

Реализация прав человека в международных инвестиционных правоотношениях: отдельные вопросы практики разрешения споров

Аннотация. Статья посвящена отдельным положениям комплексного исследования реализации прав человека в международных инвестиционных правоотношениях. Автором предпринята попытка раскрыть актуальность осуществляемого исследования и оценить значение взаимодействия международного инвестиционного права и международного права прав человека в современных реалиях. В рамках статьи раскрываются основные варианты взаимодействия международного инвестиционного права и международного права прав человека как в материальном, так и в процессуальном аспекте. Основное внимание автор акцентирует на практике разрешения международных инвестиционных споров в отношении действий принимающего государства со ссылкой на защиту прав человека как одним из вариантов проявления взаимосвязи двух отраслей международного публичного права. Автор выявляет существующие закономерности в практике разрешения инвестиционных споров. В качестве ключевого вывода выдвигается идея о возможности обобщения результатов гармоничной интерпретации (толкования) и формирования соответствующей единой правовой базы норм международного публичного права с целью ее последующего гармоничного применения.

Ключевые слова: международное инвестиционное право; международное право прав человека; международные инвестиционные правоотношения; международный инвестиционный спор; инвестиционный арбитраж; права человека; мирное разрешение споров; международное публичное право; право; актуальные проблемы.

Для цитирования: Нугманова А. Н. Реализация прав человека в международных инвестиционных правоотношениях: отдельные вопросы практики разрешения споров // Актуальные проблемы российского права. — 2023. — Т. 18. — № 8. — С. 148–159. — DOI: 10.17803/1994-1471.2023.153.8.148-159.

Implementation of Human Rights in International Investment Legal Relations: Selected Issues of Dispute Resolution Practice

Aliya N. Nugmanova, Postgraduate Student, Department of International and European Law,
Institute of Legislation and Comparative Law under the Government of the Russian Federation
Bolshaya Cheremushkinskaya ul., d. 34, Moscow, Russia, 117218
alyanug@icloud.com

Abstract. The paper covers certain provisions of a comprehensive study of the implementation of human rights in international investment legal relations. The author attempted to reveal the relevance of the ongoing research

© Нугманова А. Н., 2023

* Нугманова Алия Наилевна, аспирант кафедры международного и европейского права Института законодательства и сравнительного правоведения при Правительстве Российской Федерации
Большая Черемушкинская ул., д. 34, г. Москва, Россия, 117218
alyanug@icloud.com

and assess the significance of the interaction between international investment law and international human rights law in modern realities. The paper reveals the main options for the interaction of international investment law and international human rights law, both in material and procedural aspects. The author focuses on the practice of resolving international investment disputes in relation to the actions of the host state with reference to the protection of human rights as one of the options for manifesting the relationship between the two branches of public international law. The author reveals the existing patterns in the practice of resolving investment disputes. As a key conclusion, the author puts forward the idea that it is possible to generalize the results of a harmonious interpretation (construction) and the formation of an appropriate unified legal framework for the norms of international public law with a view to its subsequent harmonious application.

Keywords: international investment law; international human rights law; international investment legal relations; international investment dispute; investment arbitration; human rights; peaceful resolution of disputes; public international law; law; current problems.

Cite as: Nugmanova AN. Realizatsiya prav cheloveka v mezhdunarodnykh investitsionnykh pravootnosheniyakh: otdelnye voprosy praktiki razresheniya sporov [Implementation of Human Rights in International Investment Legal Relations: Selected Issues of Dispute Resolution Practice]. *Aktual'nye problemy rossijskogo prava*. 2023;18(8):148-159. DOI: 10.17803/1994-1471.2023.153.8.148-159. (In Russ., abstract in Eng.).

Накопление в мировых денежных центрах огромных капиталов, намного превышающих возможности для внутреннего инвестирования, привело к значительному увеличению потока международных инвестиций по всему земному шару. Всевозрастающее значение международных инвестиционных правоотношений в мирном взаимопроникновении правовых систем, рост влияния коммерческих субъектов на права человека (далее — ПЧ) демонстрирует всё больший дисбаланс между международными инвестиционными правоотношениями и ПЧ, что, в свою очередь, определяет важность дискуссии о взаимосвязи и взаимодействии международного права прав человека (далее — МППЧ) и международного инвестиционного права (далее — МИП), о роли и ответственности субъектов МИП в отношении ПЧ, а также приводит к включению вопроса о реализации ПЧ в международных инвестиционных правоотношениях как в материальном, так и в процессуальном аспекте.

Связь и взаимодействие между ПЧ и МИП достаточно сложные. Глобализация мировой экономики привела к расширению корпоративной деятельности в иностранных государствах, которые приватизировали многие сферы государственного сектора и общественной деятельности и передали управление такой деятельностью иностранным инвесторам, которым для облегчения таких инвестиций была предо-

ставлена защита в виде различных стандартов обращения. В результате усилилось воздействие иностранных инвесторов на здоровье населения и права человека в целом.

