

# МЕЖДУНАРОДНОЕ ПРАВОСУДИЕ

№ 3 (47) • 2023

**Упущенный шанс Международного Суда  
в деле об иранских активах**

**Сага о ЮКОСе: как отменить отменённое**

**Защита ребёнка в ситуации домашнего насилия:  
проблемы уголовного и гражданского судопроизводства**

**Международное уголовное правосудие как театр?**

**Значение консенсуса при эволютивном толковании  
Европейской конвенции по правам человека**

**Бремя и стандарты доказывания в практике  
инвестиционных арбитражей: взгляд на реформу с нового ракурса**

**Исполнение постановлений международных судов  
по правам человека: перспективы после денонсации**

# МЕЖДУНАРОДНОЕ ПРАВОСУДИЕ

№3 (47) • 2023

НАУЧНО-АНАЛИТИЧЕСКИЙ ЖУРНАЛ

**Учредитель**

О. Б. Сидорович

**Издатель**

ООО «Центр конституционных исследований»

**Редакционный совет**

А. И. КОВЛЕР, председатель (Институт законодательства и сравнительного правоведения)

Б. БАУРИНГ (Лондонский университет, Великобритания)

Л. ГАРЛИЦКИЙ (Варшавский университет, Польша)

А. Я. КАПУСТИН (Институт законодательства и сравнительного правоведения)

Т. Н. НЕШАТАЕВА (Суд Евразийского экономического союза, Беларусь)

А. НУССБЕРГЕР (Кельнский университет, Германия)

С. М. ПУНЖИН (Международный Суд ООН, Нидерланды)

А. УШАЦКА (Международный уголовный суд (2006–2015), Латвия)

М. Л. ЭНТИН (МГИМО МИД России)

**Редакционная коллегия**

Д. С. БОКЛАН (НИУ «Высшая школа экономики»)

А. П. ЕВСЕЕВ (НИУ «Высшая школа экономики»)

Д. В. КРАСЯКОВ (Саратовская государственная юридическая академия)

И. М. ЛИФШИЦ (Всероссийская академия внешней торговли)

И. В. РАЧКОВ (МГИМО МИД России)

А. К. СОБОЛЕВА (НИУ «Высшая школа экономики»)

В. В. СТАРЖЕНЕЦКИЙ (НИУ «Высшая школа экономики»)

М. П. ТРУНК-ФЕДОРОВА (Санкт-Петербургский государственный университет)

М. А. ФИЛАТОВА (НИУ «Высшая школа экономики»)

К. В. ЭНТИН (Суд Евразийского экономического союза, Беларусь)

**Выпускающий редактор**

О. Б. СИДОРОВИЧ (ООО «Центр конституционных исследований»)

**Редакторы-корректоры**

Т. СЕЙГЕР (англ.)

М. СИДОРОВИЧ

С. Ф. УСПЕНСКАЯ

Журнал издаётся при  
финансовой поддержке

Решением ВАК журнал включён в «Перечень ведущих рецензируемых научных журналов и изданий, в которых должны быть опубликованы основные научные результаты диссертации на соискание ученой степени доктора и кандидата наук».

Журнал входит в базу журналов Russian Science Citation Index на платформе Web of Science, а также в базу данных периодических и продолжающихся изданий Ulrich'sPeriodicalsDirectory.

Свидетельство о регистрации ПИ № ФС77-82341 от 23 ноября 2021 года выдано Федеральной службой по надзору в сфере связи, информационных технологий и массовых коммуникаций.

Тираж 300 экз. Периодичность — 4 номера в год. Цена свободная.

Подписной индекс (Каталог «Почта России») — ПН994.

Дата выхода в свет: 3 октября 2023 года.

Адрес редакции: 129090 Москва, ул. Щепкина, д. 8.

Тел.: +7 (495) 608-69-59. Эл. почта: info@mp-journal.ru

Адрес издателя (фактический): 129090 Москва, ул. Щепкина, д. 8.

Отпечатано в типографии ООО «Буки Веди»

117393, г. Москва, вн.тер.г. муниципальный округ Обручевский,

ул. Профсоюзная, д. 56, этаж 3, помещение XIX, ком. 321.

Тел.: +7 (495) 926-63-96; www.bukivedi.com; info@bukivedi.com

Позиции авторов статей могут не совпадать с мнением редакции.

При цитировании материалов ссылка на журнал и правообладателя обязательна.

Перепечатка разрешена только с письменного согласия правообладателя.

© ООО «Центр конституционных исследований», 2023

**PRAXIS****RES JUDICATA**

**СПОР О НЕКОТОРЫХ ИРАНСКИХ АКТИВАХ (ИРАН ПРОТИВ США): УПУЩЕННАЯ ВОЗМОЖНОСТЬ МЕЖДУНАРОДНОГО СУДА ООН И ПРОЦЕССУАЛЬНЫЕ УЛОВКИ СТОРОН** **3**  
Софья Пименова

**НИДЕРЛАНДСКАЯ ЮСТИЦИЯ: САМАЯ СПРАВЕДЛИВАЯ В МИРЕ?** **18**  
Илья Рачков, Андрей Савельев

**SCRIPTORIUM****JUSTITIA**

**ЭФФЕКТ КОНСЕНСУСА В РАМКАХ ЭВОЛЮТИВНОГО ТОЛКОВАНИЯ ЕВРОПЕЙСКОЙ КОНВЕНЦИИ ПО ПРАВАМ ЧЕЛОВЕКА** **44**  
Тигран Оганесян

**НЕПОСЛЕДОВАТЕЛЬНОСТЬ ПРАКТИКИ ИНВЕСТИЦИОННЫХ АРБИТРАЖЕЙ ПО ВОПРОСАМ ДОКАЗЫВАНИЯ: МОЖЕТ ЛИ РЕФОРМА ЧТО-ТО ПРЕДЛОЖИТЬ?** **65**  
Адам Нальгиев

**JUS HONINUM**

**ДЕТИ И ДОМАШНЕЕ НАСИЛИЕ: НЕ ТОЛЬКО ЖЕРТВЫ, НЕ ТОЛЬКО УГОЛОВНЫЙ ПРОЦЕСС** **88**  
Наталья Кравчук

**JUS CRIMINALE**

**ВИЗУАЛЬНЫЕ ОБРАЗЫ В МЕЖДУНАРОДНОМ УГОЛОВНОМ ПРАВОСУДИИ: ОТ СРЕБРЕНИЦЫ И ДАЛЕЕ** **112**  
Александр Евсеев

**JUS GENTIUM PRIVATUM**

**ПРИНЦИП JURA NOVIT CURIA В МЕЖДУНАРОДНОМ КОММЕРЧЕСКОМ АРБИТРАЖЕ: ВЗГЛЯД ЗАРУБЕЖНЫХ ПРАВОПОРЯДКОВ** **130**  
Дмитрий Давыденко, Ринчен Дасел Муксунова

**ACADEMIA****SCHOLAE**

**ИСПОЛНЕНИЕ ПОСТАНОВЛЕНИЙ МЕЖДУНАРОДНЫХ СУДОВ ПО ПРАВАМ ЧЕЛОВЕКА ПРИ ДЕНОНСАЦИИ МЕЖДУНАРОДНЫХ ДОГОВОРОВ: В ПОИСКАХ КОМПРОМИССА** **148**  
Алана Сиукаева

# INTERNATIONAL JUSTICE

2 (46) • 2023

**Founder**

O. Sidorovich

**Publisher**

Center for Constitutional Studies Ltd.

**Scientific Advisory Board**

A. KOVLER, Chairman (Institute of Legislation and Comparative Law)

B. BOWRING (Birkbeck College of the University of London, UK)

L. GARLICKI (University of Warsaw, Poland)

A. KAPUSTIN (Institute of Legislation and Comparative Law)

T. NESHATAEVA (Court of the Eurasian Economic Union, Belarus)

A. NUSSBERGER (University of Cologne, Germany)

S. PUNZHIN (International Court of Justice, Netherlands)

A. USACKA (International Criminal Court (2006–2015), Latvia)

M. ENTIN (MGIMO University)

**Board of Editors**

D. BOKLAN (Higher School of Economics)

K. ENTIN (Court of the Eurasian Economic Union, Belarus)

A. EVSEEV (Higher School of Economics)

M. FILATOVA (Higher School of Economics)

D. KRASIKOV (Saratov State Law Academy)

I. LIFSHITS (Russian Foreign Trade Academy)

I. RACHKOV (MGIMO University)

A. SOBOLEVA (Higher School of Economics)

V. STARZHENETSKY (Higher School of Economics)

M. TRUNK-FEDOROVA (Saint Petersburg State University)

**Managing Editor**

O. SIDOROVICH (Center for Constitutional Studies Ltd.)

**Proofreaders**

A. SAGER (eng.)

M. SIDOROVICH

S. USPENSKAYA

Published under the sponsorship of the



ISSN 2226-2059; e-ISSN 2541-8548

Address: 8, Shchepkin Str., Moscow, 129090, Russian Federation

Mailing Address: 8, Shchepkin Str., Moscow, 129090, Russian Federation

Phone: +7 (495) 608-69-59

E-mail: info@mp-journal.ru

https://mp-journal.ru

© Center for Constitutional Studies Ltd., 2023

**PRAXIS****RES JUDICATA**

- THE CASE OF CERTAIN IRANIAN ASSETS (*IRAN V. USA*):  
MISSED OPPORTUNITY FOR THE ICJ  
AND PROCEDURAL TRICKS OF THE PARTIES **3**  
Sofia Pimenova

**RES JUDICATA**

- THE JUSTICE SYSTEM OF THE NETHERLANDS:  
THE FAIREST IN THE WORLD? **18**  
Iliia Rachkov, Andrey Saveliev

**SCRIPTORIUM****JUSTICIA**

- THE CONSENSUS EFFECT WITHIN THE FRAMEWORK  
OF THE EVOLUTIVE INTERPRETATION  
OF THE EUROPEAN CONVENTION ON HUMAN RIGHTS **44**  
Tigran Oganessian

**JUSTICIA**

- INCONSISTENCY IN THE PRACTICE  
OF INVESTMENT TRIBUNALS ON ISSUES OF PROOF:  
DOES THE REFORM HAVE ANYTHING TO OFFER? **65**  
Adam Nal'giev

**JUS HOMINUM**

- CHILDREN AND DOMESTIC VIOLENCE: NOT ONLY VICTIMS,  
NOT ONLY CRIMINAL PROCEEDINGS **88**  
Natal'ya Kravchuk

**JUS CRIMINALE**

- VISUALIZATION IN THE INTERNATIONAL CRIMINAL JUSTICE:  
FROM SREBRENICA ON **112**  
Aleksandr Evseev

**JUS GENTIUM PRIVATUM**

- THE PRINCIPLE OF *JURA NOVIT CURIA*  
IN INTERNATIONAL COMMERCIAL ARBITRATION:  
A COMPARATIVE LAW PERSPECTIVE **130**  
Dmitry Davydenko, Rinchen Dasel Muksunova

**ACADEMIA****SCHOLAE**

- EXECUTION OF JUDGMENTS OF INTERNATIONAL HUMAN RIGHTS  
COURTS AFTER DENUNCIATION OF INTERNATIONAL TREATIES:  
IN SEARCH OF COMPROMISE **148**  
Alana Siukaeva

## Непоследовательность практики инвестиционных арбитражей по вопросам доказывания: может ли реформа что-то предложить?

Адам Налъгиев\*

На протяжении уже нескольких лет на повестке дня в Комиссии ООН по праву международной торговли стоит вопрос о реформе существующей системы урегулирования международных инвестиционных споров. Одной из ключевых проблем, негативно влияющих на легитимность текущего режима, является непоследовательная практика инвестиционных арбитражей по вопросам применения международных договоров о защите инвестиций. Государства предлагают различные решения, включая институциональные реформы в виде создание многостороннего инвестиционного суда или постоянного апелляционного органа, а также решения, в рамках которых государства — члены международных инвестиционных договоров смогли бы разработать и принять инструменты официального толкования. Указанные варианты реформы обсуждаются в основном в отношении практики инвестиционных арбитражей по толкованию и применению отдельных положений инвестиционных договоров. Между тем совершенно без внимания остаётся практика по вопросам, редко находящим какое-то отражение в текстах международных соглашений и касающимся бремени и стандартов доказывания в международных инвестиционных спорах. В статье обсуждается проблема непоследовательной и противоречивой практики инвестиционных арбитражей по вопросам бремени и стандартов доказывания, ранее получившая широкое освещение в научной литературе. В работе демонстрируется, что в различных вопросах, касающихся распределения бремени доказывания или установления стандарта доказывания применительно к определённым заявлениям, инвестиционные арбитражи зачастую приходят к диаметрально противоположным решениям, которые не предопределены применимым правом или обстоятельствами конкретного дела. В свою очередь, подобная практика не в меньшей степени негативно влияет на легитимность существующей системы разрешения инвестиционных споров. Автор пытается оценить, насколько предлагаемые сегодня варианты реформы способны как-то повлиять на описанную проблему, и предлагает рассмотреть дополнительное направление реформы, а именно принятие документов «мягкого права» по вопросам бремени и стандартов доказывания в форме руководящих принципов.

