Mexican Agent on behalf of the United Mexican States).

<sup>96</sup> См.: ICSID. *Caratube International Oil Company LLP v. Republic of Kazakhstan*. § 1156, 1160.

мог держать в голове, применить или подвергнуть толкованию это основанное на справедливости исключение. Это также заставляет предположить, что, оценивая имущественный ущерб по принципу справедливости, судья Гринвуд и, вероятно, Суд ООН в деле *Диалло* не применяли справедливость *infra legem*, но создали новую норму международного права и разрешили вопрос с применением справедливости *contra legem* или *ex aequo et bono* в отсутствие необходимых полномочий.

За решением Суда ООН о компенсации по делу *Диалло* последовал состав арбитража в деле судна «Арктик Санрайз» по Приложению VII к Конвенции ООН 1982 года<sup>97</sup>. На стадии оценки убытков в деле судна «Арктик Санрайз» Нидерланды требовали присуждения, помимо прочего, возмещения имущественного вреда, выраженного в утраченных личных вещах экипажа судна, неправомерно арестованного Российской Федерацией, но в соответствующей части иска не сослались на какие-либо доказательства. Тем не менее состав арбитража постановил, что экипаж должен был потерпеть некоторые убытки, и затем посчитал, что присудил компенсацию данного ущерба, основываясь на соображениях справедливости, как это имело место в деле *Диалло*<sup>98</sup>. Но из решения состава арбитража не следует, что он принял во внимание, были ли государству-истцу недоступны доказательства размера данного вида убытков в обстоятельствах дела, как того требуют два

из трёх предложенных здесь прочтения дела *Диалло*. Поэтому представляется, что состав арбитража в деле судна «Арктик Санрайз» понимал дело *Диалло* как позволяющее составу арбитража оценить размер ущерба по принципу справедливости уже тогда, когда с точностью установлен лишь факт ущерба, и даже если никаких доказательств размера ущерба не представлено. Как объяснялось выше, такое прочтение дела *Диалло* выходит за рамки применения справедливости *infra legem* и потенциально принадлежит скорее справедливости *contra legem* или *ex aequo et bono*<sup>99</sup>. Следовательно, в обстоятельствах дела судна «Арктик Санрайз» оценка ущерба в связи с утраченными экипажем личными вещами на основании принципа справедливости, вероятно, была несовместима с пределами компетенции состава арбитража по оценке компенсации на основании стандартов международного права.

Ввиду изложенного можно утверждать, что решения по делу *Диалло* и делу судна «Арктик Санрайз» привносят неоправданные изменения в нормы международного обычая об оценке убытков из международно-противоправных деяний. Дело *Диалло* и дело судна «Арктик Санрайз» позволяют коллегиям по разрешению споров присуждать возмещение имущественного ущерба по принципу справедливости, когда доказательства размера ущерба не просто скудные, а отсутствуют вовсе, независимо от каких-либо объективных на то причин, если только коллегии будут уверены, что жертвам международно-противоправного деяния причинён некий ущерб. Иными словами, дело *Диалло* и дело судна «Арктик Санрайз» открывают ворота для присуждения возмещения имущественного ущерба на спекулятивных основаниях и безотносительно каких-либо доказательств вовсе. Помимо прочего, оценку ущерба по справедливости, проведённую в деле *Диалло* и деле судна «Арктик Санрайз», едва ли можно признать допустимым применением

<sup>97</sup> PCA. *The Arctic Sunrise Case (The Kingdom of the Netherlands v. The Russian Federation)*.

<sup>98</sup> См.: Ibid. § 98. Состав арбитража также сослался на дела: ECtHR. *Lupsa v. Romania*. Application no. 10337/04. Judgment of 8 June 2006; IACHR. *Chaparro Alvarez v. Ecuador*. Case No. 170. Judgment of 21 November 2007. Однако в деле *Лупса* вопрос нарушения статьи 1 Протокола 1 не стоял (см. раздел II), и ЕСПЧ оценивал справедливую компенсацию в данном деле на основании ином, нежели нормы международного обычая. Как бы то ни было, ЕСПЧ в деле *Лупса* указал, что при оценке справедливой компенсации «принял во внимание все представленные доказательства», коих доказательств перед составом арбитража в деле судна «Арктик Санрайз» не было вовсе. Однако в деле *Чанарро Альварес* МАСПЧ, столкнувшись с необходимостью присудить компенсацию за утрату дома одной из жертв, также указал, что «представители не дали каких-либо подтверждающих документов, которые могли бы позволить Суду [МАСПЧ] установить стоимость дома г-на Лапо». Однако это не остановило МАСПЧ, который установил стоимость того дома на уровне 20 000 долларов США. Но, делая это, МАСПЧ мог руководствоваться подтверждёнными доказательствами стоимостью квартиры, утраченной другой жертвой. МАСПЧ мог установить стоимость дома первой жертвы, сравнив его с квартирой, утраченной второй жертвой.