Взаимосвязь МППЧ и МИП проявляется в нескольких контекстах и направлениях. С точки зрения МИП существуют два общих подхода к материальному праву: ссылки на МППЧ могут использоваться для поддержки или расширения требований инвесторов или для усиления защиты государством своих действий, предпринимаемых с целью уважения, защиты и осуществления ПЧ. Точно так же МИП можно рассматривать с точки зрения МППЧ двумя способами: требования МИП в том виде, в котором они толкуются и применяются международными инвестиционными арбитражами (трибуналами) (далее также — инвестиционный арбитраж, трибунал), могут рассматриваться как ограничения способности государства уважать, защищать и осуществлять ПЧ или как укрепление индивидуальных прав инвесторов в соответствии с МИП. Взаимодействие МППЧ и МИП охватывает более широкий круг ПЧ и правообладателей, поскольку соответствующие конфликты обычно затрагивают большее число людей, что очевидно из споров, касающихся международных инвестиций, связанных с водоснабжением и услугами иностранных инвесторов.

Различные аспекты взаимодействия в материальном праве в целом соответствуют вари-

циям процедурных установок в практике разрешения споров между инвесторами и государствами. Во-первых, государство может ссылаться на ПЧ, защищая свои действия или выдвигая встречные иски против инвестора. Во-вторых, ПЧ могут быть использованы самим инвестором для поддержки или дополнения собственных требований. В-третьих, ПЧ могут быть предметом краткого обзора инвестиционного арбитража. В-четвертых, они могут быть рассмотрены инвестиционным арбитражем независимо от аргументов сторон.

Практика разрешения споров в отношении действий принимающего государства со ссылкой на защиту ПЧ и дальнейшие перспективы развития этого вопроса составляют интерес автора настоящей статьи.

За последнее десятилетие имели место многочисленные случаи, когда государства пытались защитить принятые ими меры, нарушающие положения двусторонних инвестиционных договоров (ДИД), со ссылкой на защиту ПЧ. Однако защита либо не была полностью обсуждена, либо не была принята¹.

Дело *Philip Morris v. Uruguay*² служит примером знаменательного арбитражного решения, в котором суд отдал предпочтение мерам общественного здравоохранения вопреки коммерческим интересам инвестора. Разрешение дела, которое повлияло на международную судебную практику, заняло 6 лет. Международный Центр по урегулированию инвестиционных споров (МЦУИС) вынес решение в пользу Уругвая, вынудив истца оплатить расходы ответчиков и суда. В окончательном отчете было установлено, что компания Philip Morris должна была выплатить стране 7 млн долл. за судебные расходы в дополнение к выплате различных сумм за гонорары и административные расходы трех арбитров и CADI.

Есть несколько других примеров, когда принимающие государства ссылались на внутренние положения в области ПЧ и охраны окружающей среды в арбитражных разбирательствах против инвестора. Наиболее важным делом в этом отношении является дело *Pac Rim v. El Salvador*³, где трибунал постановил, что государство может издавать нормативные акты для обеспечения соблюдения внутреннего конституционного требования устойчивого развития, несмотря на существование ДИД. Трибунал отклонил требование многонациональной горнодобывающей компании к правительству Сальвадора выплатить 250 млн долл. в качестве компенсации за отказ разрешить ей добывать золото в крошечной центральноамериканской стране, где лозунг «Нет добыче, да жизни» стал национальным лозунгом. Трибунал, который постановил, что дело *Oceana Gold* было необоснованным, также обязал фирму выплатить правительству Сальвадора 8 млн долл. для покрытия большей части судебных издержек страны.

В других делах, таких как *Al Tamimi v. Oman* и *Perenco v. Ecuador*⁴, арбитры приняли довод принимающего государства относительно защиты ПЧ и окружающей среды и вынесли решение против инвестора.

Хотя может показаться, что принимающие государства успешно подавали иски о ПЧ и защите окружающей среды в инвестиционных арбитражах, таких случаев слишком мало, чтобы делать обобщения. Если некоторые государства могут успешно использовать аргументы в пользу права на воду и права на окружающую среду, почему нельзя успешно отстаивать право на защиту культурного наследия, право на леса или право на свободу вероисповедания? Однако очевидно, что трибуналы вряд ли придут к таким выводам самостоятельно, и это в значительной степени зависит от того, представят

¹ *Azurix Corp. v. The Argentine Republic (I)* (ICSID Case No. ARB/01/12).

² *Philip Morris Brand Sàrl (Switzerland), Philip Morris Products S. A. (Switzerland) and Abal Hermanos S. A. (Uruguay) v. Oriental Republic of Uruguay* (ICSID Case No. ARB/10/7).

³ *Pac Rim Cayman LLC v. Republic of El Salvador* (ICSID Case No. ARB/09/12).

⁴ *Adel A Hamadi Al Tamimi v. Sultanate of Oman* (ICSID Case No. ARB/11/33) ; *Perenco Ecuador Limited v. Republic of Ecuador (Petroecuador)* (ICSID Case No. ARB/08/6).

ли спорящие стороны аргументы в защиту ПЧ в свою поддержку⁵.

Как только государство приводит аргументы в защиту ПЧ в поддержку своей позиции, у арбитров по соображениям совести нет иного выбора, кроме как сосредоточиться на этих вопросах. Трибуналы готовы откликнуться на позицию сторон, когда дела полностью аргументированны и имеются качественные доказательства для вынесения решения в пользу иска о ПЧ⁶. Инвестиционные арбитражи не прочь принять к сведению отчеты экспертов, исследования по оценке состояния окружающей среды, антропологические отчеты и пр. и придают им достаточную доказательную ценность при принятии решения.