DOI: 10.21128/2226-2059-2023-3-65-87

→ *Инвестиционный арбитраж; инвестиционные споры; реформа; непоследовательная практика; бремя доказывания; стандарты доказывания*

### 1. Введение

Среди проблем, на решение которых направлена текущая реформа существующей системы урегулирования споров между инвесторами и государствами, Рабочая группа Ко-

\* *Налъгиев Адам Мухажирович* — аспирант департамента международного права Национального исследовательского университета «Высшая школа экономики», Москва, Россия (e-mail: analgiev@hse.ru). Статья подготовлена на основе конкурсной работы, удостоенной в 2023 году премии «Международное право в XXI веке» за лучшую научную работу по международному публичному праву (<https://iclr.ru/ru/projects/award>).

миссии ООН по праву международной торговли III (*далее* — Рабочая группа) выделяет проблемы, связанные с «последовательностью, слаженностью, предсказуемостью и правильностью арбитражных решений»<sup>1</sup>. Речь идёт прежде всего о толковании арбитрами различных положений инвестиционных договоров (*далее* — ИД)<sup>2</sup>, включая, например, положения о предоставлении инвесторам режима «справедливого и равноправного отношения» (англ.: *fair and equitable treatment*) или режима «наибольшего благоприятствования» (англ.: *most-favored nation*), о передаче инвестиционных споров в арбитраж (в частности, употребляемые в них понятия «инвестор» и «инвестиция») и др.<sup>3</sup>

В практике инвестиционных арбитражей часто встречаются случаи, когда положения одних и тех же ИД, включая двусторонние инвестиционные договоры (*далее* — ДИД), или одни и те же стандарты защиты инвестиций обретали диаметрально-противоположное толкование<sup>4</sup>, не предопределённое, например, «правилами толкования договоров или различными фактами и доказательствами, представленными в [арбитраже]»<sup>5</sup>. Подобные ситуации, относимые Рабочей группой к случаям «необоснованной непоследовательности»<sup>6</sup>, привлекли внимание и вызвали критику в научной литературе<sup>7</sup> и впоследствии привели к осознанию необходимости реформы<sup>8</sup>.

<sup>1</sup> Комиссия ООН по праву международной торговли. Возможная работа по реформированию системы урегулирования споров между инвесторами и государствами (УСИГ). Записка Секретариата. Документ ООН A/CN.9/WG.III/WP.149. 5 сентября 2018 года. § 9–10. URL: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/LTD/V18/064/98/PDF/V1806498.pdf?OpenElement> (дата обращения: 23.06.2023).

<sup>2</sup> В данной статье термин «ИД» будет использоваться в качестве общего термина, охватывающего как многосторонние, так и двусторонние инвестиционные договоры.

<sup>3</sup> См.: Комиссия ООН по праву международной торговли. Возможная работа по реформированию системы урегулирования споров между инвесторами и государствами (УСИГ): последовательность и смежные вопросы. Записка Секретариата. Документ ООН A/CN.9/WG.III/WP.150. 28 августа 2018 года. § 7. URL: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/LTD/V18/056/82/PDF/V1805682.pdf?OpenElement> (дата обращения: 23.06.2023).

<sup>4</sup> В качестве примера можно привести практику инвестиционных арбитражей, в рамках которой были высказаны сильно различающиеся между собой подходы к определению содержания категории правомерных ожиданий (англ.: *legitimate expectations*), нарушение которых является нарушением обязательства предоставить режим справедливого и равноправного отношения. Так, в некоторых решениях под правомерными ожиданиями понимались исключительно ожидания инвестора на момент совершения инвестиции, на которые он полагался при принятии решения об инвестировании (см., например: International Centre for Settlement of Investment Disputes (*далее* — ICSID). *Cargill, Incorporated v. Republic of Poland*. Case no. ARB(AF)/04/2. Award of 29 February 2008. § 458), в то время как в иных случаях категория правомерных ожиданий рассматривалась более широко как включающая в себя практически любые формы несправедливости и произвола со стороны принимающего государства (см., например: ICSID. *Técnicas Medioambientales Tecmed, S.A. v. The United Mexican States*. Case no. ARB(AF)/00/2. Award of 29 May 2003. § 154). Подробнее об этом см.: *Sabahi B., Rubins N., Wallace D., Jr. Investor-State Arbitration*. 2<sup>nd</sup> ed. Oxford: Oxford University Press, 2019. P. 643–645.

<sup>5</sup> Комиссия ООН по праву международной торговли. Возможная работа по реформированию системы урегулирования споров между инвесторами и государствами (УСИГ): последовательность и смежные вопросы. Записка Секретариата. § 16–17.

<sup>6</sup> Там же. § 7.

<sup>7</sup> См.: *Brown C., Ortino F., Arato J. Parsing and Managing Inconsistency in Investor-State Dispute Settlement // Academic Forum on ISDS Concept Paper*. 2019. URL: <https://repository.law.umich.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1214&context=other> (дата обращения: 23.06.2023); *Puig S., Shaffer G. Imperfect Alternatives: Institutional Choice and the Reform of Investment Law // American Journal of International Law*. Vol. 112. 2018. No. 3. P. 361–409; *Zarra G. The Issue of Incoherence in Investment Arbitration: Is There Need for a Systemic Reform? // Chinese Journal of International Law*. Vol. 17. 2018. No. 1. P. 137–185; *Franck S.D. The Legitimacy Crisis in Investment Treaty Arbitration: Privatizing Public International Law through Inconsistent Decisions // Fordham Law Review*. Vol. 73. 2005. No. 4. P. 1521–1625.

<sup>8</sup> При этом непоследовательность практики является отнюдь не единственной причиной поиска путей для реформы. Среди иных причин упоминаются дополнительные юридические и финансовые риски, которым

По результатам предложений, полученных от государств, Рабочая группа рассматривает различные направления реформы существующей системы разрешения инвестиционных споров, которые позволили бы повлиять на проблему непоследовательной практики. К примеру, предлагается предусмотреть в ИД возможность для государств-участников «устанавливать юридически обязывающие толкования»<sup>9</sup> в форме указаний арбитрам для «обеспечения толкования [ИД] таким образом, как это было задумано его составителями»<sup>10</sup>. Особое внимание привлекли предложения об учреждении постоянного многостороннего инвестиционного суда<sup>11</sup> (*далее* — МИС), а также апелляционного механизма в форме постоянного автономного апелляционного органа, «дополняющего нынешнюю систему [разрешения инвестиционных споров]»<sup>12</sup>, или же в качестве «механизма второго уровня»<sup>13</sup> в рамках МИС.

Однако примечательно, что в документах Рабочей группы совершенно обходится стороной факт существования противоречивой и непоследовательной практики по вопросам, не сводящимся к толкованию конкретных положений ИД и вытекающим из концепций, которые редко имеют какое-то формальное выражение в международно-правовых текстах, а именно практики по вопросам распределения бремени доказывания и определения стандартов доказывания, применимых к определённым заявлениям<sup>14</sup>. В то же время различным аспектам арбитражных решений, которые касаются бремени и стандартов доказывания, было посвящено значительное количество научных исследований<sup>15</sup>. В своей работе, содержащей оценку предлагаемых структурных реформ системы

---

подвергаются государства, заключающие ИД, при отсутствии существенного притока прямых инвестиций за счёт заключения государством ИД; дискриминация отечественных инвесторов по сравнению с иностранными; отсутствие прозрачности в процедуре выбора арбитров, а также полноценных гарантий надлежащей правовой процедуры. Подробнее об этом см.: *Рачков И.* Реформа международно-правового урегулирования споров между иностранными инвесторами и государствами // *Международное правосудие.* 2016. № 3 (19). С. 118–136, 120.

<sup>9</sup> Комиссия ООН по праву международной торговли. Возможная работа по реформированию системы урегулирования споров между инвесторами и государствами (УСИГ). Представление Европейского союза и его государств-членов. 24 января 2019 года. Документ ООН A/CN.9/WG.III/WP.159/Add.1. § 26. URL: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/LTD/V19/004/21/PDF/V1900421.pdf?OpenElement> (дата обращения: 23.06.2023).

<sup>10</sup> Комиссия ООН по праву международной торговли. Возможная работа по реформированию системы урегулирования споров между инвесторами и государствами (УСИГ). Представление правительства Таиланда. Документ ООН A/CN.9/WG.III/WP.162. 8 марта 2019 года. § 23. URL: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/V19/013/93/PDF/V1901393.pdf?OpenElement> (дата обращения: 23.06.2023).

<sup>11</sup> См.: Комиссия ООН по праву международной торговли. Возможная работа по реформированию системы урегулирования споров между инвесторами и государствами (УСИГ). Представление Европейского союза и его государств-членов. § 41–45.

<sup>12</sup> Комиссия ООН по праву международной торговли. Возможная работа по реформированию системы урегулирования споров между инвесторами и государствами (УСИГ). Апелляционный механизм. Записка Секретариата. Документ ООН A/CN.9/WG.III/WP.224. 17 ноября 2022 года. § 42. URL: [https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/wp\\_224-r.pdf](https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/wp_224-r.pdf) (дата обращения: 23.06.2023).

<sup>13</sup> Там же.

<sup>14</sup> Прежде всего речь идёт о выборе между обычно применяемым стандартом «баланса вероятностей» (англ.: *balance of probabilities*) и «более требовательными» стандартами доказывания, такими как стандарт «ясных и убедительных доказательств» (англ.: *clear and convincing evidence*). О стандартах доказывания в международном инвестиционном арбитраже см.: *Wiebecke M.* The Investment Treaty Arbitration Review: Evidence and Proof // *The Law Reviews.* 2022. 14 June. URL: <https://thelawreviews.co.uk/title/the-investment-treaty-arbitration-review/evidence-and-proof> (дата обращения: 23.06.2023); *Гребельский А. В.* Доказательства в международном коммерческом арбитраже : дис. ... канд. юрид. наук. М., 2017. С. 184.

<sup>15</sup> См., например: *Sourgens F. G.* By Equal Contest of Arms: Jurisdictional Proof in Investor-State Arbitrations // *North Carolina Journal of International Law.* Vol. 38. 2013. No. 3. P. 875–954; *Cortesi G. A.* Proof and the Burden of Proof in International Investment Law. Cham : Springer, 2022; *Sourgens F. G., Duggal K., Laird I.* Evi-

урегулирования инвестиционных споров и значения в контексте таких реформ процесса установления фактов составом арбитража, М. Свайнхарт подтверждает, что реформа в основном сфокусирована на «легитимности арбитров как индивидуальных субъектов принятия решений и легитимности процесса юридического толкования [ИД]»<sup>16</sup> и что при этом «мало сказано о вызовах, [которые сопряжены с] установлением фактов в международном праве»<sup>17</sup>.

