НАУЧНО-ПРАКТИЧЕСКОЕ И ИНФОРМАЦИОННОЕ ИЗДАНИЕ

Зарегистрировано в Федеральной службе по надзору в сфере связи, информационных технологий и массовых коммуникаций. Рег. ПИ № ФС77-44697 от 20.04.2011 г. Издается 1 раз в полугодие.

Главный редактор журнала:
Попов Е.В., к.ю.н., доцент

Редакционный совет:
Моисеев А.А., д.ю.н., профессор;
Муранов А.И., к.ю.н., доцент;
Попондопуло В.Ф., д.ю.н., профессор;
Шумилов В.М., д.ю.н., профессор
Чеботарев А.А.

Заместители главного редактора журнала:
Гудков И.В., к.ю.н.;
Мизулин Н.М., партнер юридической фирмы Mayer Brown; Смбатян А.С., д.ю.н.

Ответственный секретарь
Бочарова М.А.

Редакционная коллегия выпуска
Попов Е.В., Гудков И.В., Мизулин Н.М.,
Смбатян А.С.

Главный редактор ИГ «ЮРИСТ»:
Гриб В.В.

Заместители главного редактора ИГ «ЮРИСТ»:
Бабкин А.И., Белых В.С., Ренов Э.Н.,
Платонова О.Ф., Трунцевский Ю.В.

Центр редакционной подписки:
Тел.: (495) 617-18-88 (многоканальный)
E-mail: podpiska@lawinfo.ru

Редакция:
Калинина Е.С., Лаптева Е.А.

Научное редактирование и корректура:
Швечкова О.А., к.ю.н.

Адрес редакции:
115035, г. Москва, Космодамианская наб., д. 26/55, стр. 7
Тел./факс: (495) 953-91-08
E-mail: avtor@lawinfo.ru
www.lawinfo.ru
Плата с авторов за публикацию статей не взимается.
Журнал включен в базу данных Российского индекса научного цитирования (РИНЦ)

Формат 170x225 мм.
Печать офсетная. Физ. печ.л. — 7
Общий тираж 800 экз.
Подписано в печать: 26.10.2016
Дата выхода в свет:
Цена свободная.

Отпечатано в компании
«Национальная полиграфическая группа»
Адрес типографии: 248031, г. Калуга, ул. Светлая, д. 2.

Содержание:

КОЛОНКА ГЛАВНОГО РЕДАКТОРА

РАЗГОВОР С ГЛАВНЫМ РЕДАКТОРОМ НА ТЕМУ
«Размышления об эволюции права международных договоров, международных судов и ВТО»

Попов Е.В. Интервью с заведующим кафедрой международного права Московского государственного университета им. М.В. Ломоносова кандидатом юридических наук, доцентом А.С. Исполиновым..... 3

ПРАВО ЕС

Гудков И.В. Компетенция Европейского союза по регулированию отношений в энергетической сфере 10

ТЕОРИЯ МЕЖДУНАРОДНОГО ПРАВА

Смбатян А.С. О взаимосвязях особенностей международного права и навыков юриста- международного..... 18

МЕЖДУНАРОДНЫЕ ИНВЕСТИЦИОННЫЕ СПОРЫ

Попов Е.В. Завеса секретности при арбитражном разрешении международных инвестиционных споров..... 29

МЕЖДУНАРОДНАЯ ТОРГОВЛЯ И ДИПЛОМАТИЯ

Адибаева А., Тлеужанова А., Саари Д. К вопросу о правовом регулировании современной международной торговли в контексте многосторонней дипломатии..... 39

Трибуна молодых ученых

Матвеев В.В., Воробьев Н.С. Правовые принципы и новации в соглашении о Транстихоокеанском партнерстве..... 46

Подписной индекс по каталогу: «Роспечать» — 83607

Полная или частичная перепечатка материалов без письменного разрешения авторов статей или редакции преследуется по закону.

SCIENTIFIC-PRACTICE AND INFORMATION JOURNAL Registered at the Federal Service on the Monitoring in the Sphere of Communication, Informational Technologies and Mass Communication.
Reg. PI № ФС77-44697 of 20.04.2011. Published half-yearly.

Editor-in-Chief of the journal:

Popov E.V., candidate of juridical sciences,
assistant professor

Editorial Board:

Moiseev A.A.,
doctor of juridical sciences, professor;
Muranov A.I.,
candidate of juridical sciences,
assistant professor;
Popondopulo V.F.,
doctor of juridical sciences, professor;
Shumilov V.M.,
doctor of juridical sciences, professor
Chebotarev A.A.

Deputy Editors-in-Chief of the journal:

Gudkov I.V., candidate of juridical sciences;
Mizulin N.M., partner of Mayer Brown Law Firm;
Smbatyan A.S., doctor of juridical sciences

Executive Secretary

Bocharova M.A.

Editorial Board of the issue

Popov E.V., Gudkov I.V., Mizulin N.M.,
Smbatyan A.S.

Editor-in-Chief of Publishing Group «JURIST»:

Grib V.V.

Deputy Editors-in-Chief of Publishing Group «JURIST»:

Babkin A.I., Bely'kh V.S., Renov E'.N.,
Platonova O.F., Truntsevskij Yu.V.

Editorial office:

Kalinina E.S., Lapteva E.A.

Scientific editing and proofreading:

Shvechkova O.A., candidate of juridical sciences

Editorial Subscription Centre:

Tel.: (495) 617-18-88 (multichannel)
E-mail: podpiska@lawinfo.ru

Editorial Office Address:

Bldg. 7, 26/55 Kosmodamianskaya Emb., Moscow, 115035.
Tel./fax: (495) 953-91-08
E-mail: avtor@lawinfo.ru, www.lawinfo.ru

Authors shall not pay for publication of their articles.

The journal is included in the database
Russian science citation index

Size 170/225 mm.

Offset printing. Printer's sheet. — 7.

Circulation 800 copies.

Passed for printing: 26.10.2016

Edition was published:

Free market price.

Printed by LLC «National Polygraphic Group»,
248031, Kaluga, street Svetlaya, 2

Contents:

CHIEF EDITOR'S NOTE

TALK WITH THE EDITOR-IN-CHIEF

ABOUT Deliberations on History
of the Law of Treaties, International Courts
and the WTO Interview with Ispolinov A.S.,
Head of the Department of International Law
of the Lomonosov Moscow State University,
Candidate of Legal Sciences, Assistant Professor 3

DISCUSSION

Gudkov I.V. Competence of the European Union
to Regulate Energy Relations 10
Smbatyan A.S. Relations of International Law
Aspects and Skills of an International Lawyer 18

INTERNATIONAL INVESTMENT DISPUTES

Popov E.V. Secrecy in Arbitral Settlement
of International Investment Disputes..... 29

INTERNATIONAL TRADE AND DIPLOMACY

Adibaeva A., Tleuzhanova A., Saari D.
On the Legal Regulation of the Modern
International Trade in the Context
of Multilateral Diplomacy..... 39

TRIBUNE OF YOUNG SCIENTISTS

Matveev V.V., Vorobyov N.S. Legal Principles
and Novations in the Trans-Pacific Partnership
Agreement..... 46

Complete or partial reproduction of materials without written permission
of authors of articles shall be prosecuted
in accordance with law.

РАЗГОВОР С ГЛАВНЫМ РЕДАКТОРОМ на тему «Размышления об эволюции права международных договоров, международных судов и ВТО»

Интервью с заведующим кафедрой
международного права
Московского государственного университета
им. М.В. Ломоносова кандидатом юридических
наук, доцентом А.С. Исполиновым

Уважаемый Алексей Станиславович, мы очень благодарны Вам за согласие на интервью журналу «Международное экономическое право».

— Джеймс Кроуфорд в своей вступительной статье к одной из монографий, посвященных толкованию, сетует на то, что совершенно непонятно, что же происходит с текстами международных договоров, — столь серьезной трансформации подвергаются изложенные в них положения в результате международных судебных разбирательств. Как представляется, доля истины в этом есть. И прежде всего это касается договоров в области международного экономического права, которые постоянно становятся предметом споров в международных инвестиционных арбитражах, Органе по разрешению споров ВТО, региональных судах. Можно ли в свете этого говорить о том, что международные договоры не существуют вне практики их применения, но должны восприниматься только в контексте принятых по ним решений и что текст договоров сам по себе уже не имеет самостоятельного значения?

— Начну с того, что любой международный договор существует только тогда, когда он применяется. В противном случае он остается лишь клочком бумаги, не нужным создавшим его государствам.

В заданном вами вопросе скрыто сразу несколько крайне серьезных проблем права международных договоров, которые оказывают влияние на все международное право в целом.

Прошедшая в 1960-1980-х годах кодификация основных отраслей международного права (право договоров, дипломатическое и консульское право, морское право) породила укоренившееся представление, что договоры гораздо более удобны, чем обычаи, хотя бы в силу того, что это писаные нормы, содержание и сферу применения которых установить гораздо проще, чем в случае с обычаем. На это наслонилось перешедшее в международное право из права национального представление о заведомой мудрости законодателя (в случае с международным правом это исполнительная власть, представляющая государства при разработке договоров), который может и должен все предусмотреть в нормативном акте (в договоре) и который никогда не ошибается. Однако идущее как на национальном, так и на между-

народном уровне резкое количественное и качественное нарастание нормативного регулирования все новых и новых сфер общественной жизни быстро показало всю иллюзорность такого подхода. Ни один закон или договор не может предусмотреть все многообразие жизненных ситуаций, которые могут подпадать под его действие. В случае с международными договорами ситуация еще больше осложняется двумя факторами. Во-первых, это отсутствие единого законодателя, на месте которого мы имеем все многообразное сообщество государств с их различными интересами, в том числе сиюминутными. Это приводит к тому, что зачастую желание представителей государств достичь компромисса в отношении формулировок какой-либо статьи договора достигается за счет четкости текста, который становится сознательно двусмысленным, чтобы примирить мнения всех сторон. Во-вторых, сам процесс внесения очевидных и необходимых дополнений и изменений в международные договоры гораздо сложнее, чем в законы на национальном уровне. Для этого, опять-таки, требуется согласие представителей всех государств, и далеко не факт, что оно будет в итоге достигнуто, а сам согласованный текст будет значительно лучше и понятнее, чем предыдущий. На практике эти особенности разработки договоров выливаются либо в двусмысленные или нечеткие формулировки, а также в оставленные без внимания (сознательно или по оплошности) вопросы. Например, даже в таком универсальном и признанном соглашении, как Венская конвенция о дипломатических сношениях 1961 г., на сегодня насчитывается около 10 пробелов, которые заполняются сейчас решениями национальных судов или внутренними актами государств, что приводит к крайней мозаичности практики применения этого договора.