Следовательно, принимающее государство несет ответственность за то, чтобы должным образом сформулировать свои аргументы в отношении претензий в области ПЧ и надлежащим образом подкрепить их вескими и релевантными доказательствами, вместо того чтобы полагаться на риторику. Кроме того, когда говорится о нарушении ПЧ инвестором, трибуналы могут интересоваться, среди прочего, общей картиной поведения стороны, предшествующими событиями и предыдущей историей нарушений. Например, в деле *Philip Morris v. Uruguay*⁷ трибунал принял во внимание аргументы Уругвая о том, что во всей государственной политике Уругвая приоритет имеют меры общественного здравоохранения, а инвестор их игнорирует. Наконец, суды могут также расследовать законность действий государства: государство, которое само является соучастником нарушения ПЧ, не может успешно обращаться с претензиями в этой области. Следовательно, государства

должны проявлять серьезность в продвижении своих аргументов в инвестиционном арбитраже.

Следует отметить, что государства часто проявляют консервативный подход к искам о ПЧ в трибуналах. Разрешение правозащитным организациям участвовать в качестве *amicus curiae* поможет трибуналу всесторонне оценить основную проблему в области ПЧ. Например, в деле *Methanex v. USA*⁸ впервые было замечено участие НПО. Компания Methanex Corporation, канадский маркетолог и дистрибьютор метанола, подала иск в арбитраж в соответствии с регламентом ЮНСИТРАЛ от своего имени в связи с предполагаемым ущербом, причиненным в результате калифорнийского запрета на использование или продажу в Калифорнии присадки к бензину МТБЭ. Трибунал отклонил все претензии, а также обязал Methanex оплатить судебные издержки Соединенных Штатов и арбитражные расходы в размере около 4 млн долл. Та же тенденция сохраняется во многих других арбитражных делах по международным инвестиционным спорам, таких как *Glamis Gold v. USA*⁹. Трибунал отклонил иск компании Glamis Gold в полном объеме и обязал ее оплатить две трети арбитражных издержек.

Существует тонкая грань между исками о ПЧ, поданными НПО в суды в порядке *amicus curiae*, и исками частных лиц принимающего государства к инвесторам. В первом случае они не являются стороной арбитража и действуют только как друзья трибунала в той мере, в какой они проводят лучший и более детальный анализ вопроса, техническую экспертизу и дают целостный взгляд на проблему. Во втором случае юридическое лицо само является стороной арбитража и может предъявлять претензии.

⁵ Karamanian S. L. The Place of Human Rights in Investor-State Arbitration // Lewis & Clark Law Review. 2013. Vol. 17. № 2. P. 423.

⁶ Pac Rim Cayman LLC v. Republic of El Salvador (ICSID Case No. ARB/09/12).

⁷ Philip Morris Brand Sàrl (Switzerland), Philip Morris Products S. A. (Switzerland) and Abal Hermanos S. A. (Uruguay) v. Oriental Republic of Uruguay (ICSID Case No. ARB/10/7).

⁸ Barton Legum, NAFTA Chapter Eleven Arbitral Tribunal: Methanex Corporation v. United States of America, Final Award on Jurisdiction and Merits — Introductory Note to Methanex Corporation v. United States of America — May 23, 2005, 44(6) ILM 1343.

⁹ Glamis Gold Ltd. v. United States, Award, 48 ILM 1035 (June 8, 2009).

В каждом обществе есть «борцы за ПЧ», которые могут взять на себя эту роль, чтобы подать в суд на инвесторов всякий раз, когда всплывают обвинения в нарушении ПЧ.

Такой механизм помогает гражданскому обществу выполнять свою обязанность по проверке нарушений в области ПЧ путем непосредственного участия в инвестиционном арбитраже, обеспечивая тем самым эффективное правоприменение.

Можно выявить три различных ответа на действия принимающего государства в защиту ПЧ.

1. Уклонение. Первым приемом, применяемым трибуналами в ответ на защиту ПЧ, является уклонение, означающее, что трибунал игнорирует аргумент или не оценивает его.

В деле *Azurix v. Argentina (I)*¹⁰ трибунал отметил, что «этот вопрос не был полностью аргументирован, и суд не понимает несовместимости» между законодательством о правах человека и договором о защите инвестиций. В деле *Siemens v. Argentina*¹¹ трибунал постановил, что защита ПЧ «не была разработана Аргентиной. Трибунал считает, что без дополнительной проработки и обоснования сторонами это не аргумент, который, на первый взгляд, имеет какое-либо отношение к существу данного дела». В деле *Vivendi v. Argentina (I)*¹² Аргентина подала жалобу в комитет по аннулированию, что трибунал «проигнорировал фундаментальные вопросы между сторонами», включая вопрос о «праве на воду как важнейшем праве человека», который не обсуждался в решении. Комитет, однако, отклонил просьбу об аннулировании.

В нескольких других случаях суды сочли, что поднятые вопросы ПЧ не нуждаются в разрешении, даже если они каким-то образом связаны с делом. В деле *Glamis Gold v. USA*¹³ одна из

сторон, не участвовавшая в споре, индейская нация кечан, в значительной степени опиралась на МППЧ. В своем решении трибунал постановил: «Трибунал осознает, что решения по этому разбирательству ожидали частные и государственные организации, занимающиеся экологическим регулированием, интересами коренных народов и иногда возникающей напряженностью между частными правами на собственность и необходимостью государства регулировать использование собственности. Эти вопросы широко обсуждались в данном деле и были рассмотрены Трибуналом. Однако, учитывая активы Трибунала, Трибунал не обязан решать многие из наиболее спорных вопросов, поднятых в ходе этого разбирательства».