Соответственно, в данной статье мы предпримем попытку проанализировать значенные проблемы, которая касается противоречивой практики инвестиционных арбитражей по вопросам доказывания, а также постараемся ответить на вопрос о том, насколько предлагаемые варианты реформы способны каким-то образом на неё повлиять.

## 2. Вопросы доказывания и легитимность системы урегулирования инвестиционных споров

Прежде чем перейти к обсуждению противоречивой практики по вопросам доказывания, представляется необходимым сделать несколько предварительных замечаний о проблеме непоследовательной практики в целом и об её значении в контексте легитимности системы урегулирования инвестиционных споров в частности.

Единообразие и последовательность в толковании и применении ИД воспринимаются как важные ценности и являются внешним проявлением принципа верховенства права (англ.: *rule of law*) в международном инвестиционном праве. Данный принцип обеспечивает определённую и предсказуемость в отношении содержания гарантий защиты прав инвесторов и границ «права регулировать»<sup>18</sup> (англ.: *right to regulate*), признаваемого за государствами. Непоследовательная артикуляция или противоречивое толкование одних и тех же либо схожих положений ИД в арбитражных решениях по разным спорам создаёт сразу несколько проблем.

С одной стороны, существенные и при этом необоснованные различия в подходах к толкованию рискуют стать причиной появления ощущения произвола у участников споров и к потере легитимности юрисдикционного органа (влияние *ex post*)<sup>19</sup>. С другой стороны, отсутствие хотя бы базовой определённости и предсказуемости в отношении толкования ИД при возникновении споров в будущем может привести к увеличению транзакционных издержек на этапе инвестирования, так как препятствует возможности «частных и публичных лиц планировать свои бизнес-отношения в долгосрочной перспективе»<sup>20</sup> и потенциально способно «ослабить потоки прямых иностранных инвестиций, что является прямой противоположностью цели, которую призваны достичь инвестиционные договоры»<sup>21</sup> (влияние *ex ante*). Несмотря на отсутствие в текущей системе разрешения инвестиционных споров формальной доктрины прецедента (лат.: *stare decisis*), трудно отрицать наличие у участников споров естественного ожидания того, что

---

dence in International Investment Arbitration. Oxford : Oxford University Press, 2018; Duggal K. Principles of Evidence in Investor-State Arbitration: Burden, Standards, Presumptions & Inferences : Ph.D. Dissertation. Leiden : Leiden University, 2019.

<sup>16</sup> Swinehart M. W. Institutionalism, Legitimacy, and Fact-Finding in International Disputes // Florida State University Law Review. Vol. 47. 2020. No. 2. P. 279–336, 286.

<sup>17</sup> Ibid.

<sup>18</sup> Puig S., Shaffer G. Op. cit. P. 377.

<sup>19</sup> См.: Brown C., Ortino F., Arato J. Op. cit. P. 4.

<sup>20</sup> Ibid. P. 5.

<sup>21</sup> Ibid.

«к схожим делам следует относиться схожим образом» (англ.: *like cases should be treated alike*)<sup>22</sup>.

В то же время сама по себе непререкаемая «репликация» подходов к толкованию тех или иных положений ИД, высказанных в ранее принятых решениях, не должна признаваться конечной целью во всех случаях. В литературе указывается, что ожидания последовательности и единообразия правоприменительной практики разнятся в зависимости от природы и содержания соответствующих положений ИД. Так, когда речь идёт о правилах поведения, сформулированных исчерпывающим образом и практически не оставляющих пространства для толкования за пределами их буквального значения, ожидания последовательной правоприменительной практики выше, чем в ситуациях с более абстрактными предписаниями, имеющими скорее форму стандартов с различными критериями оценки (например, «разумная цена», «справедливая рыночная стоимость»)<sup>23</sup>. Это обусловлено тем, что, формулируя упомянутые критерии, стороны международных договоров сознательно оставляют за правоприменителем поле усмотрения в связи со сложностью чёткого определения пределов допустимого заранее и, как следствие, предполагают определённую степень гетерогенности подходов<sup>24</sup>.

Отмечается, что особенно проблематичной оказывается непоследовательность практики в вопросах, затрагивающих нормы и принципы наиболее высокого порядка, которые лежат за пределами положений ИД и как бы на «структурном»<sup>25</sup> уровне влияют на процесс правоприменения, или так называемые правила игры<sup>26</sup>. Непоследовательность и противоречивость практики правоприменения в данном случае создают более серьёзную неопределённость как для инвесторов, так и для государств в отношении множества отдельных и более специальных вопросов, число которых тяжело заранее предугадать. В качестве примера «правил игры» приводятся нормы, определяющие соотношение условий договора («инвестиционного контакта») между государством и иностранным инвестором и положений ИД. Отсутствие предсказуемости и последовательности в том, являются ли положения ИД императивными по своей природе и допускают ли они отступление от них в договоре между государством и инвестором (например, в части стандарта компенсации инвестора в случае экспроприации)<sup>27</sup>, «накрывает пеленой сомнений»<sup>28</sup> юридические последствия такого договора. Это, в свою очередь, *ex ante* может поставить под сомнение целесообразность инвестирования.

На наш взгляд, к «правилам игры» можно отнести в том числе правила и принципы, касающиеся распределения бремени доказывания между сторонами инвестиционных споров, а также выбора того или иного стандарта доказывания применительно к различным заявлениям о факте. Устанавливая стандарт доказывания и возлагая бремя доказывания на какую-либо из сторон, состав арбитража в определённой степени предопределяет исход спора, так как данный шаг, по сути, означает распределение риска неопределённости в отношении существования фактических обстоятельств, имеющих значение для дела: при несоответствии имеющихся доказательств установленному стандарту до-

<sup>22</sup> *Brown C., Ortino F., Arato J.* Op. cit. P.4.

<sup>23</sup> *Ibid.* P.7.

<sup>24</sup> См.: *Ibid.*

<sup>25</sup> *Ibid.* P.8.

<sup>26</sup> См.: *Ibid.*

<sup>27</sup> Подробнее о проблеме соотношения положений ИД и условий инвестиционных контрактов между инвесторами и государствами см.: *Arato J.* The Logic of Contract in the World of Investment Treaties // *William & Mary Law Review*. Vol. 58. 2016. No. 2. P.351–417.

<sup>28</sup> *Brown C., Ortino F., Arato J.* Op. cit. P.9.



казывания решение будет вынесено против стороны, несущей бремя доказывания<sup>29</sup>. Проблемы доказывания составляют в этом смысле «внешнюю» сторону практики инвестиционных арбитражей и в той же степени, что и вопросы толкования материально-правовых стандартов, влияют на решение состава арбитража по конкретному спору.

Арбитражные правила, обычно применяющиеся в инвестиционных спорах, не содержат какого-либо регулирования в отношении распределения бремени доказывания между сторонами спора и выбора стандарта доказывания<sup>30</sup>. Решения по данным вопросам находятся в сфере широкой дискреции арбитров в части процедуры, наличие которой следует из положений указанных арбитражных правил, а также источников «мягкого права» (англ.: *soft law*)<sup>31</sup>. Однако усмотрение состава арбитража в вопросах доказывания не безгранично, и его пределы очерчены прежде всего такими принципами надлежащей процедуры (англ.: *due process*), как равенство сторон (англ.: *equality of the parties*) и право сторон представить свою позицию (англ.: *right to be heard*)<sup>32</sup>. Как отмечает К. Дуггал в своей диссертации, непосредственно посвящённой проблемам доказывания в практике инвестиционных арбитражей, распределение и перенос бремени доказывания, применение стандартов доказывания, презумпций и выводов из фактов, осуществлённые в нарушение приведённых выше императивов, могут быть основаниями для отмены арбитражного решения согласно положениям Вашингтонской конвенции 1965 года, а также для отказа в приведении данного решения в исполнение согласно положениям Нью-Йоркской конвенции 1958 года<sup>33</sup>.

Тем не менее практика инвестиционных арбитражей по вопросам доказывания полна контрастов. По нашему мнению, непоследовательность и противоречивость практики в вопросах бремени и стандартов доказывания имеют особенно негативное влияние на легитимность текущей системы разрешения споров. Такая практика усугубляет проблему отсутствия предсказуемости и определённости международно-правового режима иностранных инвестиций *ex ante*, ведь любые попытки инвестирования со стороны инвестора или учёта принимающим государством своих международных обязательств при регулировании сфер, связанных с иностранными инвестициями, окажутся затруднительными. В подобной ситуации один и тот же набор фактов, касающихся потенциального инвестиционного спора, в зависимости от подхода состава арбитража к вопросам доказывания (например, при переносе бремени доказывания или установлении повышенного стандарта доказывания), может привести к совершенно разным результатам в части, например, юрисдикции арбитража или исполнения принимающим государством своих обязательств по ИД. В свою очередь, *ex post*, решения, вынесенные в нарушение правил и принципов доказывания, будут создавать у участников споров ощущение произвола, так как в большинстве случаев они будут нарушать фундаментальные принципы справедливой процедуры — принципы, которые текущая система должна защищать

<sup>29</sup> См.: *Vecchione E.* Science for the Environment: Examining the Allocation of the Burden of Uncertainty // *European Journal of Risk Regulation*. Vol. 2. 2011. No. 2. P. 227–239, 228.

<sup>30</sup> См.: *Duggal K.* Op. cit. P. 1–3, 8.

<sup>31</sup> В частности, из статьи 31(1) Арбитражного регламента Арбитражного института Стокгольмской торговой палаты («Допустимость, относимость, существенность и значимость доказательств определяются составом арбитража») или статьи 1(5) Правил по получению доказательств в международном арбитраже Международной ассоциации юристов (*далее* — Правила МАЮ) («Если Правила МАЮ о доказательствах и [применимые арбитражные правила] не регулируют какой-либо аспект получения доказательств, а стороны не договорились об ином, состав арбитража определяет порядок получения доказательств *по своему усмотрению*») (здесь и далее курсив мой. — *A. H.*). См.: *Duggal K.* Op. cit. P. 3–4.

<sup>32</sup> См.: *Ibid.* P. 9.

<sup>33</sup> См.: *Ibid.*

особенно ревностно, утверждая себя в качестве действенной альтернативы разрешению споров в национальных судах принимающего государства.

В следующем разделе мы приведём примеры непоследовательной практики по вопросам бремени и стандартов доказывания, которые активно обсуждались в научной литературе и, с нашей точки зрения, наиболее явно демонстрируют отсутствие прочного консенсуса в отношении многих существенных проблем доказывания, а именно в отношении практики, касающейся 1) бремени и стандарта доказывания согласия государства на передачу инвестиционных споров в арбитраж (лат.: *ratione voluntatis*); 2) бремени и стандарта доказывания в отношении заявлений о противоправных деяниях (коррупции, мошенничестве и др.).

### **3. Непоследовательная и противоречивая практика инвестиционных арбитражей по вопросам доказывания**

#### **3.1. Бремя и стандарт доказывания применительно к согласию государства на арбитраж (*ratione voluntatis*)**

В практике инвестиционных арбитражей вопрос о толковании арбитражных соглашений в ИД в целях установления согласия государства на передачу инвестиционных споров в арбитраж решался откровенно противоречиво: арбитры высказывали противоположные мнения, кардинальным образом влияющие на доступ инвестора к защите своих прав посредством арбитража. Так, в одних решениях отражена точка зрения, согласно которой согласие государства на арбитраж должно быть подтверждено доказательствами, «не оставляющими никаких сомнений», в то время как в других выдвигались доводы против установления каких-либо презумпций в пользу наличия или отсутствия юрисдикций с уклоном в сторону стандарта «баланса вероятностей».