Кроме того, надо упомянуть такую проблему, как устаревание международных договоров. Чем больше времени прошло с момента вступления договора в силу, тем более его первоначальный текст перестает соответствовать изменяющимся окружающим его обстоятельствам. Государства оказываются перед непростым выбором — либо наблюдать, как договор перестает иметь какую-то ценность из-за растущей дистанции с реальностью, либо как-то его модернизировать. Последнее не всегда возможно сделать путем внесения официальных поправок из-за сложной процедуры, предусмотренной самим договором. Колоритным примером в этом отношении является Европейская конвенция о защите прав и основных свобод человека. Она была принята в 1950 г., то есть более 65 лет назад, и понятно, что за это время условия жизни современного общества, да и само общество, коренным образом изменились. Попытаться применить или толковать положения конвенции, исходя из намерений государств на момент ее принятия или жестко следуя тексту, принятому в далеком 1950 г., было бы как минимум контрпродуктивно. При этом процесс внесения поправок в Европейскую конвенцию очень затруднен и требует ратификации всеми 47 государствами — членами Совета Европы. Сейчас уже можно сказать, что Европейскую конвенцию от устаревания спас ЕСПЧ, который изначально создавался лишь как суд для рассмотрения межгосударственных споров, которых в действительности оказалось считаное количество. Взятая ЕСПЧ на вооружение доктрина толкования конвенции как живого инструмента позволила сохранить за ней статус одного из наиболее эффективных соглашений в сфере защиты прав человека.

Приведенный пример с ЕСПЧ показывает, что международные договоры, которые предусматривают создание судебных органов для целей толкования и применения договора, например Соглашение ВТО, договоры региональных интеграционных объединений, находятся в заведомо выигрышном положении именно в силу наличия постоянно действующего суда с обязательной юрисдикцией. Этот суд может своими решениями не только подправлять неудачные положения договора, заполнять пробелы и устранять неясности, но и модернизировать нормы договора,

даже если для этого потребуется отойти от первоначального текста договора. Как показывает практика многих судов, такая ситуация вполне устраивает государства, которые понимают все издержки, связанные с внесением поправок в договор, и предпочитают делегировать эту миссию созданным ими судам.

— Чем Вы объясняете тот факт, что за последние десятилетия вопрос выработки новых международных договоров серьезно замедлился? По крайней мере, Комиссия международного права ООН все больше концентрируется на аналитической работе, а не на вопросах разработки новых многосторонних договоров.

— По сравнению с очень щедрыми на успешные кодификационные достижения 60–80-ми годами XX века, сегодняшнее время отличается крайним разнообразием интересов государств, которые весьма трудно привести к общему, универсальному знаменателю. Кроме того, если универсальные конвенции, заключенные в 1960-е годы, больше напоминали крайне необходимые своды минимальных правил сосуществования государств, то сейчас, если мы говорим о дальнейшем регулировании на универсальном уровне, речь может идти о договорах, которые требуют серьезных позитивных обязательств, то есть действий, самоограничений и расходов со стороны государств. На это могут и хотят идти далеко не все. Ярчайшим примером стала подготовительная работа по разработке Парижского соглашения по климату, заключенному в декабре 2015 года. В его основе лежало понимание о необходимости глобального сокращения выбросов парниковых газов, а отсутствие четких и юридически обязательных требований к государствам о снижении выбросов делает иллюзорным достижение какого-либо результата. Многие развивающиеся страны были категорически против введения принципа равной ответственности государств за ухудшение климата или выступали за весьма существенную компенсацию от развитых стран в виде инфраструктуры и технологий экологически чистых производств. И их можно понять, ведь проблема с парниковыми газами создана не ими, а Западом, и Запад уже сейчас просит их ограничить свой рост, ссылаясь на необходимость борьбы с глобальным потеплением, которое в свою очередь явилось результатом экономического роста Запада. В итоге Парижское соглашение было все же подписано благодаря дипломатическим талантам и настойчивости Франции, хозяйки конференции. Однако его текст оказался настолько расплывчатым, а представления стран о том, что именно они подписали, настолько отличающимися, что будущее этого соглашения вызывает самые серьезные опасения.

Однако у замедления регулирования на универсальном уровне есть и еще одна причина, имя которой — регионализм. На региональном уровне оказалось проще и быстрее договориться. Здесь нет пакетного подхода, как в той же ВТО, на региональном уровне можно предусмотреть более строгие обязательства, чем на универсальном, либо согласовать новые, на общемировом уровне еще не принятые. Помимо этого, разработка соглашений на универсальном уровне требует от любого государства уступок, которыми будут пользоваться все без исключения остальные участники этого соглашения, даже его идеологические противники. Не все государства готовы к этому. Ситуация меняется в случае региональных соглашений, где льготы (уступки) можно предоставить лишь определенному кругу стран и даже постараться устроить из этого конкуренцию между потенциальными бенефициарами таких уступок. Например, набирающие сейчас популярность (если в 2005 г. их было 300, то в 2015 г. — уже более 800) разнообразные региональные торговые соглашения — это всегда льготы, согласуемые между собой ограниченным количеством стран (отсюда и появление весьма красноречивого термина — «селективная

либерализация»), и за саму возможность получить эти льготы (например, в виде беспоплатного доступа на огромный рынок США или ЕС) можно попросить очень многое. Например, помимо собственно создания зон свободной торговли, региональные торговые соглашения, заключаемые ЕС и США с третьими странами, ныне включают в себя вопросы инвестиций, интеллектуальной собственности, защиты прав потребителей, трудовых и экологических стандартов, зачастую идя при этом гораздо дальше, чем существующие нормы ВТО, и даже вступая в открытое противоречие с ними. Контрагенты США и ЕС по таким соглашениям вынуждены с этим соглашаться, воспринимая это как плату за селективность и за доступ на богатейшие рынки планеты. В то время как в той же ВТО любые уступки надо будет распространить на всех членов ВТО, что сильно девальвирует возможные политические дивиденды от идущего торгова.

— Алексей Станиславович, чем, по Вашему мнению, вызвано в последние годы внимание к международным судам? Ведь вопрос не только в увеличении их численности, но и в чем-то другом?

— Действительно, до начала 1990-х годов международные суды были довольно редким явлением и практически всегда использовались для разрешения споров между государствами, в случае если государства соглашались передать этот спор на рассмотрение того или иного суда. При этом максимум на что соглашались государства при создании судов, так это на их факультативную юрисдикцию, при которой определяющим было согласие государства на рассмотрение конкретного спора в суде. С середины 1990-х годов начался бурный рост международных судов и трибуналов новой формации, отличительной особенностью которых было наличие уже обязательной юрисдикции, что говорило о коренном изменении представления государств о роли и значении международных судов. Учредительные документы значительной части этих судов предусматривают прямой доступ частных лиц в эти суды с жалобами на действия государств.

Очевидно, что, принимая решение о создании того или иного постоянного международного суда, государства исходят из представления, что плюсы и выгоды, полученные от создания суда, будут превышать те неминуемые неудобства и издержки, которые связаны с этим. Крайне влиятельная на сегодня концепция, пришедшая в международное право из теории международных отношений, исходит из того, что государства, создавая суды, выступают в качестве доверителей (*principals*), делегируя судам (*agents*) некоторые функции, которые эффективнее реализуются именно судами, а не группой государств. Помимо традиционной функции разрешения споров, государства делегируют судам право контроля актов и решений институтов международных организаций, а также в определенной степени право нормотворчества для устранения пробелов (*gap filling*) и прояснения нечетко сформулированных положений (*clarifying ambiguities*) в международных договорах. Эти задачи решаются судами быстрее и эффективнее, чем самими государствами.

Оказалось, что при делегировании вопросов толкования судам и без того тонкая грань между толкованием и нормотворчеством становится вообще эфемерной. Пришло понимание, что у любого международного суда есть известная степень свободы усмотрения или толкования, в силу этого современные международные суды не только толкуют и применяют право, но и создают нормы права. Сами суды стараются не называть это нормотворчеством, используя термины «расширительное толкование», но на деле это может быть созданием новой нормы, прямо не предусмотренной текстом договора. Отсюда и звучащая ныне совсем по-другому дискуссия о роли прецедента в международном праве.

Однако верно оказалось и другое. Любой суд, будь то национальный или международный, существует не в безвоздушном пространстве и нуждается в системе контроля, без которой любое отправление правосудия быстро скатывается к своволю и капризам. С этой точки зрения история любого международного суда — это история попыток суда расширить свою юрисдикцию и попыток государств эту экспансию сдержать.

— После учреждения Суда Евразийского экономического союза у многих были ожидания, что в Минске выстроится очередь из хозяйствующих субъектов, которым необходимо защитить свои права, восстановить справедливость. Этого, однако, не произошло, и Суд, мягко говоря, не сильно загружен. Почему?

— Начавший свою работу с начала 2015 г. Суд ЕАЭС относится к международным судам второго поколения. К нему принадлежат также ЕСПЧ и Суд ЕС. Классические суды (например, Международный суд ООН) рассматривают только межгосударственные споры и обладают факультативной юрисдикцией, при которой споры принимаются к рассмотрению лишь при согласии спорящих сторон. В отличие от классических международных судов, суды новой волны обладают как обязательной юрисдикцией, так и прямым доступом в суд частных лиц, то есть полномочиями рассматривать споры по искам частных лиц. Именно частные лица на сегодня представляют наиболее активную категорию заявителей в международном правосудии. Они не отягощены соображениями большой политики и более последовательны и настойчивы в судебной защите своих прав, чем государства. Рассмотрение их жалоб является основной (и иногда чуть ли не единственной) деятельностью новых международных судов.

Однако для исследователей международного правосудия не является секретом, что у всех судов второго поколения начало было достаточно скромным. Они нарабатывали авторитет и доказывали свою полезность и эффективность не только создавшим их государствам, но и потенциальным заявителям. Тот же Суд ЕС в первые пять лет своего существования ежегодно рассматривал не более 10 дел, а первое преюдициальное заключение было им вынесено через 4 года с момента получения таких полномочий. В пока малом количестве дел свою роль играет и ограниченная юрисдикция Суда ЕАЭС. В отличие от практики других региональных интеграционных объединений, где также создан постоянно действующий суд, в ЕАЭС сужен круг лиц, имеющих право обращаться в Суд. Таким правом наделены лишь сами государства-члены и их хозяйствующие субъекты. Для институтов ЕАЭС и для физических лиц доступ в Суд закрыт. Таким правом наделены лишь хозяйствующие субъекты, что ставит суд ЕАЭС в один ряд с Судом Европейского объединения угля и стали (1953–1957 гг.), где правом обращения в суд обладали лишь предприятия. Надо отметить, что в интеграционных объединениях с прямым доступом частных лиц (ЕС, ЕАСТ, Андское сообщество, КОМЕСА, ЮЕМОА) такое право предоставлено любым юридическим и физическим лицам. Суду ЕАЭС еще предстоит убедить потенциальных заявителей, что они найдут у него эффективную защиту своих прав, которые в противном случае могут предпочесть искать судебную защиту в других международных или национальных судах, оспаривая акты ЕАЭС в ЕСПЧ, в ОРС ВТО, в конституционных судах стран — членов Союза либо в инвестиционных арбитражах.