В деле *Bernhard von Pezold and Others v. Zimbabwe и Border Timbers Ltd and Others v. Zimbabwe*¹⁴ трибунал отклонил ходатайство *amicus curiae* различных общин коренных народов, которые утверждали, что эти дела поднимают «критические вопросы международного права в области ПЧ». Трибунал не согласился с утверждением заявителей о том, что «МИП и МППЧ взаимосвязаны, так что любое решение <...>, в котором не учитывалось содержание международных норм в области ПЧ, было бы юридически неполным». По мнению трибунала, «предполагаемые права общин коренных народов» не попадали в сферу действия спора.

Уклонение от уплаты налогов стало распространенным ответом на защиту ПЧ в инвестиционном арбитраже. Это может быть результатом того, как стороны аргументировали дело, или просто из соображений удобства. Взаимосвязь между МППЧ и МИП является сложным и противоречивым вопросом, поэтому, возможно, неудивительно, что суды уклоняются от выне-

¹⁰ *Azurix Corp. v. The Argentine Republic (I)* (ICSID Case No. ARB/01/12).

¹¹ *Siemens A. G. v. The Argentine Republic* (ICSID Case No. ARB/02/8).

¹² *Compañía de Aguas del Aconquija S. A. and Vivendi Universal S. A. (formerly Compañía de Aguas del Aconquija, S.A. and Compagnie Générale des Eaux) v. Argentine Republic (I)* (ICSID Case No. ARB/97/3).

¹³ *Glamis Gold Ltd. v. United States*, Award, 48 ILM 1035 (June 8, 2009).

¹⁴ *Bernhard von Pezold and Others v. Zimbabwe*, (ICSID ARB/10/15); *Border Timbers Ltd and Others v. Zimbabwe* (ICSID ARB/10/25).

сения подробных заявлений¹⁵. В то же время уклонение от уплаты налогов может подтвердить распространенное мнение о том, что инвестиционные арбитражи нечувствительны к проблемам ПЧ. По этой причине, возможно, было бы предпочтительнее, чтобы хорошо аргументированная защита ПЧ получила надлежащий ответ от трибунала.

2. Гармоничное толкование. В соответствии с согласованным подходом трибунал интерпретирует применимую норму инвестиционного договора в свете МППЧ или наоборот. Таким образом, удается избежать конфликта между двумя полями. Как отмечается в Докладе Комиссии международного права о фрагментации, толкование договорных положений и разрешение очевидных коллизий норм являются частью одного и того же процесса, поскольку «нормы кажутся совместимыми или противоречащими друг другу в результате толкования»¹⁶. Правовую основу для гармоничного толкования инвестиционным арбитражем можно найти в положениях применимого права, которые включают международное право, или в принципе системной интеграции¹⁷.

Статья 31(3) Венской конвенции о праве международных договоров предусматривает, что при толковании договора должны приниматься во внимание вместе с контекстом «любые соответствующие нормы международного права, применимые в отношениях между сторонами»¹⁸. По общему мнению, статья 31 отражает обычное международное право, поэтому она применяется даже в тех случаях, когда участники договора не являются участниками Венской конвенции.

Системная интеграция опирается на две презумпции: согласно *позитивной презумпции* международное право обеспечивает нормативную базу для вопросов, которые не разрешаются данным договором; согласно *негативной презумпции* договаривающиеся государства не намерены действовать вразрез с общим международным правом или предыдущими договорными обязательствами по отношению к третьим государствам. При использовании ст. 31(3)(с) или отраженной в ней нормы обычного права судья не применяет другой договор, а использует его в качестве инструмента для толкования договора, который он обязан применять. Это различие — между толкованием одного договора посредством положений другого и применением последнего договора — является тонким, но его необходимо поддерживать¹⁹.

Принцип системной интеграции предполагает, что инвестиционные арбитражи могут толковать инвестиционные договоры в свете других норм международного права. Иски по инвестиционным договорам являются исками по международному праву, и именно международное право необходимо применять для толкования договоров как порождений международного права²⁰. В то же время статья 31(3)(с) не оправдывает обращение к какой-либо норме международного права для руководства процессом толкования: могут быть приняты во внимание только «соответствующие» правила, которые «применимы в отношениях между сторонами»²¹. Это явно гибкие элементы, которые оставляют место для дискуссий. Если критерий «уместности» предназначен для включения только правил, имеющих тот же предмет, что и

¹⁵ Dupuy P.-M., Francioni F., Petersmann E. U. Human Rights in International Investment Law and Arbitration. Oxford : Oxford University Press, 2009. P. 59.

¹⁶ Report of the Study Group of the International Law Commission, UN Doc A/CN.4/L.682.

¹⁷ Kjos E. Applicable Law in Investor-State Arbitration: The Interplay between National and International Law. Oxford : Oxford University Press, 2013. P. 274.

¹⁸ Art 31(3)(c) specifically, Oil Platforms (Iran v. United States), ICJ, Judgment of 6 November 2003, para 41.