<sup>99</sup> Стоит отметить, что после вынесения решения о компенсации Российская Федерация подтвердила свой протест против компетенции состава арбитража, но воздержалась от того, чтобы опротестовать подход состава арбитража к подсчёту компенсации. См.: Briefing by Deputy Director of the Information and Press Department Artyom Kozhin (Moscow, 20 July 2017). URL: [http://www.mid.ru/en/press\\_service/spokesman/briefings/-/asset\\_publisher/D2wHaWMCU6Od/content/id/2818579](http://www.mid.ru/en/press_service/spokesman/briefings/-/asset_publisher/D2wHaWMCU6Od/content/id/2818579) (дата обращения: 12.11.2018).

справедливости *infra legem* или иным образом примирить с пределами компетенции соответствующих коллегий оценивать заявленный к возмещению ущерб на основании норм международного права как такового.

## 9. Заключение

Количество разнообразных коллегий по разрешению споров в последние годы возросло, и очень часто споры достигают стадии определения способов возмещения ущерба. В ситуациях, когда коллегии по разрешению споров применяют одну и ту же норму международного обычая к вопросу оценки размера возмещения, кажется естественным, что практика таких коллегий должна быть последовательной, чтобы обеспечить правовую определённость и избежать фрагментации международного права по этому вопросу.

Данная статья рассмотрела тренды, которые начали появляться в практике коллегий по разрешению споров, касательно оценки убытков по принципу справедливости. До решений по делу *Диалло* и делу судна «*Арктик Санрайз*» практика оценки убытков по принципу справедливости следовала определённым трендам, и её можно было увязать тем или иным образом с пределами компетенции коллегий по оценке ущерба на основании международного права как такового. К сожалению, когда аналогичный вопрос встал перед Судом ООН, он не только воздержался от того, чтобы последовать формирующейся практике оценки убытков по принципу справедливости, но и привнёс новые опасные изменения в эту область права, возможно, действуя за пределами полномочий, а состав арбитража в деле судна «*Арктик Санрайз*» последовал его примеру. Дело *Диалло* и дело судна «*Арктик Санрайз*», разрешённые по существующим в международном обычае стандартам компенсации, одобрили возможность спекулятивной оценки имущественного ущерба безотносительно фактических обстоятельств дела. Данные дела дали *carte blanche* другим коллегиям, применяющим те же стандарты компенсации из международного обычая, присуждать убытки даже в ситуациях необоснованного отсутствия каких-либо доказательств их размера. Остаётся лишь наблюдать за тем, как на подобную практику отреагируют государства.

Библиографическое описание:

Вялков А. Роль принципа справедливости при оценке убытков по международному обычаю: куда дело *Диалло* и дело судна «*Арктик Санрайз*» ведут состояние права? // Международное правосудие. 2018. № 4 (28). С. 59—82.

## The role of equity in the assessment of damages under custom: where are *Diallo* and the *Arctic Sunrise* taking the law?

Alexey Vyalkov

Magister Juris (University of Oxford, the United Kingdom), practitioner, Moscow, Russia (e-mail: vyalkovalexey@gmail.com).

### Abstract

This article discusses the trends in the use of equity by international courts and tribunals at the stage of assessing pecuniary damages under the standards of customary international law. The research presented in the article is based on the jurisprudence of the International Court of Justice, International Tribunal for the Law of the Sea, regional human rights courts, the Iran-US Claims Tribunal, Annex VII arbitral tribunals, investment arbitration tribunals, and other bodies. The analysis made in the article clarifies the circumstances in which tribunals deem it acceptable to refer to equity at the stage of evaluating damages under custom, the effect that equity may have on the assessment of damages as a matter of law, and the reasons why the use of equity by tribunals may be reconcilable with the scope of their jurisdiction to assess damages on the basis of international law. After discussing these matters, the article takes issue with the *Diallo* and the *Arctic Sunrise*, which are the two recent cases in which the tribunals employed an equitable assessment of pecuniary damages. The article argues that the tribunals in these cases awarded pecuniary damages in excess of jurisdiction and provided a reasoning that may bring arbitrariness into the calculation of damages under the standards of customary international law. As a matter of legal principle, *Diallo* and the *Arctic Sunrise* have opened the doors for awarding pecuniary damages in the amounts assessed on the basis of mere speculation and with no regard to any evidence whatsoever. Once *Diallo* and the *Arctic Sunrise* detonate in international dispute settlement, they will complicate the process of assessing pecuniary damages flowing from internationally wrongful acts. The general conclusion drawn at the end is that in international jurisprudence certain consistent trends in applying equity to the assessment of damages under custom have emerged. However, *Diallo* and the *Arctic Sunrise* — rendered in excess of authority — have undermined these trends and brought developments that are potentially dangerous for international law.