— В августе 2016 г. ОРС ВТО было принято сразу два решения против Российской Федерации. Однако ни одно из них у нас в стране не было прокомментировано ни со стороны юридического сообщества, ни со стороны

чиновников. Хотя на Западе комментарии появились буквально через несколько дней после принятия соответствующих решений. С чем связана такая ситуация? Почему у нас никто об этом не говорит, никто не разъясняет обществу, что принято и почему?

— Вы затронули крайне болезненную тему. Состоявшееся несколько лет назад долгожданное и все равно неожиданное для многих вступление России в ВТО вызвало шквал публикаций, докладов на конференциях и выступлений в СМИ по этой тематике. Многие из них грешили описательным характером и были отражением некой «моды» на ВТО (интересно, что ранее такая же ситуация была с присоединением России к Совету Европы и ЕСПЧ). Сейчас эта волна уже прошла. Вступление России в ВТО не повлекло за собой краха российской экономики, как предсказали некоторые. Оказалось, что сама ВТО находится в затяжном кризисе и из трех основных своих функций — разработка новых правил международной торговли, контроль за их исполнением и разрешение споров — первые две пребывают в состоянии стагнации, а наибольшего успеха и признания ВТО удалось добиться именно при разрешении межгосударственных торговых споров. В прошлом году количество споров, переданных государствами на рассмотрение в ОРС ВТО за все 20 лет существования этой организации, превысило 500. По этому показателю ОРС значительно опередил не только Международный суд ООН (за почти 70 лет — чуть больше 160 обращений), но и своего предшественника — систему рассмотрения споров в ГАТТ, где за 47 лет было рассмотрено около 300 споров.

Еще лет 10 назад существовали опасения, что разнообразные региональные механизмы по разрешению споров, предусмотренные набирающими популярность региональными торговыми соглашениями, составят конкуренцию ОРС ВТО и что такой конфликт юрисдикций приведет к появлению противоречащих решений. На практике оказалось, что региональные арбитражные механизмы практически не используются, а государства предпочитают ОРС ВТО в силу высокого авторитета, наличия апелляционной инстанции и накопившейся и устоявшейся практики.

Кроме того, стало очевидным, и для России в том числе, что система разрешения споров в ВТО де-факто следует доктрине *stare decisis*, что в результате привело к появлению новых норм, которые применяются к поведению всех государств — членов ВТО. Более того, поведение основных пользователей этой системы — ЕС и США позволяет предположить, что они молчаливо исходят именно из де-факто прецедентной силы решений ОРС ВТО в своих исках (иногда малозначительных, но поднимающих важные для этих игроков вопросы). Сочетание де-факто прецедента и *egra omnes* эффекта решений приводит к тому, что на практике немалая часть нормотворческой повестки ВТО реализуется не через предусмотренные Соглашением ВТО процедуры, а через подачу в ОРС ВТО новых исков и последующих решений апелляционного органа (процесс, получивший название «судебная либерализация международной торговли»). Особую актуальность этому придает стагнация Дохийского раунда переговоров о дальнейшей либерализации международной торговли. Однако полноправно участвовать в этом процессе и влиять на принимаемые таким образом решения могут лишь те страны, которые обладают достаточным интеллектуальным потенциалом в виде знания и понимания логики и правил токования соглашений ВТО при разрешении споров, а также умения применить эти знания на практике. Такой потенциал есть у США и ЕС, что дает им все основания считать это своим дополнительным конкурентным преимуществом. Тот же Китай предпринимает сейчас сверхусилия, для того чтобы сократить свое отставание в этом вопросе, что, к сожалению, нельзя сказать о позиции российских властных структур.

При этом можно отметить, что на уровне научного и даже судейского сообщества уже сложилось понимание того, что исследования проблематики ВТО на хорошем профессиональном уровне невозможны без колоссальной работоспособности, умения погружаться в многостраничные доклады третейских групп и апелляционного органа и разбирать хитросплетения их доводов и рассуждений. Это в свою очередь требует совершенно новых навыков в понимании как динамики общего развития международного права в целом, так и современной практики толкования международно-правовых норм.

Оказалось, что к этому готовы пока далеко не все. Весьма красноречивым примером этого является тот факт, что два недавно вынесенных решения третейских групп против России (по делам DS475 *Russia — Measures on the Importation of Live Pigs, Pork and Other Pig Products* и DS485 *Russia — Tariff Treatment of Certain Agricultural and Manufacturing Products*) не удостоились пока никаких комментариев со стороны отечественных научных кругов, и это вызывает сожаление и даже тревогу. Ведь эти решения не только стали первыми решениями, вынесенными против России, но и самым непосредственным образом касались крайне важных для страны вопросов — соотношения права ВТО и права ЕАЭС, а также ответственности по праву ВТО государств — членов ЕАЭС за решения, принятые органами Союза.

— На протяжении 18 лет, когда Российская Федерация вела переговоры о присоединении к ВТО, в качестве основного (если не единственного) преимущества назывался доступ в Орган по разрешению споров. Именно по этой причине, собственно, промышленность и поддержала присоединение. Мы уже 4 года в ВТО и ни одного выигранного спора. Ни одной победы. Как Вы думаете: в чем причина?

— Во-первых, пока просто рано говорить о результатах. Средний срок рассмотрения спора в ВТО составляет 4 5 лет. Очевидно одно — России крайне выгоден существующий механизм рассмотрения споров в ВТО, и мы стараемся учиться играть в эти игры, хотя, может быть, и не так концентрированно и упорно, как тот же Китай. На сегодня Россия выступает заявителем в четырех спорах, ответчиком — в семи, а третьим лицом — в 29-ти (!). Желание получить опыт есть, вопрос только в том, как он будет накапливаться, применяться и кто будет выступать его хранителем. Однако процесс накопления такого опыта быстрым не будет и в любом случае потребует серьезных затрат со стороны именно государства, а не бизнеса. Интеллектуальный капитал в виде знания и опыта успешной защиты национальных интересов в ОРС ВТО по праву считается во всем мире серьезным конкурентным преимуществом на мировом рынке, таким, как и природные запасы нефти и газа. Приобретение такого капитала является сейчас весьма насущной задачей нашей страны.

Компетенция Европейского союза по регулированию отношений в энергетической сфере*

Гудков Иван Владимирович,
доцент кафедры правового регулирования
ТЭК Международного института энергетической политики
и дипломатии (МИЭП) МГИМО (У) МИД России,
кандидат юридических наук
gudkov@gazprom.ru

В статье рассматриваются характерные особенности пределов компетенции Европейского союза по регулированию энергетических отношений, обращается внимание на особенности реализации стратегии Энергетического союза, где весьма актуальным становится вопрос об определении объективных правовых пределов компетенции ЕС по регулированию энергетических отношений. В выводе автором указывается на то, что регулирование энергетических отношений оставляет ощутимый простор для поддержания и принятия национальных мер в этой области.

Ключевые слова: энергетическое право, Энергетический союз, международные договоры, Европейский союз, принцип субсидиарности.

Competence of the European Union to Regulate Energy Relations

Gudkov Ivan V.,
Assistant Professor of the Department
of Legal Regulation of Fuel & Energy Complex
of the International Institute
of Energy Policy and Diplomacy (MIEPD)
of the Moscow State Institute of International Relations (University)
of the Ministry of Foreign Affairs of Russia,
Candidate of Legal Sciences

This article discusses peculiarities of the European Union competence to regulate energy relations, draws attention to the peculiarities of the implementation of the Energy Union strategy, where the definition of the objective legal competence of the European Union to regulate energy relations becomes relevant. In conclusion, the author points out that the regulation of energy relations affords great opportunities for maintenance and adoption of national measures in this area.

Key words: energy law, Energy Union, international treaties, the European Union, principle of subsidiarity.

* Настоящая статья отражает личную точку зрения автора и не представляет официальной позиции какого-либо учреждения или организации.

В феврале 2015 года Европейская комиссия (далее — Комиссия) опубликовала пакет документов об Энергетическом союзе — инициативе, запущенной в 2014 году: сообщение «Рамочная стратегия Энергетического союза с долгосрочной политикой изменения климата» и «Дорожную карту построения Энергетического союза»¹.

Пять измерений Энергетического союза: энергетическая безопасность, солидарность и доверие; единый энергетический рынок; энергетическая эффективность; декарбонизация экономики. Инновации и исследования призваны сообщить поступательное развитие основным существующим направлениям энергетической политики ЕС. В рамках стратегии Энергетического союза Комиссия сформулировала следующие предложения:

- новые, более амбициозные целевые установки по сокращению выбросов, энергоэффективности и возобновляемым источникам энергии;
- расширение компетенции ЕС в сфере внешних энергетических отношений;
- повышение прозрачности в ТЭК;
- усиление действующих механизмов реагирования на перебои с поставками газа;
- расширение поддержки инфраструктурных проектов, направленных на диверсификацию источников поставки газа².

Предполагается, что реализация стратегии Энергетического союза приведет к появлению у двадцати восьми государств — членов ЕС «единого голоса» на международной энергетической арене и тем самым усилит позиции отдельных государств — членов ЕС в отношениях с третьими странами.

Под эгидой Энергетического союза Комиссия активно продвигает инициативы по усилению наднациональных полномочий в ТЭК, как в вопросах регулирования внутреннего энергетического рынка, так и в области внешних энергетических отношений. В феврале 2016 года она опубликовала пакет соответствующих законодательных предложений, который сейчас проходит обсуждение в Совете ЕС и Европейском парламенте³.

По экспертным оценкам, одним из основных побудительных импульсов к формированию Энергетического союза стала обеспокоенность ЕС сильной зависимостью от поставок энергоресурсов из России, обострившаяся на фоне ухудшения политических отношений ЕС с Россией вследствие разразившегося в 2014 году кризиса в Украине⁴.

Действительно, как показывает практика, идея Энергетического союза зачастую используется политиками ЕС и отдельных государств-членов как предлог для продвижения проектов, направленных на приобретение энергоресурсов из новых

¹ Communication from the Commission «A Framework Strategy for a Resilient Energy Union with a Forward-Looking Climate Change Policy». 25.02.2015. COM (2015) 80 final.