¹⁹ Gardiner R. Treaty Interpretation // Oxford International Law Library. 2008. P. 320.

²⁰ Marfin Investment Group Holdings SA, Alexandros Bakatselos and Others v. Cyprus, (ICSID ARB/13/27).

²¹ McLachlan C. The principle of systemic integration and article 31(3)(c) of the Vienna Convention // International & Comparative Law Quarterly. 2005. Vol. 54. No 2. P. 279–320.

ДИД, положения договоров по ПЧ, вероятно, не будут квалифицироваться как соответствующие правила.

Тем не менее общепризнанно, что критерий «уместности» следует понимать более широко и не обязательно исключаящим нормы из других областей международного права. Требование о том, что соответствующие нормы должны быть «применимы в отношениях между сторонами», также вызвало некоторые дебаты. Тем не менее независимо от чьего-либо толкования этого элемента он, по крайней мере, будет охватывать договоры по ПЧ, которые являются обязательными для обоих государств — участников соответствующего ДИД.

Решение Комитета по аннулированию по делу *Tulip Real Estate v. Turkey*²² недвусмысленно поддержало принцип системной интеграции в отношении МППЧ, хотя и не в контексте защиты ПЧ. В Комитете инвестор утверждал, что применение ст. 52(1)(d) Конвенции МЦУИС, которая разрешает аннулирование в случае «серьезного отклонения от основополагающего правила процедуры», должно основываться на документах по правам человека и судебной практике. Комитет согласился. В решении отмечалось, что «широко распространено мнение о том, что интеграция МППЧ в МИП является важной задачей». Обсудив принцип системной интеграции, Комитет пришел к выводу, что «положения документов по ПЧ, касающиеся права на справедливое судебное разбирательство и любой судебной практики в этой связи, имеют отношение к толкованию концепции основополагающего правила процедуры, используемого в ст. 52(1)(d) Конвенции МЦУИС. Это делается не для того, чтобы добавлять обязательства, не относящиеся к Конвенции МЦУИС. Скорее, обращение с этой целью к авторитетам, относящимся к области ПЧ, является законным методом толкования договоров».

Если обращение к МППЧ является законным для толкования ссылок на процессуальное правосудие в Конвенции МЦУИС, то, по-видимому, столь же законным является обращение к МППЧ при толковании основных положений инвестиционных договоров²³.

Некоторые суды приняли довольно удобный подход к согласованию в ответ на защиту ПЧ, выдвинутую государствами-ответчиками. В деле *CMS v. Argentina*²⁴ респондент утверждал, что, поскольку «экономический и социальный кризис, затронувший страну, поставил под угрозу основные ПЧ, ни один инвестиционный договор не может иметь преимущественной силы, поскольку это было бы нарушением таких конституционно признанных прав». Трибунал постановил, что коллизии между CMS, с одной стороны, и Конституцией Аргентины и МППЧ — с другой, не было по следующим причинам: «Во-первых, потому что Конституция тщательно защищает право на собственность, так же как и договоры о ПЧ, а во-вторых, потому что при рассмотрении оспариваемых сторонами вопросов не возникает вопроса об ущемлении основных ПЧ». Комментируя этот вкратце аргументированный вывод, Люк Эрик Петерсон заметил, что трибунал, «по-видимому, игнорирует опасения, высказанные в отношении воздействия аргентинского финансового кризиса на ПЧ, используя следующий силлогизм: собственность — это право человека; инвестиционные договоры защищают собственность; следовательно, инвестиционные договоры — это договоры, которые защищают, а не ущемляют права»²⁵.

Более убедительный способ согласования договоров об инвестициях и договоров о ПЧ может указывать на то, что оба типа договоров предоставляют государствам значительную свободу действий в отношении того, как они выполняют свои обязательства. Общеизвестно, что применение широких стандартов в области ПЧ

²² *Tulip Real Estate Investment and Development Netherlands B. V. v. Republic of Turkey* (ICSID Case No. ARB/11/28).

²³ *Urbaser S. A. and Consorcio de Aguas Bilbao Biskaia, Bilbao Biskaia Ur Partzuergoa v. Argentine Republic* (ICSID Case No. ARB/07/26).

²⁴ *CMS Gas Transmission Company v. The Argentine Republic* (ICSID Case No. ARB/01/8).

²⁵ *Peterson L. E. Human Rights and Bilateral Investment Treaties. Mapping the Role of Human Rights Law within Investor-State Arbitration* // Int'l Centre for Human Rights and Democratic Development. 2009. P. 43.

к конкретным политическим, экономическим и социальным обстоятельствам допускает различные решения. Кроме того, большинство ПЧ, на которые можно ссылаться в арбитражных спорах между инвесторами и государствами, кодифицированы в Международном пакте об экономических, социальных и культурных правах²⁶. Пункт 1 ст. 2 данного Пакта предусматривает, что «каждое государство — участник настоящего пакта обязуется принимать меры... в максимальных пределах имеющихся у него ресурсов с целью достижения целей и задач, поставленных в настоящем Пакте».