Например, в Решении по юрисдикции от 8 февраля 2005 года в деле *Plama Consortium Limited v. Republic of Bulgaria* состав арбитража анализировал юридический эффект оговорки о режиме наибольшего благоприятствования в ДИД 1987 года между Болгарией и Кипром, в частности то, позволяет ли она ссылаться на арбитражные оговорки Болгарии с третьими государствами. В данном деле истец пытался обосновать юрисдикцию состава арбитража через арбитражную оговорку в ДИД между Болгарией и Финляндией 1997 года, поскольку ДИД между Болгарией и Кипром 1987 года содержал достаточно узкую арбитражную оговорку, ограниченную спорами о размере компенсации<sup>34</sup>. Состав арбитража не согласился с аргументом истца, однако при обосновании своей позиции, вероятно, непреднамеренно сделал заявления, которые имеют кардинальное значение для распределения бремени доказывания между сторонами по данному вопросу. В частности, в качестве основной причины отклонения от возможности расширительного толкования арбитражной оговорки в ДИД между Болгарией и Кипром 1987 года состав арбитража указал «общепризнанный принцип в национальном и международном праве», согласно которому соглашение сторон о передаче споров в арбитраж «должно быть ясным и недвусмысленным»<sup>35</sup>.

Аналогичный подход к толкованию арбитражных соглашений в ИД был впоследствии отражён в решениях по другим делам. Так, в Решении от 2 августа 2011 года по

<sup>34</sup> См.: ICSID. *Plama Consortium Limited v. Republic of Bulgaria*. Case no. ARB/03/24. Decision on Jurisdiction of 8 February 2005. § 26.

<sup>35</sup> Ibid. § 198.

делу *Brandes Investment Partners, LP v. The Bolivarian Republic of Venezuela* состав арбитража сослался на приведённый выше пассаж из решения по делу *Plama Consortium Limited v. Republic of Bulgaria* и отметил, что «согласие должно быть выражено таким образом, чтобы не оставалось *никаких сомнений*»<sup>36</sup>. В Решении от 22 августа 2012 года по делу *Daimler Financial Services AG v. Argentine Republic* состав арбитража отметил, что согласие государства на передачу споров в арбитраж не может презюмироваться и что бремя доказывания здесь возлагается на истца: «Отсутствие согласия — это общее правило; согласие — это исключение. Следовательно, установление наличия согласия *требует представления утвердительных доказательств*»<sup>37</sup>.

В работе Ф. Соурдженса, составляющей глубокий анализ вопросов бремени доказывания применительно к вопросам юрисдикции в инвестиционном арбитраже, приведённая выше точка зрения подвергается жёсткой критике<sup>38</sup>. Комментируя данное направление мысли в решениях инвестиционных арбитражей, Ф. Соурдженс указывает, что предъявление особых требований подобного рода к подтверждению согласия государства на арбитраж, выраженное, по существу, в *презумпции отсутствия согласия*, в терминах доказательств означает, во-первых, возложение на истца бремени доказывания согласия государства на арбитраж и, во-вторых, установление повышенного стандарта доказывания<sup>39</sup>. При этом, по мнению автора, установление такой жёсткой презумпции, распределяющей риск неопределённости между сторонами к выгоде лишь одной из них, идёт вразрез с устоявшимся в международном праве взглядом, который следует из практик Международного Суда ООН и Постоянной палаты международного правосудия и согласно которому Международный Суд ООН должен толковать юрисдикционные соглашения объективно (то есть в отсутствие презумпций в пользу или против юрисдикции) и самостоятельно устанавливать свою юрисдикцию с учётом всех доказательств, представленных сторонами<sup>40</sup>.

Презумпция отсутствия согласия на арбитраж критикуется не только на страницах юридической литературы, но и в арбитражных решениях. В Решении арбитража от 9 октября 2009 года по делу *Austrian Airlines v. The Slovak Republic* ограничительное толкование арбитражных соглашений в ИД, предложенное в решении по делу *Plama Consortium Limited v. Republic of Bulgaria*, было расценено как не являющееся «кор-

<sup>36</sup> ICSID. *Brandes Investment Partners, LP v. The Bolivarian Republic of Venezuela*. Case no. ARB/08/3. Award of 2 August 2011. § 113.

<sup>37</sup> ICSID. *Daimler Financial Services AG v. Argentine Republic*. Case no. ARB/05/1. Award of 22 August 2012. § 175. Подход состава арбитража в деле *Plama Consortium Limited v. Republic of Bulgaria* также стал вдохновением для решения по делу *Telenor Mobile Communications AS v. Republic of Hungary*. См.: ICSID. *Telenor Mobile Communications AS v. Republic of Hungary*. Case no. ARB/04/15. Award of 13 September 2006. § 94.

<sup>38</sup> См.: *Sourgens F.G.* Op. cit. P. 905–910.

<sup>39</sup> См.: *Ibid.* P. 905.

<sup>40</sup> В частности, в Решении от 4 декабря 1998 года по делу *Fisheries Jurisdiction (Spain v. Canada)* Международный Суд ООН указал на то, что в «вопросе юрисдикции нет бремени доказывания» и что «суд сам должен определить, исходя из всех фактов и принимая во внимания все аргументы сторон, является ли преобладающей сила аргументов в пользу юрисдикции, и установить наличие у сторон намерений наделить [суд] юрисдикцией». См.: International Court of Justice (*далее* — ICJ). *Fisheries Jurisdiction (Spain v. Canada)*. Judgment of 4 December 1998 // I.C.J. Reports. 1998. § 38. Цит. по: *Sourgens F.G.* Op. cit. P. 879–880. Наличие в международном праве презумпции отсутствия согласия опровергается также позицией судьи Хиггинс, высказанной в её особом мнении к Решению Международного Суда ООН от 12 декабря 1996 года по делу *Oil Platforms (Islamic Republic of Iran v. United States of America)*, согласно которой в международном праве «нет правила, требующего ограничительного толкования юрисдикционных соглашений». См.: ICJ. *Oil Platforms (Islamic Republic of Iran v. United States of America)*. Judgment of 12 December 1996. Preliminary Objections, Separate Opinion of Judge Higgins // I.C.J. Reports. 1996. § 35.

ректным отражением международного права по данному вопросу»<sup>41</sup>. Согласно позиции состава арбитража в Решении от 3 июля 2013 года по делу *Garanti Koza LLP v. Turkmenistan*, фундаментальное требование о наличии согласия государства на арбитраж не означает, что отсутствие согласия должно презюмироваться, учитывая, что «Венская конвенция [о праве международных договоров 1969 года] не содержит оснований для применения такого стандарта к толкованию положений договора [о согласии государства на арбитраж]»<sup>42</sup>. В Решении от 5 мая 2015 года по делу *PNG Sustainable Development Program Ltd. v. Independent State of Papua New Guinea* состав арбитража отклонил идею о том, что сомнения должны быть разрешены в пользу отсутствия юрисдикции, в свете необходимости толкования арбитражного соглашения «объективно и нейтрально с целью установить истинные намерения [сторон]»<sup>43</sup>. Состав арбитража также не согласился с применением к вопросу о согласии государства на арбитраж повышенного стандарта доказывания, предложенного решением по делу *Plama Consortium Limited v. Republic of Bulgaria*, высказавшись в пользу стандарта «преобладания доказательств или баланса вероятностей»<sup>44</sup>.

Практике, состоящей в применении презумпции отсутствия согласия на арбитраж и возложении на истца бремени доказывания, противоречат решения инвестиционных арбитражей, в которых было подчёркнуто наличие у состава арбитража самостоятельной обязанности по установлению своей юрисдикции *sue sponte*, то есть вне зависимости от заявлений и возражений сторон по данному вопросу. В частности, в Решении от 28 октября 2019 года по делу *Oded Besserglik v. Republic of Mozambique* состав арбитража не согласился с аргументом истца о том, что возражение ответчика против юрисдикции должно быть отклонено как заявленное на поздних стадиях разбирательства в свете наличия у состава арбитража дискреции «в вопросе о том, рассматривать ли вопрос юрисдикции по собственной инициативе в соответствии со статьёй 45(3) [Арбитражных правил МЦУИС]»<sup>45</sup>. Состав арбитража отметил, что при наличии сомнений в юрисдикции, имеющих «фундаментальный характер», он «не может уклониться от [их] рассмотрения *sua sponte*»<sup>46</sup>. Существование у арбитража «широких полномочий исследовать вопросы, связанные с [его] юрисдикцией, *ex officio*», также следует из Решения от 31 августа 2018 года по делу *Vattenfall AB and Others v. Federal Republic of Germany (II)*<sup>47</sup>.

Автономный характер обязанности состава арбитража по установлению своей компетенции не может признаваться в какой-либо степени совместимым с идеей о презумпции отсутствия согласия государства на арбитраж, которая, по сути, предполагает возложение указанной обязанности (бремени доказывания) на истца<sup>48</sup>. Любые презумпции

<sup>41</sup> The United Nations Commission on International Trade Law. *Austrian Airlines v. The Slovak Republic*. Final Award of 9 October 2009. § 119. См. также: ICSID. *Garanti Koza LLP v. Turkmenistan*. Case no. ARB/11/20. Decision on the Objection to Jurisdiction for Lack of Consent of 3 July 2013. § 23.

<sup>42</sup> ICSID. *Garanti Koza LLP v. Turkmenistan*. § 22.

<sup>43</sup> ICSID. *PNG Sustainable Development Program Ltd. v. Independent State of Papua New Guinea*. Case no. ARB/13/33. Award of 5 May 2015. § 255.

<sup>44</sup> Ibid.

<sup>45</sup> ICSID. *Oded Besserglik v. Republic of Mozambique*. Case no. ARB(AF)/14/2. Award of 28 October 2019. § 318.

<sup>46</sup> Ibid.

<sup>47</sup> ICSID. *Vattenfall AB and Others v. Federal Republic of Germany (II)*. Case no. ARB/12/12. Decision on the Achmea Issue of 31 August 2018. § 19. В литературе отмечается, что данная обязанность также следует из принципа «компетенции-компетенции» (нем.: *Kompetenz-Kompetenz*). См.: Cortesi G. A. Op. cit. P. 51.

<sup>48</sup> Учитывая, что, как было продемонстрировано выше, установление согласия государства на арбитраж, по сути, сводится к толкованию положений о разрешении споров в ИД в соответствии с правилами Венской конвенции о праве международных договоров 1969 года, то есть является вопросом права, а не вопросом

по своей природе в значительной степени «снимают» с арбитров обязанность самостоятельного установления согласия посредством толкования арбитражного соглашения, возлагая при этом риски неопределённости в данном вопросе на одну из сторон<sup>49</sup>. В этом контексте более обоснованным выглядит «средний путь»<sup>50</sup>, при котором не устанавливаются презумпции ни в пользу наличия согласия, ни в пользу его отсутствия, а вывод делается на основании нейтрального анализа обстоятельств дела.

На первый взгляд может показаться, что проблема распределения бремени доказывания согласия государства на арбитраж имеет «технический» характер, однако в действительности она восходит к фундаментальным политико-правовым основам системы разрешения споров между государствами и инвесторами. С одной стороны, презумпция отсутствия согласия воплощает собой представление о согласии государства на разрешение споров с иностранным инвестором как об особом «исключительном»<sup>51</sup> акте доброй воли суверена, готового подчиниться юрисдикции арбитража в споре с частным лицом, который «не должен предполагаться»<sup>52</sup>.