² См. подробнее: Гудков И. Каким будет Европейский энергетический союз? // Нефть, газ и право. 2015. № 2.

³ Этот пакет включает следующие предложения: Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council concerning measures to safeguard the security of gas supply and repealing Regulation (EU) No. 994/2010. COM (2016) 52 final 2016/0030(COD); Proposal for a Decision of the European Parliament and of the Council on establishing an information exchange mechanism with regard to intergovernmental agreements and non-binding instruments between Member States and third countries in the field of energy and repealing Decision No. 994/2012/EU. COM (2016) 53 final 2016/0031 (COD). Анализ данных предложений см.: Гудков И. Новые предложения Европейской комиссии в области надежности поставок газа и международного энергетического сотрудничества [Электронный ресурс] // Интернет-журнал «Вся Европа». 2016. № 9 (112).

⁴ Кавешников Н. Энергетический союз ЕС как ответ на «российский вызов» [Электронный журнал] // Аналитическая записка. Институт Европы РАН. 2015. № 19. URL: <http://ieras.ru/newspub.htm>.

источников поставки, и для противодействия новым инфраструктурным проектам, инициированным Россией.

Так, в связи с обсуждением «Северного потока — 2» институты ЕС призвали к тому, чтобы новые инфраструктурные проекты проверялись на соответствие не только законодательству, но и «принципам Энергетического союза»⁵ (Комиссия) и «целям Энергетического союза»⁶ (Совет ЕС). В свою очередь несколько высокопоставленных чиновников Комиссии заявили о том, что «Северный поток — 2» не соответствует целям и принципам Энергетического союза⁷.

Такой подход привносит политизацию и неопределенность в энергетические отношения, поскольку, во-первых, ни цели, ни принципы Энергетического союза не определены, во-вторых, законодательство ЕС не требует установления такого соответствия.

Изложенное позволяет сделать вывод о том, что в контексте реализации стратегии Энергетического союза весьма актуальным становится определение объективных правовых пределов компетенции ЕС по регулированию энергетических отношений. Определение данных пределов позволит разграничить «правовую действительность» от «политических желаний» и сформировать реалистичные выводы о будущем инициатив, выдвигаемых в рамках стратегии Энергетического союза.

Компетенция Европейского союза как интеграционного образования определена учредительными актами ЕС, источниками так называемого «первичного права», которые в рамках правовой системы ЕС имеют высшую юридическую силу и которым должны соответствовать производные акты «вторичного права», принимаемые институтами ЕС: регламенты, директивы и решения.

Совместная компетенция и принцип субсидиарности

Пункт 2 статьи 4 Договора о функционировании Европейского союза (ДФЕС) относит энергетику к области *совместной компетенции ЕС и его государств-членов*.

Раздел XXI ДФЕС, состоящий из одной статьи 194, уточняет границы компетенции ЕС в области энергетики. Первый пункт данной статьи определяет цели энергетической политики ЕС:

- обеспечение функционирования энергетического рынка;
- обеспечение надежности поставок энергии в ЕС;
- продвижение энергоэффективности и энергосбережения и развитие новых и возобновляемых форм энергии;
- развитие соединений между энергетическими сетями.

Указанные цели должны достигаться «в контексте построения и функционирования внутреннего рынка при необходимости сохранения и улучшения окружающей среды» и «в духе солидарности между государствами-членами».

Оговорка «о солидарности», включенная в ДФЕС по инициативе Польши и стран Балтии вследствие российско-украинского транзитного кризиса 2009 года, не имеет четкого нормативного содержания, по-разному трактуется разными государствами-членами и представляет собой скорее политическую декларацию, чем норму права⁸.

⁵ Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee, the Committee of the Regions and the European Investment Bank «State of the Energy Union 2015». 18.11.2015. COM (2015) 572 final. P. 11.

⁶ European Council meeting (17 and 18 December 2015). Conclusions. P. 7.

⁷ Sefcovic M. Nord Stream is not in conformity with the Energy Union's goals. Euractiv. 11.02.2016 [Electronic resource]. Available at: <https://www.euractiv.com/section/europe-s-east/interview/sefcovic-nord-stream-is-not-in-conformity-with-the-energy-union-s-goals>; SPEECH/15/5797. Commissioner Arias Cañete at the European Parliament Plenary: opening and concluding remarks. Strasbourg. 07.10.2015.

⁸ Andoura S. Energy Solidarity in Europe: from Independence to Interdependence. Jacques Delors Institute. June, 2013, pp. 30–33.

Принципиально важным в указанных положениях ДФЕС является отнесение энергетики в область совместной компетенции ЕС и его государств-членов.

Регулирование в областях, подпадающих под совместную компетенцию, может осуществляться как на уровне ЕС, так и на уровне его отдельных государств-членов. Ответ на вопрос о том, должно ли регулирование конкретных энергетических отношений осуществляться на национальном или наднациональном уровне, зависит от принципа субсидиарности, который условно можно назвать первым ограничителем компетенции ЕС в энергетической отрасли.

Согласно данному принципу ЕС вправе принимать меры по вопросам совместной компетенции лишь в том случае, когда цели этих мер в силу своего масштаба или эффекта не могут быть действенным образом достигнуты на национальном уровне⁹.

Хотя наднациональное энергетическое законодательство ЕС является достаточно развитым, такая важная область энергетических отношений, как надежность поставок («security of energy supply»), в силу действия принципа субсидиарности продолжает оставаться предметом преимущественно национального регулирования.

В исследовании С. Хаджиджи о юридических аспектах энергетической безопасности ЕС отмечено отсутствие на уровне ЕС мер, полностью гарантирующих «энергетическую безопасность каждого государства-члена с учетом всех юридических, политических и технических аспектов внутренней и внешней безопасности»¹⁰.

Указанный автор отмечает: «У Комиссии нет экспертов в области энергетики, для того чтобы анализировать самые базовые меры, необходимые для обеспечения надежности энергетических поставок»¹¹ — и далее утверждает, что у Евросоюза нет профессиональной экспертизы, позволяющей понять «логику связывания различных транспортных маршрутов, таких как трубопроводы, и создания новых маршрутов»¹².

Поэтому даже в тех случаях, когда регулирование отдельных вопросов надежности энергетических поставок делегируется на уровень ЕС, за государствами-членами сохраняется центральная роль в этой сфере, включая важнейшие вопросы сетевого развития. Можно сказать, что вторичное законодательство ЕС развивается в направлении повышения административного вмешательства в вопросы сетевого строительства и отводит здесь ключевую именно роль государствам-членам и национальным регуляторам.

Тот факт, что обеспечение надежности поставок энергии остается преимущественно национальной сферой ответственности, подтверждается и отсутствием на уровне ЕС нормативно-правового определения данного понятия. Хотя надежность поставок наряду с либерализацией и устойчивым развитием является одним из направлений «триады» энергетической политики ЕС¹³, сам по себе термин «надежность поставок энергии» не определен ни в законодательстве ЕС, ни в документах Комиссии¹⁴.

⁹ Статья 5 (3) Договора о Европейском союзе (ДЕС) устанавливает: «Согласно принципу субсидиарности, в областях, не подпадающих под его исключительную компетенцию, Союз должен действовать только в том случае и в той степени, когда цели предлагаемого действия не могут быть достаточным образом достигнуты на уровне государств-членов на центральном, региональном либо локальном уровне, но по причине масштаба или эффекта предлагаемого действия могут быть лучше достигнуты на уровне Союза».

¹⁰ Haghghi S. Energy Security. The External Legal Relations of the European Union with Major Oil and Gas Supplying Countries. Oxford and Portland, Oregon, 2007, p. 182.

¹¹ Ibid. P. 183.

¹² Ibid. P. 184.

¹³ См., например, ст. 3 (1) Третьей газовой директивы, которая в качестве своей цели называет достижение «конкуренного, надежного и экологически устойчивого рынка природного газа».

¹⁴ Комиссия отмечает, что отсутствует простое определение надежности поставок и что «чаще всего под ней понимают доступность газа пользователям по приемлемым ценам». См.: Com-

К. Талус, исследовавший политико-правовые подходы к определению надежности поставок энергии в ЕС, отмечает, что, хотя нормативно-правовая дефиниция этого термина отсутствует, акты вторичного энергетического законодательства ЕС «в качестве отправной точки (для описания надежности поставок. — Прим. авт.) берут непрерывность поставки»¹⁵. Данный ученый отмечает, что «концептуализация надежности поставок является сложной, поскольку она может пониматься по-разному», и, обобщая различные политические и доктринальные подходы к определению данного термина, приходит к выводу, что «надежность поставок в ЕС включает физическую доступность, техническую надежность и приемлемые цены»¹⁶. Он далее отмечает: «надежность поставок не является абсолютной концепцией и не может быть полностью гарантирована» — и констатирует, что «многие ведущие авторы, так же как Комиссия, предпочитают не определять эту концепцию», а фокусироваться на определении рисков, угрожающих надежности поставок, и средств их предотвращения¹⁷.

Другие специалисты по энергетическому праву ЕС, А. Джонсон и Дж. Блок, также указывают на отсутствие в правовом режиме ЕС дефиниции «надежность поставок энергии» и фрагментарность подхода к определению мер, направленных на ее обеспечение. По их мнению, «в законодательстве ЕС практически не было ни одной попытки ввести легальную дефиницию надежности поставок, что, в частности, породило спекуляции на тему того, может ли разумность или приемлемость цен на энергию быть частью концепции ЕС по надежности поставок»¹⁸.

Надежность поставок энергии как соображение публичного интереса

Помимо того, что в регламентации отношений по обеспечению надежности поставок энергии принцип субсидиарности работает «в пользу» государств-членов, следует также отметить, что надежность поставок энергии рассматривается в праве ЕС как категория «публичного интереса» — вид «общественной безопасности» («public security»)¹⁹.

В практическом плане это позволяет государствам-членам ссылаться на нее как на основание для принятия и поддержания национальных мер, отклоняющихся от общих предписаний права ЕС, включая базовые свободы, нормы конкуренции и положения вторичного законодательства. Данное право государств-членов также следует рассматривать в качестве ограничителя компетенции ЕС в области энергетики.

Право государств-членов по принятию самостоятельных мер, направленных на обеспечение общественной безопасности (в т.ч. надежности поставок энергии) вытекает как из ДФЕС (ст. 36, 52, 65, 106 (2)), так из актов вторичного энергетического законодательства ЕС.

Суд ЕС исходит из того, что «государства-члены остаются в существенной степени свободными закреплять для своих национальных нужд требования публичной

munication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of Regions on the Directive 2004/67/EC of 26.04.2006 concerning measures to safeguard security of natural gas supply.