Принцип «постепенной реализации» при условии «наличия ресурсов» затрудняет вывод точных обязательств из положений Международного пакта об экономических, социальных и культурных правах, к которым он применяется, учитывая многогранный характер большинства этих обязательств и предоставляемую государствам свободу действий в отношении средств, с помощью которых они могут их выполнять²⁷. Аналогичный аргумент можно привести в отношении общих положений инвестиционных договоров. Учитывая открытые формулировки, содержащиеся во многих из этих положений, часто считалось, что они предоставляют широкую политическую свободу, устанавливая лишь минимальные стандарты для принимающих государств. Как только договоры о ПЧ и инвестиционные договоры будут поняты таким образом, судьям не должно быть трудно интерпретировать их положения в свете друг друга и избегать коллизий норм.

В деле *Suez and Interagua v. Argentina*²⁸ трибунал пришел к выводу, что обязательства Аргентины по МИП и МППЧ не противоречат друг другу: «Аргентина подчиняется обоим международным обязательствам, то есть ПЧ и договорным обязательствам, и должна уважать их

в равной степени. При обстоятельствах этих дел обязательства в области ПЧ и обязательства по инвестиционному договору не являются несовместимыми, конфликтующими или взаимоисключающими. Таким образом, Аргентина могла бы соблюдать оба типа обязательств».

По мнению трибунала, «Аргентина могла бы попытаться применить более гибкие средства для обеспечения бесперебойного водоснабжения и канализации жителей Буэнос-Айреса и в то же время соблюдать свои обязательства по справедливому и равноправному обращению». Например, чтобы компенсировать вредные последствия замораживания тарифов, Аргентина могла бы освободить инвесторов от некоторых их договорных обязательств. Более того, «если бы Аргентина была заинтересована в защите бедных от повышения тарифов, она могла бы разрешить повышение тарифов для других потребителей при применении социального тарифа или субсидии для бедных — решение, явно разрешенное нормативно-правовой базой».

Другими словами, свобода действий, предоставленная Аргентине как в соответствии с МППЧ, так и в соответствии с МИП, позволяла находить решения, которые соответствовали бы обоим режимам. Суд также отклонил претензии Аргентины о том, что ее обязательства по инвестиционному законодательству противоречат ее обязательствам в области ПЧ. Он не смог понять, почему отказ Аргентины пересмотреть тарифы «был необходим для обеспечения ПЧ»²⁹, особенно после восстановления экономики.

В деле *SAUR v. Argentina*³⁰ суд счел, что МППЧ является «одним из различных источников», которые следует принимать во внимание как часть конституционного правопорядка Аргентины и общих принципов международного права. Тем не менее, по мнению суда, осуществление государственных полномочий, необходимых для

²⁶ James and others v the United Kingdom (ECHR 8793/79).

²⁷ Committee on Economic, Social and Cultural Rights, 'General Comment 3: The Nature of State Parties' Obligations (Art. 2, para. 1 of the Covenant), UN Doc E/1991/23.

²⁸ Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona, S.A. and Interagua Servicios Integrales de Agua, S.A. v. Argentine Republic (ICSID Case No. ARB/03/17).

²⁹ EDF v. Argentina (n 28) para 914.

³⁰ SAUR International v. Argentine Republic (ICSID Case No. ARB/04/4).

гарантии его населению прав на воду, было совместимо с правами инвестора в соответствии с APRI, применимым законом. Основное право на воду и право инвестора на пользование защитой, предлагаемой APRI, действуют на разных уровнях: компания, предоставляющая основные общественные услуги, находится в ситуации зависимости от государственной администрации, которая имеет особые полномочия гарантировать их пользование, в силу суверенитета основного права на воду; но осуществление этих полномочий не является абсолютным и, «напротив, должно сочетаться с уважением прав и гарантий, предоставляемых иностранному инвестору в соответствии с APRI».

Окончательный вывод арбитража состоял в том, что оба набора обязательств следует рассматривать вместе, а не противопоставлять. Трибунал счел, что основополагающее право на воду не предоставляет никаких абсолютных полномочий государству. Скорее, полномочия Аргентины должны осуществляться в соответствии с ее обязательствами по ДИД.

Подход, принятый трибуналом, представляет собой пример согласования, который послужил делу инвестора: право человека, на которое ссылалось принимающее государство, было истолковано в свете применимого инвестиционного договора, даже если ответчик добивался противоположного эффекта, а именно толкования инвестиционного договора в свете ПЧ.

За последнюю форму согласования выступали не только государства-респонденты, но и Верховный комиссар ООН по правам человека: «Хотя ПЧ не должны служить щитом для защиты от необоснованного протекционизма, административных сбоев или несправедливого обращения, они также не должны подчиняться исключительно экономическим расчетам. Следовательно, будет важно обеспечить, чтобы при толковании этих и других положений инвестици-

онных соглашений права человека и экологические соображения занимали центральное место в их обосновании, где это уместно»³¹.

Отсылку к ПЧ можно найти в деле *Sawhoyamata Indigenous Community v. Paraguay*³². В этом деле Суд установил, что Парагвай нарушил свои обязательства по многочисленным положениям Межамериканской конвенции о ПЧ, включая ст. 21 (право на собственность). Следовательно, Суд потребовал от государства-ответчика «официально и физически передать членам общины их традиционные земли».