### Keywords

damages; equity; custom; *Diallo*; *Arctic Sunrise*.

### Citation

Vyalkov A. (2018) Rol' printsipa spravedlivosti pri otsenke ubytkov po mezh-dunarodnomu obyachayu: kuda delo *Diallo* i delo sudna "Arktik Sanrayz" vedut sostoyanie prava? [The role of equity in the assessment of damages under custom: where are *Diallo* and the *Arctic Sunrise* taking the law?]. *Mezh-dunarodnoe pravosudie*, vol. 8, no. 4, pp. 59—82. (In Russian).

## References

- Akehurst M. (1976) Equity and General Principles of Law. *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 25, no. 4, pp. 801–825.
- Amerasinghe Ch. (2005) *Evidence in International Litigation*, Leiden: Brill/Nijhoff.
- Blake C. (2012) Moral Damages in Investment Arbitration: A Role for Human Rights? *Journal of International Dispute Settlements*, vol. 3, no. 2, pp. 371–407.
- Brown Ch. (2007) *A Common Law of International Adjudication*, Oxford: Oxford University Press.
- Cheng B. (1955) Justice and Equity in International Law. *Current Law Problems*, vol. 8, no. 1, pp. 185–211.
- Cheng B. (2006) *General Principles of Law as Applied by International Courts and Tribunals*, Cambridge: Cambridge University Press.
- Crawford J. (2013) *State Responsibility: The General Part*, Cambridge: Cambridge University Press.
- D'Aspremont J. (2017) International Court of Justice and the Irony of System-Design. *Journal of International Dispute Settlement*, vol. 8, no. 2, pp. 366–387.
- Elrifai S. N. (2017) Equity-based Discretion and the Anatomy of Damages Assessment in International Investment Law. *Journal of International Arbitration*, vol. 34, no. 5, pp. 835–888.
- Francioni F. Equity in International Law. In: Wolfrum R. (ed.). *The Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, Oxford: Oxford University Press, pp. 632–641.
- Gourgourinis A. (2009) Delineating the Normativity of Equity in International Law. *International Common Law Review*, vol. 11, no. 3, pp. 327–347.
- Gray Ch. (1990) *Judicial Remedies in International Law*, Oxford: Oxford University Press.
- Kelsen H. (1949) *General Theory of Law and State*, Cambridge, MA: Harvard University Press.
- Kriebaum U. (2009) Is the European Court of Human Rights an Alternative to Investor-State Arbitration? In: Dupuy P.-M., Francioni F., Petersmann E. U. (eds.) *Human Rights in International Investment Law and Arbitration*, Oxford: Oxford University Press, pp. 219–245.
- Lapidot R. (1987) Equity in International Law. *Israel Law Review*, vol. 22, no. 2, pp. 161–183.
- Lauterpacht E. (1977–1978) Equity, Evasion, Equivocation and Evolution in International Law. *Proceedings of the American Branch of the International Law Association*, pp. 33–47.
- Lauterpacht E. (1990) Issues of Compensation and Nationality in the Taking of Energy Investments. *Journal of Energy & Natural Resources Law*, vol. 8, pp. 241–250.
- Lauterpacht E. (2011) Principles of Procedure in International Litigation. *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International*, vol. 345, pp. 387–530.
- Lowe V. (1989) The Role of Equity in International Law. *Australian Year Book of International Law*, vol. 12, pp. 54–81.
- Marboe I. (2009) *Calculation of Compensation and Damages in International Investment Law*, Oxford: Oxford University Press.
- Pellet A. (2006) Article 38. In: Zimmermann A., Tomuschat C., Oellers-Frahm K. (eds.). *The Statute of the International Court of Justice: A Commentary*, Oxford: Oxford University Press, pp. 677–792.
- Ripinsky S. (2009) Assessing Damages in Investment Disputes: Practice in Search of Perfect. *The Journal of World Investment & Trade*, vol. 10, no. 1, pp. 5–37.
- Schreuer Ch. (2009) *The ICSID Convention: A Commentary*, Cambridge: Cambridge University Press.
- Wildhaber L. (2003) Article 41 of the European Convention on Human Rights: Just Satisfaction under the European Convention on Human Rights. *Baltic Yearbook of International Law Online*, vol. 3, no. 1, pp. 1–18.
- Zarbiyev F. (2013) Judicial Activism in International Law – A Conceptual Framework for Analysis. *Journal of International Dispute Settlement*, vol. 3, no. 2, pp. 247–278.