¹⁵ Talus K. Vertical Natural Gas Transportation Capacity, Upstream Commodity Contracts and EU Competition Law. Kluwer Law International, 2011, p. 45.

¹⁶ Ibid.

¹⁷ Ibid. P. 47.

¹⁸ Johnson A., Block G. EU Energy Law. Oxford University Press. 2012. P. 239.

¹⁹ Energy Law in Europe. Ed. by M. Roggenkamp, C. Redgwell, A. Ronne and I. del Guayo. Third Edition. Oxford University Press. 2016. P. 352.

политики и общественной безопасности как основания для отклонения (от базовых свобод.— *Прим. авт.*), при этом такие требования должны трактоваться строго, чтобы их сфера не могла определяться в одностороннем порядке без контроля институтов ЕС»²⁰. Суд ЕС признает, что на публичную политику и общественную безопасность можно ссылаться, если есть «настоящая и достаточно серьезная угроза фундаментальному интересу общества»²¹.

В качестве примеров успешной защиты национальных ограничительных мер в сфере ТЭК, на основе соображений надежности поставок энергии, можно привести следующие:

— ограничение свободы движения товаров (требование обязательной покупки определенного объема нефтепродуктов у национальной перерабатывающей компании), обусловленное необходимостью предотвратить дефицит энергии в случае кризиса²²;

— ограничение свободы движения капитала (наличие у государства-члена «золотой акции», дающей право отменять определенные сделки), обусловленное необходимостью предотвратить риск утраты государством-членом контроля над стратегическими энергетическими активами; такой контроль, по мнению Суда ЕС, позволял «гарантировать энергетические поставки в случае кризиса»²³;

— ограничение свободы конкуренции (в форме регулирования цены на газ), обусловленное необходимостью гарантировать экономическую доступность энергии потребителям²⁴.

В указанных делах Суд ЕС выразил согласие с тем, что соответствующие национальные меры, направленные на обеспечение минимально требуемых объемов энергии в случае кризиса и приемлемых цен на энергию, были необходимы в целях надежности поставок энергии²⁵.

Суверенное право государств-членов регулировать доступ в свои добывающие сектора и определять структуру своих энергетических балансов

Второй пункт статьи 194 ДФЕС предусматривает, что меры, направленные на достижение целей энергетической политики ЕС, должны приниматься парламентом и Советом ЕС в рамках обычной законодательной процедуры (т.е. на основе квалифицированного большинства голосов)²⁶ после консультаций с Экономическим и социальным комитетом и Комитетом регионов.

Из этого общего правила сделано важное изъятие: принимаемые парламентом и Советом ЕС законодательные меры «не должны затрагивать право государства-члена определять условия эксплуатации его энергетических ресурсов, его выбор

²⁰ Case C-463/00 *Commission v. Spain* [2003] ECR I-04581, para 34.

²¹ Case C-326/07 *Commission v. Italy* [2009] ECR I-2291, para 70.

²² C-72/83 *Campus Oil Ltd v. Minster of Industry and Energy*, [1984] ECR 2727.

²³ Case C-503/99, *Commission v. Belgium* [2002] ECR I-4809.

²⁴ Case C-265/08, *Federutility and others*.

²⁵ В деле «*Federutility and others*», которое рассматривалось в порядке преюдициального производства, Суд ЕС оставил на разрешение национального суда вопрос о пропорциональности соответствующей национальной меры.

²⁶ В соответствии со ст. 16 (4) ДЕС при применении обычной законодательной процедуры квалифицированное большинство в Совете ЕС достигается при соблюдении следующих условий:
— «за» должны проголосовать 55% государств — членов ЕС;
— «за» должны проголосовать государства-члены, которые представляют как минимум 65% населения ЕС.

между различными источниками энергии и общую структуру его энергетических поставок».

Таким образом, вопросы доступа в добывающий сектор ТЭК и определения состава национальных энергетических балансов оставлены учредительным актом в исключительной компетенции государств-членов ЕС. Передача компетенции по вопросу определения состава национальных энергетических балансов на уровень ЕС возможна только на основании единогласного решения Совета ЕС²⁷.

Исключительное право государств-членов регулировать вопросы доступа к национальным энергетическим ресурсам и определять состав национальных энергетических балансов следует рассматривать в качестве еще одного важного ограничителя компетенции ЕС в энергетической сфере.

Компетенция ЕС в сфере внешних энергетических отношений

Наличие внутренней совместной компетенции по вопросам энергетики не означает, что ЕС и государства-члены должны совместно вести внешние энергетические отношения и заключать международные энергетические договоры с третьими странами.

Во внешней сфере действует правило, согласно которому за пределами исключительной внешней компетенции ЕС государства-члены проводят самостоятельную внешнюю политику.

Пункт 2 статьи 3 ДФЕС устанавливает, что ЕС имеет исключительную компетенцию по заключению международных договоров лишь в следующих трех случаях:

- когда их заключение предусмотрено в нормативно-правовом акте ЕС;
- когда их заключение необходимо для выполнения ЕС своей внутренней компетенции;
- когда их заключение способно затронуть правила ЕС или изменить их сферу действия.

В указанных случаях только ЕС, но не государства-члены, имеет право заключать международные договоры, даже если области сотрудничества, охватываемые ими, относятся к внутренней совместной компетенции ЕС. Такой подход отражает выработанную Судом ЕС доктрину «*подразумеваемой исключительной внешней компетенции Евросоюза*». Согласно данной доктрине, действия ЕС в определенной внутренней сфере подразумевают наличие у ЕС исключительной внешней компетенции по заключению международных договоров, касающихся этой сферы. Иными словами, только ЕС может заключить международный договор, предмет которого внутри Европейского союза в значительной степени урегулирован законодательством ЕС. Цель доктрины состоит в «сохранении эффективности европейского права и надлежащем функционировании систем, установленных его нормами»²⁸.

Таким образом, ЕС, принимая в рамках внутренней совместной компетенции нормативно-правовые акты по вопросам энергетики, автоматически расширяет свою исключительную внешнюю «энергетическую компетенцию».

Чем более детальным и объемным становится внутреннее энергетическое *acquis*, тем сильнее становятся позиции ЕС в сфере внешних энергетических отношений. В связи с этим С. Хаджиджи отмечает: «Чем более “густым” становится вторичное законодательство... тем больше шансы расширения компетенции ЕС и постепенного исчезновения компетенции государств-членов»²⁹.

²⁷ Насколько известно автору настоящей работы, решения на основании статьи 192(2)(с) ДФЕС пока что не принимались.

²⁸ Opinion 1/03 re the new Lugano Convention [2006] ECR I-1145, para 131.

²⁹ Haghghi S. Op. cit. P. 183.

Важно, однако, что это усиление внешней «энергетической компетенции» Евросоюза носит в значительной степени формальный характер. Ведь в отличие от суверенных государств — членов ЕС, обладающих универсальной международной правосубъектностью, международная правосубъектность Евросоюза является делегированной, ограниченной и целевой. Поэтому даже при реализации своей исключительной внешней компетенции у Евросоюза нет «рамочного мандата» на заключение международных договоров с третьими странами. Проведение Евросоюзом в лице Комиссии переговоров по каждому международному договору, его подписание и заключение требует отдельного мандата от государств — членов ЕС. Согласно статье 218 ДФЕС такой мандат *ad hoc* выдается Советом ЕС, как правило, на основе квалифицированного большинства голосов. То есть внешнеполитические инициативы Комиссии могут быть заблокированы государствами-членами, имеющими необходимый пакет голосов в Совете ЕС.

Единственным прецедентом, когда Совет ЕС наделил Комиссию правом проведения переговоров по международному энергетическому договору, стороной которого должен стать ЕС (без государств-членов), является выданный в 2011 году мандат на переговоры с Азербайджаном и Туркменистаном по международному соглашению о Транскаспийском газопроводе³⁰. Этот международный договор до сих пор не заключен, и перспективы его заключения не являются ясными.

Выводы

Изложенное выше показывает, что регулирование энергетических отношений, хотя и отнесено к совместной компетенции ЕС и его государств-членов, в силу действия принципа субсидиарности, наличия «публичного интереса» и ряда прямо именованных в учредительном акте изъятий, оставляет ощутимый простор для поддержания и принятия национальных мер в этой области.

Соответственно, политический курс на существенное усиление «наднационального регулирования» в рамках реализации стратегии Энергетического союза имеет объективные правовые ограничители, которые не позволят радикально изменить «статус-кво» и сделать Брюссель единственным «центром управления» энергетики ЕС.

Литература

1. Гудков И. Каким будет Европейский энергетический союз? // Нефть, газ и право. 2015. № 2.
2. Гудков И. Новые предложения Европейской комиссии в области надежности поставок газа и международного энергетического сотрудничества [Электронный ресурс] // Интернет-журнал «Вся Европа». 2016. № 9 (112).
3. Кавешников Н. Энергетический союз ЕС как ответ на «российский вызов» [Электронный журнал] // Аналитическая записка. Институт Европы РАН. 2015. № 19. URL: <http://ieras.ru/newspub.htm>.
4. Andoura S. Energy Solidarity in Europe: from Independence to Interdependence. Jacques Delors Institute. June, 2013, pp. 30–33.
5. Energy Law in Europe. Ed. by M. Roggenkamp, C. Redgwell, A. Ronne and I. del Guayo. Third Edition. Oxford University Press. 2016. P. 352.
6. Haghghi S. Energy Security. The External Legal Relations of the European Union with Major Oil and Gas Supplying Countries. Oxford and Portland, Oregon, 2007, p. 182.
7. Johnson A., Block G. EU Energy Law. Oxford University Press. 2012. P. 239.
8. Sefcovic M. Nord Stream is not in conformity with the Energy Union's goals. Euractiv. 11.02.2016 [Electronic resource]. Available at: <https://www.euractiv.com/section/europe-s-east/interview/sefcovic-nord-stream-is-not-in-conformity-with-the-energy-union-s-goals>.
9. Talus K. Vertical Natural Gas Transportation Capacity, Upstream Commodity Contracts and EU Competition Law. Kluwer Law International, 2011, p. 45.

³⁰ Press-release IP/11/1023 «EU starts negotiations on Caspian pipeline to bring gas to Europe». 12.09.2011.

О взаимосвязях особенностей международного права и навыков юриста-международника

Смбатян Анаит Сергеевна,
старший эксперт АНО «Центр экспертизы по вопросам ВТО»,
доктор юридических наук
anait_smbatyan@mail.ru

В статье рассматривается вопрос интеграции профессиональных знаний и умений будущих специалистов международного права в контексте принципа профессиональной направленности обучения. Автор анализирует предмет, методологию, принципы, нормы и вариативность толкования международного права. Выявлены особенности интеграции знаний и умений для будущих специалистов международного права. В заключение автор делает вывод о том, что необходимо целенаправленно формировать у студентов творческое начало, поощрять самостоятельность и оригинальность правового мышления.