Тем не менее эти земли принадлежали и были заняты рядом немецких граждан, и между Германией и Парагваем действовало соглашение, в соответствии с которым владельцы могли требовать, если они сами были лишены своей собственности. Суд, однако, отметил, что ДИД допускает экспроприацию в «общественных целях или интересах», что может оправдать реституцию земли коренному народу. Суд предположил, что требование «общественной цели или интереса», налагаемое ДИД, следует рассматривать в свете Межамериканской конвенции. Следовательно, Парагвай мог выполнить свои второстепенные, если не первичные обязательства по обоим договорам: путем реституции в одном случае (в соответствии с Американской конвенцией) и выплаты компенсации в другом (в соответствии с германо-парагвайским соглашением).

3. Определение приоритетов. Третий ответ на защиту ПЧ заключается в установке приоритета правила из одной области над правилом из другой области. Принимающие государства, ссылающиеся на защиту ПЧ, обычно исходят из того, что договоры о ПЧ должны иметь преимущественную силу над ДИД³³.

В деле *Azurix v. Argentina (I)*³⁴ от имени Аргентины утверждалось, что «конфликт между ДИД и договорами в области ПЧ должен быть

³¹ UN High Commissioner for Human Rights, 'Human Rights, Trade and Investment', Report of 2 July 2003, E/CN.4/Sub.2/2003/9.

³² *Sawhoyamata Indigenous Community v. Paraguay* (n 81) para 215.

³³ *Joseph S.* Human rights bodies have repeatedly confirmed this // *The Oxford Handbook of International Human Rights Law*. Oxford : Oxford, 2013. P. 356.

³⁴ *Azurix Corp. v. The Argentine Republic (I)* (ICSID Case No. ARB/01/12).

разрешен в пользу ПЧ». Аналогичная позиция была занята в деле *Sawhoyamata Indigenous Community v. Paraguay*³⁵: «Суд считает, что приведение в исполнение двусторонних коммерческих договоров сводит на нет оправдание несоблюдения обязательств государства по Американской конвенции; напротив, их приведение в исполнение всегда должно быть совместимо с Американской конвенцией, которая является многосторонним договором о ПЧ, которые выделяются в отдельный класс и которые порождают права для отдельных людей и не зависят полностью от взаимности между государствами».

Даже притом, что у кого-то может возникнуть интуитивное ощущение, что обязательства в области ПЧ должны превалировать над обязательствами по защите инвестиций, в договорном праве, по-видимому, для этого нет оснований. Если соответствующие нормы в области ПЧ не представляют собой *jus cogens* (в этом случае, если бы между двумя договорами существовала коллизия, ДИД был бы недействительным), трудно понять, почему различный характер двух договоров должен отдавать договору в области ПЧ нормативное преимущество перед ДИД³⁶. *Erga omnes*, или многосторонний характер обязательств в области ПЧ, не обязательно придает им более высокий нормативный статус, чем двусторонние обязательства по защите инвестиций.

Вместо этого, предполагая, что ничто в договорах не касается этого вопроса, суды могли бы прибегнуть к общим принципам, таким как *lex specialis* или *lex posterior*, но их полезность на практике представляется ограниченной. В соответствии с принципом *lex specialis* приоритет будет отдаваться договорному положению с «более точно очерченной сферой применения». Тем не менее трудно определить, будет ли обязательство по защите инвестиций или обязательство в области ПЧ более точным, в част-

ности потому, что оба обязательства вытекают из разных областей права.

Согласно принципу *lex posterior* более поздний договор отменяет более ранний договор, касающийся того же права. Предмет до тех пор, пока все стороны являются участниками обоих договоров. Однако, даже если понимать фразу «относящийся к одному и тому же предмету» в широком смысле, представляется проблематичным устанавливать приоритет обязательства по защите инвестиций над обязательством в области ПЧ (или наоборот) на этой основе³⁷.

Действительно, на практике трибунал, которому поручено решать этот вопрос, не имеет реального выбора, какой договор применять в случае коллизии норм: он должен отдавать приоритет договору, применение которого ему поручено, поскольку только благодаря этому договору он вообще обладает юрисдикцией для разрешения спора. Это означает, что в случае коллизии договоров у трибунала нет другого решения, кроме как поставить ДИД в приоритет перед обязательствами государства-ответчика в области ПЧ³⁸.

Потенциальное воздействие инвестиционного арбитража на ПЧ в широком смысле (третьих сторон) является постоянной темой в дискуссиях о легитимности МИП, и обычно утверждается, что суды должны учитывать проблемы ПЧ. Тем не менее в целом суды, по-видимому, склонны уклоняться от защиты ПЧ, выдвигаемой государствами-ответчиками. Представляется необходимым осветить две другие возможности: суды могут согласовать обязательства по ДИД с обязательствами в области ПЧ или установить приоритет одного из них над другим.

Правила толкования договоров и, что более важно, принцип системной интеграции требуют, чтобы договоры читались, насколько это возможно, в соответствии с другими соответствующими нормами международного права. Такому

³⁵ *Sawhoyamata Indigenous Community v. Paraguay* (n 81) para 215.

³⁶ *Aaken A. Defragmentation of Public International Law through Interpretation: A Methodological Proposal* // *Indiana Journal of Global Legal Studies*. 2009. № 16. P. 183.

³⁷ *Michaels R., Pauwelyn J. Conflict of Norms or Conflict of Laws? Different Techniques in the Fragmentation of Public International Law* // *Duke Journal of Comparative & International Law*. 2012. № 22. P. 349–376.