С другой стороны, для инвестора, пострадавшего от действий государства, право инициировать арбитражное разбирательство, как правило, является единственной реальной возможностью получить «доступ к правосудию»<sup>53</sup>, в связи с чем слишком узкое толкование арбитражного соглашения может оказаться не соответствующим целям ИД, к которым относится предоставление иностранным инвесторам независимого форума для защиты своих прав<sup>54</sup>. Наряду с вполне разумным предположением о том, что согласие государства на арбитраж не является безграничным, «в равной степени верно предполагать [и] то, что государства желают эффективного и справедливого разрешения международных инвестиционных споров»<sup>55</sup>, которое позволит «расширить перспективы иностранных инвестиций и уверенности в верховенстве права»<sup>56</sup>.

Мы видим, что в данном случае непоследовательность и противоречивость практики касаются наиболее базисных воззрений на инвестиционный арбитраж, *предрешающих* анализ обстоятельств дела в конкретных случаях, что имеет наиболее негативное влияние на систему инвестиционных споров и её легитимность в глазах мирового сообщества. При этом непоследовательность практики здесь нельзя признать обоснованной в силу того, что различные решения не предопределены особенностями арбитражных соглашений в отдельных спорах, которые в большинстве случаев сформулированы схожим образом. В данном случае противоположные точки зрения скорее обусловлены

---

факта, высказывается мнение о том, что говорить о возложении бремени доказывания на какую-либо из сторон в данном контексте не совсем корректно. Подробнее об этом см.: *Sourgens F. G.* Op. cit. P. 919–924.

<sup>49</sup> См.: *Ibid.* P. 893.

<sup>50</sup> *Рачков И.* Согласие государства на рассмотрение международных инвестиционных споров // *Международное правосудие.* 2014. № 4 (12). С. 96–122, 118.

<sup>51</sup> *Sourgens F. G.* Op. cit. P. 893.

<sup>52</sup> ICSID. *ConocoPhillips Petrozuata B.V., ConocoPhillips Hamaca B.V. and ConocoPhillips Gulf of Paria B.V. v. Bolivarian Republic of Venezuela.* Case no. ARB/07/30. Decision on Jurisdiction and Merits of 3 September 2013. § 254.

<sup>53</sup> *Sourgens F. G.* Op. cit. P. 877.

<sup>54</sup> При этом важно отметить, что в отношении согласия государства на последующее признание и приведение в исполнение решения инвестиционного арбитража международное право требует ясного и недвусмысленного акта волеизъявления и данный взгляд находит поддержку в решениях национальных судов. См., например: High Court of Australia. *Kingdom of Spain v. Infrastructure Services Luxembourg S.à.r.l. & Anor.* Case no. S43/2022. Judgment of 12 April 2023. § 19–26.

<sup>55</sup> ICSID. *PNG Sustainable Development Program Ltd. v. Independent State of Papua New Guinea.* § 257.

<sup>56</sup> *Ibid.*

априорными взглядами арбитров на природу согласия государства на передачу споров с инвесторами в арбитраж, которые могли бы следовать из совершенно случайных и никак не относящихся к спору факторов (таких, например, как политические убеждения арбитра или получение арбитром назначений только от государств или только от инвесторов)<sup>57</sup>.

### 3.2. Бремя и стандарт доказывания применительно к заявлениям о противоправном поведении (коррупции, мошенничестве и др.)

Инвестиционные споры довольно часто сопряжены с фактами, имеющими уголовно-правовой подтекст («квазиуголовную природу»<sup>58</sup>), в частности с коррупцией или мошенничеством. Государства-ответчики ссылаются на подобные фактические обстоятельства для заявления возражений против юрисдикции арбитража, приемлемости (англ.: *admissibility*) или существа требований инвесторов (так называемые возражения о незаконности (англ.: *illegality objections*)). Как правило, юридическими основаниями для возражений против незаконности выступают положения ИД, ставящие статус инвестиции как «защищаемой» гарантиями ИД (англ.: *protected investment*) в зависимость от того, была ли она сделана в соответствии с законодательством принимающего государства, или более абстрактные правовые категории, включая доктрину «нечистых рук» (англ.: *unclean hands*) или концепцию международного публичного порядка (англ.: *international public policy*)<sup>59</sup>. В некоторых случаях заявления о коррупции или противоправном административном давлении исходят от инвесторов и используются как аргументы о нарушении государством-ответчиком гарантий, предоставленных ИД<sup>60</sup>.

Одна из основных трудностей, с которыми сталкиваются инвестиционные арбитражи при разрешении указанных «квазиуголовных» заявлений, связана со стандартом доказывания, которому данные заявления должны соответствовать. Следствием этих трудностей стала проблема разрозненной и противоречивой практики, на которую многократно обращали внимание исследователи<sup>61</sup>. В частности, в некоторых делах арбитры высказывались в пользу необходимости применения повышенного стандарта доказывания, более строгого, чем стандарт «баланса вероятностей», который обычно применяется в инвестиционном арбитраже. Между тем в других случаях, связанных со сложностями доказывания, которые имманентно присущи заявлениям о коррупции или об аналогичных противоправных деяниях, арбитры прибегали к более гибким подходам, выражавшимся либо в применении стандарта «баланса вероятностей», либо в подтверждении возможности «переноса» (англ.: *shifting*) бремени доказывания на оппонента, если заявитель представил доказательства наличия «индикаторов» (англ.: *red flags*) противоправного поведения.

<sup>57</sup> Подробнее о влиянии различных социологических факторов на принятие решений арбитрами см., например: *Franck S.D., Wylie L.E. Predicting Outcomes in Investment Treaty Arbitration // Duke Law Journal. Vol. 65. 2015. No. 3. P. 459–526.*

<sup>58</sup> *Sourgens F.G., Duggal K., Laird I.A. Op. cit. P. 88.*

<sup>59</sup> См.: *Mouawad C., Beess und Chrostin J. The Illegality Objection in Investor-State Arbitration // Arbitration International. Vol. 37. 2021. No. 1. P. 57–95.*

<sup>60</sup> См.: *Draguiev D. Bad Faith Conduct of States in Violation of the “Fair and Equitable Treatment” Standard in International Investment Law and Arbitration // Journal of International Dispute Settlement. Vol. 5. 2014. No. 2. P. 273–305.*

<sup>61</sup> См.: *Giupponi B.O., Yu H.-L. Analysing Obstacles and Challenges in Fighting Corruption in Cases of Illegal Investments // Laws. Vol. 11. 2022. No. 4. P. 1–25; Wiebecke M. Op. cit.*

Так, в деле *EDF (Services) Limited v. Republic of Romania* инвестор заявлял о том, что сотрудники аппарата бывшего премьер-министра Румынии Адриана Нэстасе принуждали его к даче крупной взятки для продления договоров о размещении магазинов беспошлинной торговли в аэропорту Отопени (г. Бухарест). Согласно позиции инвестора, данные действия составляли нарушение государством обязательства предоставить справедливый и равноправный режим, согласно ДИД 1995 года между Великобританией и Румынией. В решении состав арбитража отметил, что «*бремя доказывания лежит на истце* как на стороне, заявляющей о вымогательстве взятки»<sup>62</sup>, и что «серьёзность обвинения в коррупции... [которое] касается высших должностных лиц Румынского правительства... требует представления *ясных и убедительных доказательств*»<sup>63</sup>.

О необходимости применения к заявлениям о коррупции «значительно более высокого стандарта [доказывания], чем простой баланс вероятностей», говорит также Решение от 5 июля 2022 года по делу *MOL Hungarian Oil and Gas Company Plc v. Republic of Croatia (I)*. Это дело касалось утверждений ответчика о взятках, якобы предоставленных инвестором в контексте приватизации крупнейшей хорватской энергетической компании *Industrija Nafta dd*. Особенно примечательно, что среди доводов относительно бремени доказывания состав арбитража обозначил своё непринятие идеи о возможности переноса бремени доказывания на истца: «Истец не обязан *опровергать* [заявления о] коррупции; это бы представляло собой отказ от базового правила [распределения] бремени доказывания [о том, что бремя доказывания несёт заявитель, в роли которого в данном случае выступает ответчик], для чего состав арбитража не видит оснований, *даже в случаях коррупции*. Как уже отмечалось, обвинение не может заменять собой доказательства, как и не может быть принято составом арбитража в качестве презумптивного доказательства»<sup>64</sup>. При этом возможность ссылаться на косвенные доказательства коррупции и выводы из фактов при наличии «доказательственных пробелов»<sup>65</sup>, с точки зрения состава арбитража, является «совершенно отдельным вопросом»<sup>66</sup> и не предполагает переноса бремени доказывания. В Решении от 10 декабря 2014 года по делу *Fraport AG Frankfurt Airport Services Worldwide v. The Republic of the Philippines (II)*, в котором ответчик заявлял о даче инвестором взяток филиппинским чиновникам для получения различных разрешений при осуществлении инвестиции, состав арбитража указал на то, что доказательства коррупции должны быть «ясными и убедительными»<sup>67</sup>, учитывая «последствия коррупции для возможности инвестора требовать

<sup>62</sup> ICSID. *EDF (Services) Limited v. Republic of Romania*. Case no. ARB/05/13. Award of 8 October 2009. § 232.

<sup>63</sup> *Ibid.* § 221.

<sup>64</sup> ICSID. *MOL Hungarian Oil and Gas Company Plc v. Republic of Croatia (I)*. Case no. ARB/13/32. Award of 5 July 2022. § 505. См. также Решение от 6 мая 2013 года по делу *The Rompetrol Group N.V. v. Romania*, в котором состав арбитража не согласился с аргументом истца о том, что при представлении доказательств, *prima facie* подтверждающих заявления об осуществлении румынскими властями административного давления в отношении истца, бремя доказывания должно быть перенесено на ответчика: «Состав арбитража не в восторге от аргументов, согласно которым бремя доказывания в определённых обстоятельствах может переходить от стороны, которая его изначально несла, к другой стороне и после, вероятно, переходить обратно к изначальной первой стороне. По мнению состава арбитража, подобные аргументы без всякой пользы смешивают отдельные вопросы о том, кто должен обосновывать определённое заявление, и о том, было ли данное заявление действительно обосновано доказательствами». См.: ICSID. *The Rompetrol Group N.V. v. Romania*. Case no. ARB/06/3. Award of 6 May 2013. § 178.

<sup>65</sup> ICSID. *MOL Hungarian Oil and Gas Company Plc v. Republic of Croatia (I)*. § 505.

<sup>66</sup> *Ibid.*

<sup>67</sup> ICSID. *Fraport AG Frankfurt Airport Services Worldwide v. The Republic of the Philippines (II)*. Case no. ARB/11/12. Award of 10 December 2014. § 479.

защиты по ДИД»<sup>68</sup>, и что «ответчик *продолжает нести окончательное бремя доказывания* своих юрисдикционных возражений»<sup>69</sup>.

При этом в ряде решений либо высказываются доводы против повышенного стандарта доказывания, либо утверждается возможность переноса бремени доказывания на оппонента при предоставлении заявителем косвенных доказательств. Об этом, в частности, говорится в Решении от 22 августа 2017 года по делу *Karkey Karadeniz Elektrik Uretim A.S. v. Islamic Republic of Pakistan*, в котором состав арбитража рассматривал возражения ответчика против юрисдикции, основанные на предполагаемых нарушениях истцом законодательства о публичных закупках посредством мошенничества и коррупции. Состав арбитража подтвердил применимость стандарта «ясных и убедительных доказательств»<sup>70</sup>, однако подчеркнул, что «состав арбитража... может перенести бремя доказывания... на [истца], если... убедится в наличии недвусмысленных доказательств, *prima facie* подтверждающих [заявления ответчика]»<sup>71</sup>.