Ключевые слова: международное право, юрист-международник, международный правопорядок, международные договоры.

Relations of International Law Aspects and Skills of an International Lawyer

Smbatyan Anait S.,
Senior Expert of Autonomous Non-Commercial Organization
“Center of Expertise for the World Trade Organization”
Doctor of Law

The article discusses the integration of professional knowledge and skills of future international law specialists in the context of professional training principle. The author analyzes the subject, methodology, principles, regulations and variability of interpretation of international law. The integration of knowledge and skills for future international law specialists is characterized. The author concludes on the necessity of meaningful cultivation of students' creativity, encouragement of independence and originality of legal thought.

Keywords: international law, international lawyer, international rule of law, international treaties.

Международное право и национальное право — это две разные планеты. Связи между составляющими системы международного права выстроены иначе, нежели связи между частями и элементами национальных правовых систем. Логика развития системы международного права принципиально отличается от развития национального права. В международном праве все по-другому, оно функционирует в ином «измерении». Это следует воспринимать как данность. И чем раньше обучающийся, который следует за своей мечтой стать юристом-международником, это поймет и внутренне примет, чем меньше в попытке найти ответы на вопросы в обла-

сти международного права будет цепляться за категории национального права, тем скорее он начнет думать на языке международного права. Последнее — важнейшее качество юриста-международника.

Среди отличий международного права от права любого государства следует прежде всего упомянуть такие, как принципиально иные механизмы нормообразования, отсутствие строго заданной иерархии правовых источников, единого законодателя, механизмов принуждения, обязательных правил поведения и обязательности юрисдикции органов международного правосудия без выраженного на то согласия государств. Указанное в свою очередь предопределяет такие особенности, как обусловленность международного права волей суверенных государств, плюрализм международного правового порядка, преобладание горизонтальных связей между источниками международного права, нормативная ценность и значимость правовых позиций международных судов и арбитражей, вариативность толкования международного права, обусловленность разрешения конкретных ситуаций их контекстом, основополагающее значение правовой аргументации в международных спорах. Подчеркнем, это не недостатки международного права, но его характерные, неотъемлемые качества.

Обусловленность международного права волей суверенных государств

Государства как основные субъекты международного права есть первоисточник права. Именно их воля формирует право, изменяет и отменяет его положения (в данном вопросе спорить с проф. Г.И. Тункиным, мягко говоря, бесперспективно). В том числе именно этим объясняется тот феномен, что подавляющее большинство норм международного права являются выражением субъективных прав и обязательств. Число же универсальных, общеобязательных принципов и норм невелико. Государства могут творить право напрямую, заключая между собой договоры, своим поведением формируя обычные нормы международного права, а могут наделять полномочиями правотворчества международные организации. В последнем случае государства остаются первоисточником права, международная же организация является инструментом, проводником их воли. Международная правосубъектность организаций — это опять же результат волеизъявления государств. Потому что именно они учреждают международные организации и именно они прекращают их деятельность. Именно государства создают международные суды, расширяют либо сужают их компетенцию, а то и вовсе приходят к выводу об их ненужности. Ни одна международная организация и ни один международный суд не должны забывать о том, что они существуют только потому, что на то есть воля государств.

Таким образом, государства для себя создают международное право, для себя выстраивают архитектуру международного правового порядка.

Плюрализм международного правового порядка

В историческом контексте развития международных отношений вторая половина XX столетия, особенно его последняя четверть, характеризовалась беспрецедентным подъемом авторитета международного права¹. Профессор И.И. Лукашук отмечал, что после Второй мировой войны в результате «победы антигитлеровской коалиции наступил «золотой век» международного права². Действительно, в этот период были достигнуты выдающиеся результаты в области кодификации междуна-

¹ См.: Сибатян А.С. Эволюция международного правового порядка: универсализация или фрагментация? // Вестник Московского университета. Серия 11: Право. 2013. № 6.

² Лукашук И.И. Победа в Отечественной войне и развитие международного права // Международное публичное и частное право. 2005. № 4. С. 3. См. также: Хлестов О.Н. Прогноз развития международного права в XXI веке // Московский журнал международного права. 2001. № 2. С. 26, 28; Лукашук И.И. Глобализация и право // Государство и право. 2005. № 12. С. 112.

родного права, выработаны основополагающие многосторонние договоры. Активный рост международного сотрудничества (а в отдельных сферах — его расцвет) способствовал распространению регулирующего воздействия международного права на новые области политической, экономической, социальной, научной, культурной, торговой и других сфер деятельности. Многие явления, которые традиционно считались прерогативой внутригосударственного регулирования, стали рассматриваться сквозь призму международного права. В результате плодотворной и быстро расширявшейся практики урегулирования «на согласованной основе»³ целого ряда вопросов в таких областях, как международная безопасность, права человека, торговля, инвестиции, охрана окружающей среды и др., произошло радикальное увеличение объема нормативного материала, главным образом договорных источников международного права. Одновременно с развитием международного права, укреплением его авторитета и значимости как регулятора международных отношений произошли институциональные изменения: увеличилась численность международных организаций и органов международного правосудия — международных судов и арбитражей. Как отмечает профессор А.А. Моисеев, «институционализация международных отношений — тенденция мирового развития, объективной основой которой выступает интенсификация международных связей»⁴.

Произошедшие в международном праве изменения привели к трансформации собственно структуры международного правопорядка.

В качестве ключевых характеристик международного правопорядка большинство отечественных ученых традиционно выделяют стабильность и упорядоченность. Так, профессор И.И. Лукашук считал, что международный правопорядок является одновременно результатом упорядочения системы международных отношений при помощи международного права и выступает как система правоотношений, созданная в процессе международно-правового регулирования⁵. По мнению профессоров Н.А. Ушакова и М.Л. Энтина, международный правопорядок — это «совокупность правоотношений, которые складываются в соответствии с предписаниями основных общепризнанных его принципов — норм, имеющих императивный характер общеобязательного права (*ius cogens*)». Международный правопорядок устанавливается по взаимному соглашению членом международного сообщества государств, выражающему их согласованную государственную волю и взаимный интерес, и поддерживается индивидуальными и коллективными мерами государств и государственными конституционными механизмами — международными организациями и органами»⁶. Профессор А.В. Василенко ядром международного правопорядка считал порядок отношений между суверенными национальными государствами⁷. Профессор А.П. Мовчан описывал международный правопорядок как «воплощающий интересы международного сообщества государств в целом порядок отношений, который установлен на основе принципов и норм действующего международного права и направлен на обеспечение нормальных миролюбивых и

³ Тихомиров Ю.А. Суверенитет государств: гарантии стабильности и динамизма // Право и политика. 2012. № 3. С. 396.

⁴ Моисеев А.А. Международные финансовые организации (правовые аспекты деятельности). М., 2003. С. 25.

⁵ Лукашук И.И. Международно-правовое регулирование международных отношений. М., 1975. С. 17, 18.

⁶ Международный порядок: политико-правовые аспекты / под общ. ред. Г.Х. Шахназарова. М.: Наука, 1986. С. 83.

⁷ Василенко А.В. Стратегия международного обеспечения миропорядка // Вестник Киевского ун-та. Международные отношения и международное право. 1984. Вып. 18. С. 4.

дружественных отношений и сотрудничества между всеми государствами, независимо от политических, экономических, социальных систем и уровня их развития»⁸.

Объединяет все перечисленные подходы представление о модели международного правопорядка как об идеальной, вдохновленной архитектурой внутригосударственных правопорядков. С определенными оговорками доминирующее в отечественной доктрине международного права представление о международном правопорядке можно охарактеризовать как конституционализм. Данное направление имеет среди зарубежных правоведов-международников немало сторонников. В современном прочтении наиболее характерным и объединяющим приверженцев конституционализма в международном праве является отстаивание необходимости «борьбы» с фрагментацией международного права за «восстановление» его единства, главным образом посредством укрепления вертикали источников международного права. При этом не всегда учитывается то обстоятельство, что исходной платформой фрагментации международного права как явления может быть только его единство. Если нет единства, понятие фрагментации бессмысленно. Как правило, единство международного права принимается как данность, в то время как оно не является, на наш взгляд, ни очевидным, ни бесспорным.

Результатом доктринального осмысления происходящей в международном праве трансформации, вызванной, в частности, увеличением и укреплением отдельных договорных режимов (правопорядков), стало направление, получившее название «плюрализма международного права», в разработку которого большой вклад внесли П. Берман (Paul Berman) и Н. Крисч (Niko Krisch).

П. Берман, входящий в число родоначальников данной концепции, пишет: «Некоторым из исследователей международного права не удается обнаружить в нем реальное “право”, поскольку они пытаются найти выстроенные иерархически предписания, подкрепляемые механизмом принудительного исполнения. В отличие от этого, в понимании плюралистического подхода взаимодействия между различными судами и регулирующими органами чаще характеризуются диалектическими свойствами, не имеющими ничего общего ни с прямым иерархическим контролем, традиционно осуществляемым апелляционными судами, ни с простым диалогом, подразумеваемым доктриной вежливости»⁹. П. Берман также отмечает: «Безусловно, чего плюралистический подход *не* дает, так это авторитетной системы координат, позволяющей определить, какие нормы должны иметь преимущественную силу в этом беспорядочном запутанном мире. Он также не дает и ответа на вопрос о том, кто должен принимать решения. На самом деле, плюрализм принципиально оспаривает позитивистскую предпосылку о том, что однозначный ответ на такие вопросы вообще возможен»¹⁰. Принципиальным и наиболее ценным в концепции П. Бермана является то, что в качестве ключевой характеристики современного международного правопорядка он выделяет диалектическое взаимодействие и взаимосвязи между различными правовыми режимами и их институтами¹¹, на что обращают внимание и другие исследователи¹². Например, в понимании А. Фишера-Лескано и Г. Тойбнера глобальный правопорядок является глубоко плюралистическим, поскольку функциональная дифференциация международного сообщества воспроизводится в дифференци-

⁸ Мовчан А.П. Вклад ООН в укрепление международного правопорядка (к 40-летию ООН) // Правоведение. 1985. № 6. С. 25.

⁹ Berman P.S. Global Legal Pluralism. Southern California Law Review. 2007. Vol. 80. P. 1197.

¹⁰ Berman P.S. A Pluralist Approach to International Law. The Yale Journal of International Law. 2007. Vol. 32. P. 372.