³⁸ *Grand River Enterprises Six Nations Ltd et al. v. USA, UNCITRAL, Award of 12 January 2011, para 71.*

согласованию способствует широкая свобода действий, обычно предоставляемая государствам как в МИП, так и в МППЧ. В то же время неопределенный характер обычных положений в обоих режимах предполагает, что при рассмотрении другой области нельзя получить четких указаний по толкованию.

Следовательно, интерпретатор (толкователь) сохраняет свободу действий в отношении того, как следует гармонизировать положения, что может быть сделано двумя различными способами: суды могут счесть, что обязательства государств в области ПЧ ограничивают сферу обязательств по защите инвестиций; и наоборот, инвестиционные договоры могут использоваться для ограничения сферы обязательств в области ПЧ. На практике суды, по-видимому, придерживаются последнего подхода, даже если принимающее государство ссылается на соответствующее положение о правах человека с противоположной целью. В любом случае результат гармоничной интерпретации вряд ли сильно отличается от результата расстановки приоритетов.

Тем не менее попытка согласовать два набора обязательств привела бы к тому, что одно из них превалировало бы над другим, что также

происходит в случае четкой расстановки приоритетов. Гармоничная интерпретация концептуально отличается от расстановки приоритетов, поскольку она отрицает существование конфликта норм, но результат анализа, скорее всего, будет аналогичным. Следовательно, полезность принципа системной интеграции, часто провозглашаемого в качестве решения очевидных коллизий норм в международном праве, на практике представляется ограниченной.

В процессуальном аспекте взаимодействия обоих режимов результатом гармоничной интерпретации (толкования) их положений является создание интерпретатором (толкователем) материалов, необходимых для принятия решений. Представляется логичным результат, созданный в ходе процессуального аспекта реализации вопроса ПЧ в международных инвестиционных правоотношениях, включить в материальный аспект взаимодействия режимов посредством обобщения результатов гармоничной интерпретации (толкования) и формирования соответствующей единой нормативной правовой базы норм международного публичного права с целью ее последующего гармоничного применения.

БИБЛИОГРАФИЯ

1. *Aaken A.* Defragmentation of Public International Law through Interpretation: A Methodological Proposal // *Indiana Journal of Global Legal Studies*. — 2009. — № 16. — 483 p.
2. *Dupuy P.-M., Francioni F., Petersmann E. U.* Human Rights in International Investment Law and Arbitration. — Oxford : Oxford University Press. — 2009. — 640 p.
3. *Gardiner R.* Treaty Interpretation // *Oxford International Law Library*. — 2008. — 568 p.
4. *Joseph S.* Human rights bodies have repeatedly confirmed this // *The Oxford Handbook of International Human Rights Law*. — Oxford, 2013. — 866 p.
5. *Karamanian S. L.* The Place of Human Rights in Investor-State Arbitration // *Lewis & Clark Law Review*. — 2013. — Vol. 17, № 2. — 448 p.
6. *Kjos E.* Applicable Law in Investor-State Arbitration: The Interplay between National and International Law. — Oxford : Oxford University Press. — 2013. — 343 p.
7. *McLachlan C.* The Principle of Systemic Integration and Article 31(3)(c) of the Vienna Convention // *International & Comparative Law Quarterly*. — 2005. — Vol. 54, № 2. — P. 279–320.
8. *Michaels R., Pauwelyn J.* Conflict of Norms or Conflict of Laws? Different Techniques in the Fragmentation of Public International Law // *Duke Journal of Comparative & International Law*. — 2012. — № 22. — 398 p.
9. *Peterson L. E.* Human Rights and Bilateral Investment Treaties. Mapping the Role of Human Rights Law within Investor-State Arbitration // *Int'l Centre for Human Rights and Democratic Development*. — 2009. — 49 p.

Материал поступил в редакцию 5 февраля 2023 г.

REFERENCES (TRANSLITERATION)

1. Aaken A. Defragmentation of Public International Law through Interpretation: A Methodological Proposal // Indiana Journal of Global Legal Studies. — 2009. — № 16. — 483 p.
2. Dupuy P.-M., Francioni F., Petersmann E. U. Human Rights in International Investment Law and Arbitration. — Oxford: Oxford University Press. — 2009. — 640 p.
3. Gardiner R. Treaty Interpretation // Oxford International Law Library. — 2008. — 568 p.
4. Joseph S. Human rights bodies have repeatedly confirmed this // The Oxford Handbook of International Human Rights Law. — Oxford, 2013. — 866 p.
5. Karamanian S. L. The Place of Human Rights in Investor-State Arbitration // Lewis & Clark Law Review. — 2013. — Vol. 17, № 2. — 448 p.
6. Kjos E. Applicable Law in Investor-State Arbitration: The Interplay between National and International Law. — Oxford: Oxford University Press. — 2013. — 343 p.
7. McLachlan C. The Principle of Systemic Integration and Article 31(3)(c) of the Vienna Convention // International & Comparative Law Quarterly. — 2005. — Vol. 54, № 2. — P. 279–320.
8. Michaels R., Pauwelyn J. Conflict of Norms or Conflict of Laws? Different Techniques in the Fragmentation of Public International Law // Duke Journal of Comparative & International Law. — 2012. — № 22. — 398 p.
9. Peterson L. E. Human Rights and Bilateral Investment Treaties. Mapping the Role of Human Rights Law within Investor-State Arbitration // Int'l Centre for Human Rights and Democratic Development. — 2009. — 49 p.