В свою очередь, в Решении от 8 октября 2021 года по делу *Penwell Business Limited (by MegaCom) v. Kyrgyz Republic* состав арбитража отверг идею применения к заявлениям о противоправных деяниях, включая коррупцию, повышенного стандарта доказывания, указав следующее: «Состав арбитража не видит каких-либо убедительных причин, почему *за пределами области уголовного права* к заявлениям о незаконности должен применяться повышенный стандарт доказывания. В области уголовного права стандарт доказывания должен быть высоким, так как на карту поставлен риск несправедливого наказания невиновного. За пределами этой области на кону стоят [равнозначные] интересы двух лиц, истца и ответчика, и было бы парадоксально, если бы интересы последнего ущемлялись серьёзностью предполагаемого неправомерного поведения первого»<sup>72</sup>. Схожие взгляды, объявляющие необоснованным «завышение» стандарта доказывания сообразно «серьёзности» заявлений, отражены в решениях по делам *Unión Fenosa Gas, S.A. v. Arab Republic of Egypt*<sup>73</sup> и *Tokios Tokelés v. Ukraine*<sup>74</sup>.

Здесь, как и в случае с практикой толкования арбитражных соглашений в ИД, перед нами снова оказываются группы решений, подходы которых находятся на противоположных концах спектра. В то же время такие различия во взглядах, с нашей точки зрения, нельзя считать малозначительными, так как они существенным образом влияют на результат рассмотрения дела. Несмотря на отсутствие возможности заранее «математически» оценить, какой набор фактов будет соответствовать стандарту доказывания,

<sup>68</sup> ICSID. *Fraport AG Frankfurt Airport Services Worldwide v. The Republic of the Philippines (II)*. § 479.

<sup>69</sup> Ibid. § 299.

<sup>70</sup> ICSID. *Karkey Karadeniz Elektrik Uretim A.S. v. Islamic Republic of Pakistan*. Case no. ARB/13/1. Award of 22 August 2017. § 492.

<sup>71</sup> Ibid. § 497. В доктрине находит поддержку идея, согласно которой при разрешении заявлений о коррупции и распределении бремени доказывания арбитражам следует учитывать возможную асимметрию в доступе к доказательствам и при уклонении стороны, несущей бремя доказывания, от представления доказательств делать в её отношении «неблагоприятные выводы» (англ.: *adverse inferences*). См.: *Schilling de Carvalho P., Della Valle M. Corruption Allegations in Arbitration: Burden and Standard of Proof, Red Flags, and a Proposal for Systematization // Journal of International Arbitration*. Vol. 34. 2022. No. 6. P. 817–861, 833–841. К примеру, асимметрия в доступе к доказательствам может быть обусловлена исключительным доступом правоохранительных органов государства-ответчика к материалам уголовного дела, что, в свою очередь, может быть расценено в качестве довода в пользу переноса бремени доказывания на ответчика и последующего неблагоприятного вывода при уклонении ответчика от представления доказательств.

<sup>72</sup> Permanent Court of Arbitration. *Penwell Business Limited (by MegaCom) v. Kyrgyz Republic*. Case no. 2017-31. Final Award of 8 October 2021. § 334.

<sup>73</sup> ICSID. *Unión Fenosa Gas, S.A. v. Arab Republic of Egypt*. Case no. ARB/14/4. Award of 31 August 2018. § 7.52.

<sup>74</sup> ICSID. *Tokios Tokelés v. Ukraine*. Case no. ARB/02/18. Award of 26 July 2007. § 124.



предлагаемому в тех или иных решениях, очевидно, что постулирование повышенного стандарта доказывания как минимум на психологическом уровне влияет на дальнейший анализ арбитра<sup>75</sup>. Вполне вероятно, что арбитр, став «заложником» требовательного стандарта доказывания, установленного им самим же, будет более скептически настроен в отношении доказательств, которые при ином стандарте доказывания позволили бы установить соответствующий факт. В свою очередь, возможность переноса бремени доказывания и вместе с ним рисков неопределённости в отношении существования факта на оппонента при представлении заявителем косвенных доказательств, подтверждающих заявления лишь *prima facie*, несомненно, способна придать арбитрам «храбрости» в их обращении с доказательствами.

При этом такую полярность подходов вновь нельзя обосновать юридической или фактологической спецификой конкретных дел, ведь ИД или арбитражные правила не излагают уголовно-правовых составов с определениями конкретных преступлений и *ни-как не регулируют* возникающие в связи с ними вопросы стандарта доказывания или распределения бремени доказывания. Получается, что вывод о том или ином стандарте доказывания или о возможности (пусть и теоретической) переноса бремени доказывания в ходе разбирательства вновь детерминирован идеями и представлениями конкретного состава арбитража о «серьёзности» определённых заявлений или о релевантности подходов национальных судов к схожим вопросам, которые лежат далеко за пределами применимого права и обстоятельств конкретного дела.

#### **4. Направления реформы системы урегулирования инвестиционных споров и их релевантность в контексте противоречивой практики по вопросам доказывания**

Из документов Рабочей группы следует, что в контексте проблемы непоследовательности и противоречивости практики инвестиционных арбитражей сегодня обсуждаются следующие опции реформы. Во-первых, некоторые государства предлагают реформы, имеющие институциональный характер и предполагающие пересмотр существующей системы инвестиционных споров, включая создание механизмов пересмотра арбитражных решений, а также создание постоянного МИС. Во-вторых, на повестке дня также находятся направления реформы, не заключающие в себе институциональных целей и касающиеся правовой базы системы разрешения инвестиционных споров, прежде всего принятие официальных инструментов толкования ИД, которые будут обязательны для арбитров.

Ниже мы рассмотрим содержание отдельных предложений реформы, нацеленных на решение проблемы противоречивой практики инвестиционных арбитражей, для того чтобы оценить, насколько обсуждаемые решения способны повлиять на проблему противоречивой практики по вопросам доказывания.

##### **4.1. Институциональные направления реформы: многосторонний инвестиционный суд и самостоятельный апелляционный орган**

В качестве одной из основных причин противоречивой и непоследовательной практики инвестиционных арбитражей указывается текущая институциональная структура си-

<sup>75</sup> См.: *Clermont K.M., Sherwin E. A Comparative View of Standards of Proof // The American Journal of Comparative Law. Vol. 50. 2002. No. 2. P. 243–275, 262–263.*

стемы разрешения инвестиционных споров. По мнению некоторых авторов, она представляет собой нечто вроде «мешанины из договоров и третейских судов»<sup>76</sup>: споры, вытекающие из одних ИД или предполагающие разрешение схожих юридических вопросов, рассматриваются независимыми друг от друга арбитражами, в сущности, не имеющими обязанности следовать уже сложившимся подходам и, таким образом, не обладающими стимулом создавать последовательность в практике разрешения вопросов международного инвестиционного права. При этом «арбитражные решения носят окончательный характер и могут быть пересмотрены только с помощью процедур отмены или приведения в исполнение во внутренних судах», и в связи с этим «ограниченные основания для пересмотра могут создавать системные проблемы в обеспечении последовательности [практики инвестиционных арбитражей] и правильности [арбитражных решений]»<sup>77</sup>.

Особняком стоит Международный центр по урегулированию инвестиционных споров (*далее* — МЦУИС), имеющий собственную систему обжалования арбитражных решений, вынесенных в рамках МЦУИС, *ad hoc* комитетами по отмене (англ.: *annulment committees*). Эти комитеты формируются отдельно по каждому заявлению об отмене арбитражного решения. В этой связи уровень последовательности решений, который можно ожидать от комитетов по отмене МЦУИС, «в лучшем случае умеренный»<sup>78</sup>, не говоря уже об их соответствии решениям, вынесенным инвестиционными арбитражами вне МЦУИС.

В соответствии с описанным характером причин, по которым практика инвестиционных арбитражей оказывается противоречивой, предлагаются системные изменения в виде внедрения новых институтов. Последние, по мысли сторонников данной точки зрения, должны привести деятельность существующих органов разрешения споров «к общему знаменателю». В частности, инициативой ЕС является создание МИС — самостоятельного международного суда, включающего в себя суд первой инстанции и собственный апелляционный орган, а также постоянных судей, которые назначаются специальным органом в структуре МИС<sup>79</sup>. Кроме того, звучат предложения о создании самостоятельного апелляционного органа, который будет уполномочен пересматривать арбитражные решения и функции которого будут заключаться «в обеспечении [их] процессуально-правовой и материально-правовой правильности»<sup>80</sup>. Это должно «способ-

<sup>76</sup> *Zarra G.* Op. cit. P. 155.

<sup>77</sup> Комиссия ООН по праву международной торговли. Доклад Рабочей группы III (Реформирование системы урегулирования споров между инвесторами и государствами) о работе ее тридцать пятой сессии (Нью-Йорк, 23–27 апреля 2018 года). Документ ООН A/CN.9/935. 14 мая 2018 года. § 39. URL: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/V18/029/61/PDF/V1802961.pdf?OpenElement> (дата обращения: 23.06.2023).

<sup>78</sup> *Gantz D.A.* An Appellate Mechanism for Review of Arbitral Decisions in Investor-State Disputes // *Vanderbilt Law Review*. Vol. 39. 2021. No. 1. P. 39–76, 50. См. также: *Ten Cate I.* The Costs of Consistency: Precedent in Investment Treaty Arbitration // *Columbia Journal of Transnational Law*. Vol. 51. 2013. P. 418–478, 427–435.

<sup>79</sup> Сегодня аналогичная модель уже реализована в ряде инвестиционных договоров с участием ЕС. См., например: *Comprehensive Economic and Trade Agreement between Canada, of the one part, and the European Union and its Member States, of the other part*. Chapter 8. Section F. URL: <https://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-10973-2016-INIT/en/pdf> (дата обращения: 23.06.2023).

<sup>80</sup> Комиссия ООН по праву международной торговли. Возможная работа по реформированию системы урегулирования споров между инвесторами и государствами (УСИГ): последовательность и смежные вопросы. Записка Секретариата. § 45.

ствовать улучшению последовательности, согласованности и предсказуемости»<sup>81</sup> практики инвестиционных арбитражей<sup>82</sup>.

Помимо решения проблемы непоследовательной практики, создание таких постоянных учреждений ставит своей целью обеспечение независимости и беспристрастности арбитров. Эти арбитры будут иметь статус постоянных судей МИС или самостоятельного апелляционного органа<sup>83</sup>. Внедрение МИС или самостоятельного апелляционного органа в текущую систему разрешения инвестиционных споров планируется путём заключения нового ИД либо внесения изменений в положения существующих ИД, касающиеся порядка разрешения инвестиционных споров, а также в Вашингтонскую конвенцию 1965 года<sup>84</sup>.

На наш взгляд, подобная «перестройка» системы разрешения инвестиционных споров, несомненно, будет иметь положительный эффект и обеспечит бóльшую последовательность практики толкования и применения положений ИД. В равной степени это должно коснуться и практики по вопросам доказывания, так как подходы будут формироваться одним органом, который при поступлении к нему на рассмотрение новых споров с высокой степенью вероятности будет следовать ранее выработанным позициям. Опыт наиболее известных международных судебных органов подтверждает, что следствием наличия системы с единым «центром» принятия авторитетных разъяснений и пересмотра ранее вынесенных решений, прежде всего Апелляционного органа ВТО, является в целом достаточно последовательная правоприменительная практика<sup>85</sup>. Распределение бремени доказывания и выбор стандарта доказывания в отношении фактов, необходимых для установления юрисдикции состава арбитража, в таком случае действительно станут более предсказуемыми для участников споров.

<sup>81</sup> Комиссия ООН по праву международной торговли. Возможная работа по реформированию системы урегулирования споров между инвесторами и государствами (УСИГ). Механизмы апелляции и многостороннего суда. Записка Секретариата. Документ ООН A/CN.9/WG.III/WP.185. 29 ноября 2017 года. § 7. URL: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/LTD/V19/113/59/PDF/V1911359.pdf?OpenElement> (дата обращения: 23.06.2023).