¹¹ Berman P.S. Global Legal Pluralism. Southern California Law Review. 2007. Vol. 80. P. 1197–1201.

¹² See: Ahdieh R.B. Between Dialogue and Decree: International Review of National Courts. New York University Law Review. 2004, December. Vol. 79. P. 2029–2163.

ации правовых подсистем, каждая из которых обладает своими особенностями и собственной, присущей именно ей рациональностью¹³. Н. Крисч в качестве одной из сильных сторон плюралистического подхода выделяет его способность учитывать конфликтующие положения, каждое из которых претендует на превосходство¹⁴.

Убедительных оснований для утверждения, что международное право должно либо может развиваться в направлении «конституционализации» и «укрепления вертикали», на сегодняшний день нет. Более того, по нашему мнению, пик «универсализации» международного права, равно как и укрепления его институтов на глобальном уровне, к началу XXI в. пройден. Тенденция к сужению и выхолащиванию повестки обсуждения проектов многосторонних международных договоров, отсутствие многосторонних инициатив в области учреждения новых международных организаций и (не в последнюю очередь) регионализация как доминирующий вектор развития международного сотрудничества конца XX — начала XXI в. — все это признаки тенденции, принципиально отличной от укрепления «вертикали» международного права как нормативной системы. Видимо, именно по этой причине среди сторонников конституционализма в международном праве едва ли найдутся приверженцы жестко детерминированной системы норм и институтов, поскольку подобные концепции по определению нежизнеспособны.

Осознавая невозможность полного отрицания феномена плюрализма как такового, сторонники конституционализма предлагают компромиссную концепцию конституционного плюрализма. В частности, в рамках последнего сформулирован тезис о том, что «логика противопоставления «плюралистический — конституционный может представлять собой различные способы описания мер одного и того же порядка либо требовать их разъединения в той степени, в какой они представляют собой различные переменные с потенциальной возможностью взаимодействия друг с другом»¹⁵. С одной стороны, действительно наблюдается объективное — в силу диалектики исторических процессов переустройства мира — усиление взаимозависимости государств, что ведет к выработке общеобязательных правил регулирования международных отношений. Но, с другой стороны, не менее очевидно и то, что процессы эти происходят не столько на абстрактно глобальном, сколько на региональном и субрегиональных уровнях. В этой связи на первый план выходит задача рассмотрения проблематики сосуществования отдельных (обособленных) договорных режимов и правопорядков, установления юридической природы выстраиваемых ими связей, причем как между собой, так и с универсальным правопорядком, в основе которого лежат положения Устава Организации Объединенных Наций. В то же время механическое апеллирование к авторитету статьи 103 Устава ООН¹⁶ проблемы соотношения правопорядков не разрешает и разрешить не может¹⁷.

Современный международный правопорядок, будучи основанным на общепризнанных принципах и нормах международного права, развивается в направле-

¹³ See: Fischer-Lescano A., Teubner G. Regime-Collisions: the Vain Search for Legal Unity in the Fragmentation of Global Law. Michigan Journal of International Law. 2004, Summer. Vol. 25. P. 999–1046.

¹⁴ See: Krisch N. The Case for Pluralism in Postnational Law. LSE Law, Society and Economy Working Papers. 2009. No. 12. London School of Economics and Political Science Law Department [Electronic resource]. Available at: http://www.lse.ac.uk/collections/law/wps/WPS2009-12_Krisch.pdf (Accessed 04.10.2016).

¹⁵ Sweet A.S. Constitutionalism, Legal Pluralism, and International Regimes. Indiana Journal of Global Legal Studies. 2009, Summer. Vol. 16. No. 2. P. 632.

¹⁶ Статья 103 гласит: «В том случае, когда обязательства членов Организации по настоящему Уставу окажутся в противоречии с их обязательствами по какому-либо другому международному соглашению, преимущественную силу имеют обязательства по настоящему Уставу».

¹⁷ См., напр.: Joined cases C-402/05 415/05, Jasin Abdullah Kadi and Al Barakaat International Foundation v. Council of the European Union and the Commission of the European Communities [2008] ECR I-0635.

нии диверсификации, усложнения его структуры. Международное право, с одной стороны, выражает «центростремительные тенденции»¹⁸, с другой стороны, становится по существу локализирующимся, адекватным наработанным и широко признанным возможностям решения конкретных проблем международных отношений, состоящим из кластеров отдельных договорных режимов. Таким образом, среди характерных особенностей современного международного правопорядка наблюдаются плюрализм и преобладание горизонтальных связей между составляющими его договорными режимами и отдельными правопорядками. В то же время плюрализм международного правопорядка ни в коем случае не подразумевает отсутствия системности международного права.

Преобладание горизонтальных связей между источниками международного права

Любой принцип, любая норма международного права есть результат компромисса между двумя и более государствами¹⁹, которые, садясь за стол переговоров, преследуют свои собственные интересы. Компромисс предполагает выработку формулировок, которые на определенном уровне абстракции отвечают или как минимум не противоречат интересам соответствующих государств. Однако согласование нормы международного права не означает, что создавшие такую норму государства под нажимом либо в силу иных факторов скорректировали свои интересы либо вовсе отказались от них. Из этого выводится важное следствие: международно-правовым нормам присуща напряженность (порой даже конфликтность) заложенных в них интересов.

Еще менее определенно обстоит дело с формированием обычных норм, сам факт наличия которых нередко является предметом разбирательства в международных судах. Потому что вопрос о том, сформировалась или нет на определенный момент времени та или иная обычная норма международного права, — всегда есть вопрос оценки. На сей счет не существует никаких жестко заданных параметров. Известен лишь определенный набор факторов, учитывая которые (но придавая отдельным из них больший вес, чем остальным) правоприменительные органы, и прежде всего международные суды, фиксируют факт наличия искомой обычной нормы.

В международном праве в силу особенностей его развития не сложилась строгая иерархия источников²⁰, что вызвано рядом объективных причин. Отсутствует законодательный орган, обеспечивающий единство международного права и его внутреннюю непротиворечивость. При заключении международных договоров государства и иные субъекты международного права могут договориться о неприменении положений общего международного права, за исключением тех, которые имеют характер общеобязательных. В докладе Комиссии международного права ООН по фрагментации международного права отмечается, что отклонения от общих принципов права «отражают разные цели и предпочтения субъектов плюралистического (глобального) общества. В условиях социальной неоднородности бессмысленно настаивать на формальном единообразии. Право, которое не отражает сложившиеся различия между фактическими ситуациями или между интересами и ценностями, которые представляются актуальными в конкретных ситуациях либо проблемных областях, было бы совершенно неприемлемым, утопичным и авторитетным».

¹⁸ Колосов Ю.М. Некоторые современные вопросы международного права // Советское государство и право. 1990. № 11. С. 84.

¹⁹ Исключением являются положения, закрепленные в односторонних актах государств.

²⁰ См.: Смбалян А.С. Консолидация как средство разрешения нормативных конфликтов и укрепления целостности международного права // Вестник Новосибирского государственного университета. Серия: Право. 2013. Том 9. Вып. 2. С. 175–184.

тарным одновременно»²¹. Нужно также учитывать фактор взаимодействия международного и национального права. Поскольку такое взаимодействие не является «линейным», следует согласиться с тем, что «развитие международного права не может происходить по замкнутому циклу, без преломлений и корреляций, поскольку его сфера тесно смыкает грани международного и национального регулирования, постепенно делая их более «мягкими» и гибкими в отдельных областях, в других — сохраняя твердость «краеугольных» форм и методов, описанных классической доктриной международного права»²². Сотрудничество государств в сферах, представляющих для них наибольший интерес, укрепление правовых режимов, некоторые из которых обретают черты отдельных правопорядков, в то же время оставаясь частью универсального международного правопорядка, — все это ведет к преобладанию между источниками международного права горизонтальных связей.

В науке международного права высказывалось мнение о том, что «вследствие коллапса правовых иерархий единственная реалистичная цель — разработать структурно не соподчиненные друг другу правовые формы, которые ограничиваются восполнением связей между фрагментами права»²³. Трудно согласиться с тем, что в оценке существующего положения в международном праве уместно использование термина «коллапс», в результате которого образовались «фрагменты права». В то же время очевидно, что в сложившихся условиях на первый план выходит необходимость «восполнения», а порой даже «выстраивания» связей между принципами и нормами международного права, правовыми режимами и правопорядками. Ведущая роль в этом процессе отведена органам международного правосудия — постоянно действующим международным судам и арбитражам *ad hoc*. Связано это с тем, что разрешение многих международных споров требует вынесения суждений относительно того, как выстроены связи между разными источниками международного права, как нормы двух и более договоров соотносятся между собой, существует ли между ними нормативный конфликт или нет. Потому что, для того чтобы протестировать конкретные обстоятельства спорной ситуации через призму правовых норм, нужно прежде всего определить с тем, какие именно нормы должны быть применены в данном конкретном случае.

Нормативность правовых позиций международных судов и арбитражей

Рассмотрение международного спора на всех его этапах требует, как правило, привлечения участниками процесса серьезных интеллектуальных, организационных, политических и других ресурсов. При обращении в международные суды и арбитражи стороны руководствуются ожиданиями, сформированными под влиянием предыдущей международной практики решения соответствующих вопросов. В этой связи последовательность и предсказуемость практики разрешения международных споров и рассмотрения иных дел, отнесенных к юрисдикции органов международного правосудия, имеют большое значение. Эта задача решается посредством цитирования собственных либо заимствования правовых позиций.

Цитирование и заимствование правовых позиций могут облекаться в форму достаточно подробного анализа и сравнения в хронологическом и эволюционном ракурсе сделанных ранее выводов по одному и тому же вопросу международного права. Цити-

²¹ Fragmentation of International Law: Difficulties Arising from the Diversification and Expansion of the International Law. Report of the Study Group of the International Law Commission Finalized by Martti Koskeniemi. A/CN.4/L.682, 13 April 2006. Para 16 (footnote omitted).

²² Каширкина А.А., Морозов А.Н. Пределы международно-правового регулирования и развитие интеграционных процессов на постсоветском пространстве // Журнал зарубежного законодательства и сравнительного правоведения. 2011. № 5. С. 121.

²³ Fischer-Lescano A., Teubner G. Regime-Collisions: the Vain Search for Legal Unity in the Fragmentation of Global Law. Michigan Journal of International Law. 2004. Vol. 25. P. 1017.