<sup>82</sup> Отметим, что перспективность институциональных реформ системы разрешения инвестиционных споров является темой, которой на данный момент посвящено уже значительное количество научных трудов, затрагивающих широкий спектр проблем, включая, например, исполнимость решений МИС и апелляционного органа в рамках существующих механизмов (прежде всего Нью-Йоркской конвенции 1958 года), а также круг оснований для пересмотра арбитражных решений апелляционной инстанцией. См., например: *Lee S.-W.* ISDS Reform: Analysis on Establishing a Multilateral Investment Court System // *Arbitration: The International Journal of Arbitration, Mediation and Dispute Management*. Vol. 87. 2021. No. 4. P. 484–506. Однако, как уже отмечалось выше, эти и иные опции реформы в настоящей статье рассматриваются прежде всего в контексте противоречивой практики по вопросам доказывания.

<sup>83</sup> Подробнее о процедуре отбора и назначения членов постоянного механизма по урегулированию инвестиционных споров см.: Комиссия ООН по праву международной торговли. Возможная работа по реформированию системы урегулирования споров между инвесторами и государствами (УСИГ). Отбор и назначение членов третейского суда по УСИГ. Записка Секретариата. Документ ООН A/CN.9/WG.III/WP.203. 16 ноября 2020 года. URL: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/LTD/V20/065/91/PDF/V2006591.pdf?OpenElement> (дата обращения: 23.06.2023).

<sup>84</sup> См.: Комиссия ООН по праву международной торговли. Возможная работа по реформированию системы урегулирования споров между инвесторами и государствами (УСИГ). Механизмы апелляции и многостороннего суда. Записка Секретариата. § 45–48, 59–60.

<sup>85</sup> См.: *Howard D.M.* Creating Consistency through a World Investment Court // *Fordham International Law Journal*. Vol. 41. 2017. No. 1. P. 1–52, 37. В литературе также подчёркивается, что наличие в системе разрешения инвестиционных споров апелляционного органа потенциально способно в значительной степени «повысить авторитет арбитражных решений». См.: *Рачков И.В., Магомедова О.С.* Инвестиционный суд: обзор инициативы ЕС // *Московский журнал международного права*. 2019. № 2. С. 54–69, 63.

Однако имеет ли институциональная реформа какие-то недостатки? В документах Рабочей группы, а также в международно-правовой доктрине отмечается, что единообразие правоприменительной практики не следует рассматривать как универсальную ценность, достигнуть которую необходимо любой ценой, ведь «механическая последовательность юридически невозможна и не всегда даже является желаемым идеалом»<sup>86</sup>. Так, в Отчёте Комиссии международного права ООН о фрагментации 2006 года было отмечено: «...согласованность является формальным и абстрактным достоинством. Правовую систему, которая в каких-то отношениях считается несправедливой или неработающей, ничуть не красит факт ее согласованности. Поэтому наряду с согласованностью основополагающим достоинством системы должен считаться плюрализм»<sup>87</sup>.

Определённая степень разнородности позиций в каком-то смысле является естественным атрибутом живой правовой системы, в которой происходит активное обсуждение значимых вопросов права. Между тем единый орган рискует оказаться заложником собственных позиций и взглядов, которые могут стать предметом критики со стороны участников споров и при этом будут воспроизводиться в решениях снова и снова. В итоге это может привести возникшую систему к новому кризису легитимности.

Критики также указывают на то, что создание системы, в которой стороны уже не будут сами назначать арбитров для конкретного спора, вместо обеспечения независимости арбитров будет лишь больше «политизировать»<sup>88</sup> систему разрешения инвестиционных споров, так как государства в любом случае будут иметь сильное влияние на формирование состава арбитража, а также на принятие решения в тех случаях, когда арбитром будет выступать гражданин государства, являющегося стороной спора<sup>89</sup>.

С другой стороны, институциональная автономность арбитров от сторон спора может оказывать негативное влияние на процесс установления фактов при рассмотрении споров в первой инстанции МИС. В частности, это может привести к феномену повышенной независимости арбитров (англ.: *self-reliance*)<sup>90</sup> в сфере установления обстоятельств дела, в связи с которой арбитры при постоянном МИС будут в меньшей степени полагаться на стороны спора в вопросах сбора доказательств, как это происходит в инвестиционном арбитраже, имеющем в его нынешней форме более состязательную природу. С опорой на опыт существующих международных судебных органов, прежде всего — на практику Международного Суда ООН, исследователи отмечают, что в таких ситуациях арбитры предпочтут придерживаться пассивного подхода к сбору доказательств, опираться в основном на письменные доказательства и воздерживаться от предоставления сторонам возможности «проверки» (англ.: *testing*) доказательств путём, например, перекрёстного допроса свидетелей или экспертов<sup>91</sup>. В таком случае возникает риск того, что арбитры не будут иметь достаточного объёма информации и доказательств для корректной оценки фактической стороны дела<sup>92</sup> и вновь окажутся вынуждены прибегать

<sup>86</sup> Brown C., Ortino F., Arato J. Op. cit. P. 24.

<sup>87</sup> Комиссия международного права. Фрагментация международного права: трудности, обусловленные диверсификацией и расширением сферы охвата международного права. Доклад Исследовательской группы Комиссии международного права. Окончательно подготовлен Марти Коскенниemi. Документ ООН A/CN.4/L.682. 13 апреля 2006 года. § 491. URL: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/LTD/G06/610/79/PDF/G0661079.pdf?OpenElement> (дата обращения: 23.06.2023).

<sup>88</sup> Кайсин Д. В., Демина М. О. Международный инвестиционный суд: быть или не быть? // Журнал зарубежного законодательства и сравнительного правоведения. 2018. № 4. С. 89–95, 94.

<sup>89</sup> См.: Zarra G. Op. cit. P. 176.

<sup>90</sup> См.: Swinehart M. W. Op. cit. P. 305.

<sup>91</sup> См.: Ibid.

<sup>92</sup> См.: Ibid. P. 306.

к различным презумпциям и переносу бремени доказывания, применение которых в отсутствие понятных правил в перспективе может вновь подвергнуть угрозе легитимность системы разрешения инвестиционных споров.

#### 4.2. Иные направления реформы: развитие правовой базы

Помимо глобальных институциональных реформ, рассматриваются действия, направленные на обновление правовой базы текущей системы разрешения инвестиционных споров, прежде всего — ИД. В частности, Рабочая группа приводит механизмы, которые бы позволили обеспечить возможность принятия сторонами ИД совместных инструментов по толкованию ИД, которые бы имели обязательный характер для арбитров<sup>93</sup>.

Трудно поспорить с тем, что при наличии международно-правового инструмента, чётко разъясняющего то или иное положение ИД, вероятность возникновения противоречивой или непоследовательной практики по соответствующему вопросу сильно сократится. Это в равной степени относится к практике по вопросам доказывания, ведь теоретически стороны могут включить в соответствующие инструменты толкования разъяснения относительно бремени и/или стандарта доказывания обстоятельств, необходимых для применения тех или иных положений ИД (в частности, арбитражных соглашений).

Однако имплементация рассматриваемого предложения с высокой вероятностью столкнётся с рядом практических препятствий. Во-первых, консенсус относительно подходов к толкованию положений ИД потребует «сложного политического процесса»<sup>94</sup> в виде переговоров между государствами и учёта в тексте подобных разъяснений интересов всех участников, что уже представляется достаточно трудной задачей. К тому же в лучшем случае такой консенсус будет касаться одного конкретного ИД, что само по себе не означает, что аналогичный эффект будет существовать для практики применения иных ИД, по которым официальные инструменты толкования ещё не были приняты. Во-вторых, как указывалось выше, соображения, определяющие распределение бремени доказывания или применимый стандарт доказывания в конкретных случаях, чаще всего находятся за пределами положений ИД и следуют скорее из абстрактных принципов (например, принципа ограничительного толкования согласия государства на арбитраж), пределы и порядок применения которых в спорах в рамках конкретного ИД детально предусмотреть заранее практически невозможно.

В литературе обращалось внимание на значение формальных правил и процедурных предписаний для процесса установления фактов в международных судах и арбитражах. По мнению некоторых авторов, регулирование процессуальных аспектов разрешения споров через подробные правила и регламенты (англ.: *rules-based approach*) позволяет оказывать «сдерживающее влияние»<sup>95</sup> на суд или арбитраж. Подобное влияние правил доказывания на процесс принятия решения выражается в обеспечении «интеллекту-

<sup>93</sup> Подробнее об этом см.: Комиссия ООН по праву международной торговли. Возможная работа по реформированию системы урегулирования споров между инвесторами и государствами (УСИГ). Толкование инвестиционных договоров их сторонами. Записка Секретариата. Документ ООН A/CN.9/WG.III/WP.191. 17 января 2020 года. § 6. URL: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/LTD/V20/004/05/PDF/V2000405.pdf?OpenElement> (дата обращения: 23.06.2023).

<sup>94</sup> Brown C., Ortino F., Arato J. Op. cit. P. 24.

<sup>95</sup> Swinehart M. W. Op. cit. P. 322.

альной строгости и качества»<sup>96</sup> мотивов решения суда или арбитража в вопросах доказательств, которые не допускают отхода от правил при лишь «притянудом за уши обосновании»<sup>97</sup>, что сегодня в международном праве редко достигается имеющимися инструментами, сформулированными «сравнительно широким и общим [образом]»<sup>98</sup>. Последнее особенно справедливо в отношении проблем распределения бремени доказывания и определения стандартов доказывания в инвестиционном арбитраже, для решения которых, как отмечалось, на сегодняшний день совершенно отсутствуют какие-либо формальные инструменты.

В то же время вопросы бремени и стандарта доказывания не требуют непременно детального и скрупулёзного описания в формальных источниках. В основном решения указанных вопросов восходят к различным абстрактным принципам, которые могут находить различное выражение в зависимости от обстоятельств конкретного дела, поэтому вполне достаточно было бы отразить данные принципы и пределы их применения в сводах разъяснений или руководств. Арбитры могли бы использовать указанные инструменты в качестве неких «аналитических рамок»<sup>99</sup> (англ.: *analytical frameworks*) для принятия решений по вопросам доказывания, сохраняя при этом за собой определённую свободу усмотрения, необходимую для того, чтобы «подстроиться под потребности конкретного спора»<sup>100</sup>. Наличие подобных «рамок» одновременно повысило бы качество арбитражных решений, ведь любой выход арбитров за их пределы требовал бы более детального обоснования<sup>101</sup>.

Предлагаемые руководства могли бы содержать положения, охватывающие наиболее острые вопросы практики инвестиционных арбитражей по вопросам доказывания и предлагающие взвешенные варианты решений, в том числе положения, которые:

- вводили бы дефиниции таких основных понятий, как «бремя доказывания», «стандарт доказывания» и др.;
- уточняли бы, подлежит ли тот или иной факт, касающийся юрисдикции состава арбитража (в том числе факт согласия государства на арбитраж), доказыванию какой-либо из сторон или же является предметом обязанности состава арбитража по установлению собственной юрисдикции;
- разъясняли бы содержание применяемых на практике стандартов доказывания, таких как стандарты *prima facie*, «баланса вероятностей» или «ясных и убедительных доказательств»;
- описывали бы условия переноса бремени доказывания на оппонента в ходе разбирательства в зависимости от представленных заявителем доказательств.

Разработка и принятие подобного руководства по вопросам доказывания в инвестиционном арбитраже могли бы быть осуществлены под эгидой наиболее крупных и авторитетных арбитражных учреждений, таких как МЦУИС, Постоянная палата тре-

<sup>96</sup> Swinehart M. W. Op. cit. P.322.

<sup>97</sup> Ibid.

<sup>98</sup> Ibid. P.321.

<sup>99</sup> Ibid. P.325.

<sup>100</sup> Ibid. P.326.

<sup>101</sup> На сегодняшний день отсутствуют какие-либо документы, которые бы излагали руководящие принципы, касающиеся вопросов бремени и стандартов доказывания в международном арбитраже. Наиболее известный и широко применяемый источник «мягкого права» в сфере доказательств — Правила МАЮ по получению доказательств в международном арбитраже — фокусируется в основном на вопросах получения и оценки доказательств, никак при этом не регулируя возникающие на практике вопросы, связанные с распределением бремени доказывания или определением применимого стандарта доказывания. См.: Duggal K. Op. cit. P.8.

тейского суда или Арбитражный институт Стокгольмской торговой палаты. При этом необходимо, чтобы процесс обсуждения проектных документов обеспечивал возможность для всех заинтересованных участников, включая государства и представителей бизнес-сообщества, участвовать в нём и направлять свои предложения. Несомненным преимуществом данного подхода является то, что его внедрение требует меньше издержек и ресурсов, чем полномасштабные структурные изменения в виде создания МИС или апелляционного органа либо принятия государствами официальных инструментов толкования ИД.

## 5. Заключение

В дискуссиях о способах, которыми можно обеспечить большую легитимность системы разрешения инвестиционных споров, из поля зрения ускользает важнейшая функция инвестиционных арбитражей как юрисдикционных органов — установление фактических обстоятельств дела. Между тем то, насколько корректно факты дела были отражены в решении и какими нормами при этом руководствовался состав арбитража, несомненно, будет влиять на его легитимность в глазах участников споров. Следовательно, легитимность будет зависеть от того, насколько последовательно арбитры постулируют и применяют нормы и принципы, регулирующие установление обстоятельств дела, и в частности от того, насколько данные нормы и принципы позволяют получить «достаточно точную картину фактов... [и] способствуют равному отношению к сторонам и лучшей реализации целей, преследуемых материальным правом»<sup>102</sup>. В связи с этим можно сделать вывод о том, что непоследовательная практика инвестиционных арбитражей, влекущая за собой отсутствие определённости и предсказуемости в отношении того, как состав арбитража будет осуществлять «поиск истины», является серьёзным вызовом для легитимности текущего режима урегулирования инвестиционных споров.

Мы увидели, что предлагаемые направления реформы лишь отчасти решают проблему непоследовательной практики инвестиционных арбитражей в вопросах доказывания, равно как и другие проблемы, обозначенные Рабочей группой. Институциональные изменения в виде создания МИС или автономного апелляционного органа имеют несомненный потенциал в решении вопроса противоречивой практики, однако ставят перед сторонниками реформы новые проблемы, требующие, в свою очередь, отдельных решений. В таком случае выбор в пользу институциональных опций рискует стать «игрой с нулевой суммой», а принятие обязательных инструментов толкования хотя и является теоретически эффективным способом, тем не менее представляется тяжело реализуемым на практике, поскольку, вероятно, потребует инициирования сложного процесса переговоров между государствами, не гарантирующего достижение консенсуса, а также не решит проблему полностью, если такие переговоры не будут касаться значительной части действующих ИД.

В этой связи нам представляется перспективным взгляд в сторону инструментов «мягкого права», которые бы обозначали общепризнанные принципы и на которые арбитры могли бы ориентироваться при решении вопросов, касающихся бремени и стандартов доказывания. Такой подход при этом не исключает параллельной работы над разработкой и имплементацией иных преобразований системы разрешения инвестиционных споров, в том числе институциональных, если они будут находить достаточную поддержку.

<sup>102</sup> *Clermont K. M., Sherwin E. Op. cit. P.270.*

### Библиографическое описание:

Нальгиев А. Непоследовательность практики инвестиционных арбитражей по вопросам доказывания: может ли реформа что-то предложить? // Международное правосудие. 2023. № 3 (47). С. 65–87. EDN ZAAJTG.

### Inconsistency in the practice of investment tribunals on issues of proof: does the reform have anything to offer?

Adam Nal'giev

Ph.D. Student, School of International Law, Faculty of Law, Higher School of Economics, Moscow, Russia (e-mail: analgiev@hse.ru).

#### Abstract

Reform of the existing system of investment dispute settlement has been on the agenda of the United Nations Commission on International Trade Law (UNCITRAL) for several years now. One of the main problems negatively affecting the legitimacy of the current regime is the inconsistent practice of investment tribunals pertaining to the application of investment treaties. States have suggested different solutions, including institutional reforms such as creating a multilateral investment court or a permanent appellate body, as well as the development and adoption of instruments of authoritative interpretation. However, these options have been discussed exclusively in relation to the practice of investment tribunals regarding the interpretation and application of provisions of investment treaties, while what remains unaddressed is the practice regarding issues that seldom find any embodiment in the text of investment treaties, specifically, issues of burden of proof and standard of proof. In this article, the author discusses the problem of inconsistent practice of investment tribunals regarding burden of proof and standard of proof that had previously been widely covered in academic literature. The author demonstrates that, on various issues pertaining to the allocation of burden of proof or determining the standard of proof applicable to certain factual statements, investment tribunals frequently come to diametrically opposed conclusions which are not predetermined by the applicable law or the circumstances of the particular case. As a result, this practice has a negative influence on the existing system of settlement of investment disputes. The author seeks to evaluate the extent to which the reform options are capable of tackling the problem described, as well as whether proposals of additional directions of reform, namely the adoption of “soft law” instruments on the issues of burden and standards of proof as guiding principles, are capable of doing this.

#### Keywords

investment arbitration; investment disputes; reform; inconsistent practice; burden of proof; standards of proof.

#### Citation

Nal'giev A. (2023) Neposledovatel'nost' praktiki investitsionnykh tribunalov po voprosam dokazyvaniya: mozhет li reforma chto-to predlozhit'? [Inconsistency in the practice of investment tribunals on issues of proof: does the reform have anything to offer?]. *Mezhdunarodnoe pravosudie*, vol. 13, no. 3, pp. 65–87. (In Russian).

#### References

- Arato J. (2016) The Logic of Contract in the World of Investment Treaties. *William & Mary Law Review*, vol. 58, no. 2, pp. 351–417.
- Brown C., Ortino F., Arato J. (2019) Parsing and Managing Inconsistency in Investor-State Dispute Settlement. *Academic Forum on ISDS Concept Paper*. Available at: <https://repository.law.umich.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1214&context=other> (accessed: 23.06.2023).
- Clermont K. M., Sherwin E. (2002) A Comparative View of Standards of Proof. *The American Journal of Comparative Law*, vol. 50, no. 2, pp. 243–275.



- Cortesi G. A. (2022) *Proof and the Burden of Proof in International Investment Law*, Cham: Springer.
- Draguiev D. (2014) Bad Faith Conduct of States in Violation of the “Fair and Equitable Treatment” Standard in International Investment Law and Arbitration. *Journal of International Dispute Settlement*, vol. 5, no. 2, pp. 273–305.
- Duggal K. (2019) *Principles of Evidence in Investor-State Arbitration: Burden, Standards, Presumptions & Inferences*: Ph.D. Dissertation, Leiden: Leiden University.
- Franck S. D. (2005) The Legitimacy Crisis in Investment Treaty Arbitration: Privatizing Public International Law through Inconsistent Decisions. *Fordham Law Review*, vol. 73, no. 4, pp. 1521–1625.
- Franck S. D., Wylie L. E. (2015) Predicting Outcomes in Investment Treaty Arbitration. *Duke Law Journal*, vol. 65, no. 3, pp. 459–526.
- Gantz D. A. (2021) An Appellate Mechanism for Review of Arbitral Decisions in Investor-State Disputes. *Vanderbilt Law Review*, vol. 39, no. 1, pp. 39–76.
- Grebel'skiy A. V. (2017) *Dokazatel'stva v mezhdunarodnom kommercheskom arbitrazhe*: Dis. ... kand. jurid. nauk [Evidence in international commercial arbitration: Cand. in law sci. diss.], Moscow. (In Russian).
- Giupponi B. O., Yu H.-L. (2022) Analysing Obstacles and Challenges in Fighting Corruption in Cases of Illegal Investments. *Laws*, vol. 11, no. 4, pp. 1–25.
- Howard D. M. (2017) Creating Consistency through a World Investment Court. *Fordham International Law Journal*, vol. 41, no. 1, pp. 1–52.
- Kaysin D. V., Demina M. O. (2018) Mezhdunarodnyy investitsionnyy sud: byt' ili ne byt'? [International investment court: to be or not to be?]. *Zhurnal zarubezhnogo zakonodatel'stva i sravnitel'nogo pravovedeniya*, no. 4, pp. 89–95. (In Russian).
- Lee S.-W. (2021) ISDS Reform: Analysis on Establishing a Multilateral Investment Court System. *Arbitration: The International Journal of Arbitration, Mediation and Dispute Management*, vol. 87, no. 4, pp. 484–506.
- Mouawad C., Beess und Chrostin J. (2021) The Illegality Objection in Investor-State Arbitration. *Arbitration International*, vol. 37, no. 1, pp. 57–95.
- Puig S., Shaffer G. (2018) Imperfect Alternatives: Institutional Choice and the Reform of Investment Law. *American Journal of International Law*, vol. 112, no. 3, pp. 361–409.
- Rachkov I. (2014) Soglasie gosudarstva na rassmotrenie mezhdunarodnykh investitsionnykh sporov [The state consent to the resolution of its disputes with foreign investors]. *Mezhdunarodnoe pravosudie*, vol. 4, no. 4, pp. 96–122. (In Russian).
- Rachkov I. (2016) Reforma mezhdunarodno-pravovogo uregulirovaniya sporov mezhdru inostrannymi investorami i gosudarstvami [Reforming international resolution of disputes between foreign investors and host states]. *Mezhdunarodnoe pravosudie*, vol. 6, no. 3, pp. 118–136. (In Russian).
- Rachkov I. V., Magomedova O. S. (2019) Investitsionnyy sud: obzor initsiativy ES [Investment court: review of the EU initiative]. *Moskovskiy zhurnal mezhdunarodnogo prava*, no. 2, pp. 54–69. (In Russian).
- Sabahi B., Rubins N., Wallace D., Jr. (2019) *Investor-State Arbitration*, 2nd ed., Oxford: Oxford University Press.
- Schilling de Carvalho P., Della Valle M. (2022) Corruption Allegations in Arbitration: Burden and Standard of Proof, Red Flags, and a Proposal for Systematization. *Journal of International Arbitration*, vol. 34, no. 6, pp. 817–861.
- Sourgens F. G. (2013) By Equal Contest of Arms: Jurisdictional Proof in Investor-State Arbitrations. *North Carolina Journal of International Law*, vol. 38, no. 3, pp. 875–954.
- Sourgens F. G., Duggal K., Laird I. (2018) *Evidence in International Investment Arbitration*, Oxford: Oxford University Press.

- Swinehart M. W. (2020) Institutionalism, Legitimacy, and Fact-Finding in International Disputes. *Florida State University Law Review*, vol. 47, no. 2, pp. 279–336.
- Ten Cate I. (2013) The Costs of Consistency: Precedent in Investment Treaty Arbitration. *Columbia Journal of Transnational Law*, vol. 51, pp. 418–478.
- Vecchione E. (2011) Science for the Environment: Examining the Allocation of the Burden of Uncertainty. *European Journal of Risk Regulation*, vol. 2, no. 2, pp. 227–239.
- Zarra G. (2018) The Issue of Incoherence in Investment Arbitration: Is There Need for a Systemic Reform? *Chinese Journal of International Law*, vol. 17, no. 1, pp. 137–185.
- Wiebecke M. (2022) The Investment Treaty Arbitration Review: Evidence and Proof. *The Law Reviews*. 14 June. Available at: <https://thelawreviews.co.uk/title/the-investment-treaty-arbitration-review/evidence-and-proof> (accessed: 23.06.2023).