рование может также быть в виде простого упоминания одного или нескольких решений, с указанием соответствующих пунктов либо страниц, причем как в основном тексте «цитирующего» решения, так и в подстрочных ссылках. Как правило, выбор того или иного метода цитирования и заимствования обусловлен поставленными в каждом конкретном случае задачами. Если рассматривается вопрос, в отношении которого в практике разрешения международных споров отмечается устойчиво единообразный подход, то за редким исключением цитируется вывод одного-двух предыдущих решений либо просто упоминаются их названия. При рассмотрении вопросов, в отношении которых единообразная правоприменительная практика и (или) подходы не наработаны, соответствующий международный суд, как правило, достаточно подробно анализирует каждый из существующих (сложившихся) подходов и только после этого обосновывает собственные выводы — формирует правовую позицию по рассматриваемому вопросу.

Правовые позиции международных судов и арбитражей образуют нормативное окружение договорных и обычных норм международного права, ввиду чего последние читаются и осмысливаются в контексте и с учетом таких правовых позиций. Неважно, являются решения международных судов источником международного права или нет. В практическом плане формальная сторона вопроса — источник или не источник — значения не имеет. Важно лишь то, как соответствующие правовые позиции воспринимаются самими судьями и спорящими сторонами. На первый план, таким образом, выходит субъективная сторона вопроса²⁴. Факт в том, что сформулированные ранее правовые позиции лежат в основе аргументов и выводов по существу споров. Спорящие стороны отстаивают собственное понимание содержания правовых норм как основы обоснования позиций. С этой целью они прибегают к устоявшимся и (или) впервые формулируемым правовым концепциям и подходам, опираются на актуальные и не очень теоретические разработки, обращаются к доктринальным источникам, докладом Комиссии международного права ООН. Судьи изучают представленные доказательства и аргументы сторон, формулируют свое понимание содержания положений, являющихся предметом разногласий.

Вариативность толкования международного права

Казалось бы, установление содержания положений международного права вопрос вполне себе понятный, поскольку существуют общепризнанные правила толкования международных договоров, кодифицированные в статьях 31–32 Венской конвенции о праве международных договоров 1969 г. (далее — ВКПМД)²⁵, которыми и следует руко-

²⁴ Ввиду чего нужно вернуться к воззрениям представителей психологической школы права и в особенности ее основоположника Л.И. Петражицкого.

²⁵ Статья 31 «Общее правило толкования» гласит:

1. Договор должен толковаться добросовестно в соответствии с обычным значением, которое следует придать терминам договора в их контексте, а также в свете объекта и целей договора. 2. Для целей толкования договора контекст охватывает, кроме текста, включая преамбулу и приложения: а) любое соглашение, относящееся к договору, которое было достигнуто между всеми участниками в связи с заключением договора; б) любой документ, составленный одним или несколькими участниками в связи с заключением договора и принятый другими участниками в качестве документа, относящегося к договору. 3. Наряду с контекстом учитываются: а) любое последующее соглашение между участниками относительно толкования договора или применения его положений; б) последующая практика применения договора, которая устанавливает соглашение участников относительно его толкования; с) любые соответствующие нормы международного права, применяемые в отношениях между участниками. 4. Специальное значение придается термину в том случае, если установлено, что участники имели такое намерение.

Статья 32 «Дополнительные средства толкования» гласит:

Возможно обращение к дополнительным средствам толкования, в том числе к подготовленным материалам и к обстоятельствам заключения договора, чтобы подтвердить значение, вытекающее из применения статьи 31, или определить значение, когда толкование в соответствии со

водствоваться. Это, однако, не совсем так. Толкование представляет собой, пожалуй, один из самых сложных вопросов международного права. Связано это прежде всего с тем, что каждый элемент правил толкования — обычное значение слов, намерение, контекст, объект и цель договора, подготовительные материалы — вызывает множество вопросов, оставляя за толкователем широкую свободу усмотрения.

Слова могут иметь множественные, порой даже противоположные значения, со временем устаревать. Контекст может быть ближним и дальним (включать, например, не только положения рассматриваемого международного договора, но и иных правовых источников). Что касается намерений составителей международных договоров, то они могут выражаться по-разному. Кроме того, как правильно подмечено Комиссией международного права ООН, пределы «толкования» необязательно определяются неизменным «первоначальным намерением», но скорее должны определяться с учетом более широкого круга соображений, включая известные позднейшие события²⁶. Объект и цель международных договоров, как известно, выводятся из преамбулы и текста (контекста) договора. Преамбулы, однако, пишутся с использованием широких формулировок. Ввиду этого, чем же истолковываемое положение, тем сложнее его привязать к абстрактным целям, изложенным в преамбуле. Подготовительные материалы могут не носить исчерпывающего характера и (или) включать неактуальные переговорные позиции, формируя, таким образом, не соответствующее действительности представление о намерениях сторон на момент подписания договора. В то время как отсутствие определенных положений в подготовительных материалах может быть следствием самых разных обстоятельств, толкователю ошибочно может прийти к выводу о единстве мнений сторон по соответствующему вопросу. Таким образом, ВКПМД не дает ответов на вопросы о том, как понимать конкретные фразы договора, где начинаются и заканчиваются границы контекста, как устанавливать объект и цель договора, какой вес следует придавать каждому элементу общего правила толкования в отдельно взятом случае. Это вопросы *эмпирического* порядка.

Следует помнить и о том, что международные договоры и иные правовые источники не существуют в вакууме. Они являются частью социальной действительности, взаимодействуют друг с другом, испытывают на себе влияние последующего поведения и соглашений сторон, функционируют в широком контексте международных отношений. В этой связи уяснение содержания принципа либо нормы международного договора в каждом конкретном случае требует детального изучения всего спектра вопросов, образующих соответствующий фактический и правовой контекст. Справедливым, особенно применительно к международному праву, является наблюдение Е. Эрлиха (Eugen Ehrlich) о том, что «проблема не в том, чтобы просто знать, что означает норма, но в том, как она живет и работает, как адаптируется к различным реалиям жизни, как ее обходят и как она с успехом преодолевает обходные маневры»²⁷. Таким образом, единственно верного, оторванного от фактического и правового контекста толкования норм международных договоров не существует.

Обусловленность разрешения ситуации ее контекстом и основополагающее значение правовой аргументации

Изложенное дает основания для вывода о том, что разрешение конкретной международно-правовой ситуации всегда обусловлено ее *контекстом*. Уникальность ситуации может потребовать от сторон по спору и правоприменительных органов установить взаимосвязи между двумя или более договорными режимами (правопо-

статьей 31: а) оставляет значение двусмысленным или неясным; или b) приводит к результатам, которые являются явно абсурдными или неразумными.

²⁶ Доклад Комиссии международного права ООН. 66-я сессия. 2014. Документ A/69/10. С. 231.

²⁷ Ehrlich E. Judicial Freedom of Decision: Its Principles and Objects. In Science of Legal Method: Select Essays by Various Authors. Boston. 1917. P. 78.

рядками), соотнести между собой правовые источники, обосновать применимость (неприменимость) в каждом конкретном случае правовых позиций международных судов, принятых по аналогичным либо схожим вопросам, посредством толкования обосновать требуемое содержание принципов и норм международного права.

Парадокс в том, что в то время как студентов в международном праве, как правило, привлекает масштаб решаемых с его помощью задач (в отличие, например, от вопросов, решаемых с помощью инструментария земельного права), на практике от специалистов прежде всего требуются способности сфокусированного, очень глубокого предметного анализа. Связано это с тем, что споры, возникающие в области международного права, в основном связаны с разногласиями в отношении толкования не просто отдельно взятых статей международных договоров, но отдельных слов и фраз. Это чрезвычайно затрудняет подготовку позиции, потому что чем меньше слов (ведь оспариваются фразы, формирующие конкретные обязательства, а не сам договор), тем более концентрированным и глубоким должен быть правовой анализ.

В этой связи эффективное выстраивание наступательной либо защитной позиции по международным спорам требует, как минимум, двух ключевых навыков: способности правильной интерпретации фактического контекста (включая определение его границ) и обоснования такого содержания применимых в конкретном случае правовых норм, которое отвечает интересам государства. С технической точки зрения для формирования указанных навыков требуется, во-первых, овладение искусством письменной юридической речи (знания, не подкрепляемые навыками выстраивания правовой аргументации и доказывания, бесполезны) и, во-вторых, способность критической оценки юридических текстов.

Письменная речь не прощает ошибок, допустимых в устной речи. В этой связи автор должен ответственно относиться к написанному, отвечать за *каждое слово*. При этом недостаточно просто сослаться на правильную норму международного договора, например, на нарушение режима наибольшего благоприятствования по статье I Генерального соглашения по тарифам и торговле 1994 г. Потому что за этой статьей и ее отдельными фразами — сотни страниц аргументов и правовых позиций Органа по разрешению споров ВТО. Это и есть то нормативное окружение статьи I, без которого она в эмпирическом, фактическом плане уже не существует.

Но даже наличие у соответствующей правовой нормы «неблагоприятного» (с учетом конкретных обстоятельств) нормативного окружения ни в коем случае не подразумевает бесперспективности отстаивания позиции и заведомой проигрышности спора. В силу указанных выше особенностей системы международного права в подавляющем большинстве случаев выигрыш либо проигрыш спора — это вопрос аргументации. Сказанное ни в коем случае не значит, что тексты правовых источников мало что значат. Общеизвестно и мы разделяем тезис о том, что отправной точкой толкования всегда является *текст* международного договора, поскольку именно он выражает намерения сторон. Однако текст — это не мраморная статуя, но инструмент защиты интересов государства, причем инструмент довольно гибкий.

Будущий юрист-международник должен исходить не только из того, что *написано* (будь то в договоре, решении международного суда, авторитетной научной работе), но и из того, как в свете всего этого *доказать* позицию, отвечающую интересам страны, в каждом конкретном случае. Анализ споров, урегулированных в рамках Всемирной торговой организации, например, показывает, что наиболее интересные решения, в которых имел место не просто качественный скачок в толковании, но «разворот» в развитии соответствующих правил международной торговли, построены на *новых* концепциях и теоретических подходах, предложенных одной из спорящих сторон, как правило истцом. Такие концепции (теоретические подходы) «встраиваются» в нормативное окружение соответствующих правовых норм и в силу релевантных в параметрах конкретной ситуации факторов «отодвигают» на второй

план противоположные им концепции (теоретические подходы). В результате оспариваемые положения международного договора «прочитываются» сквозь призму именно этих концепций (теоретических подходов). То же касается и доводов о неприемлемости в рамках определенной ситуации (спора) устоявшихся правовых позиций международных судов и арбитражей. Не игнорируя нормативного окружения принципов и норм, а, наоборот — учитывая каждую его составляющую, посредством выработки убедительной правовой аргументации, можно достичь поставленных целей.

Самостоятельное формулирование концепций, теоретических подходов, обоснование необходимости отступления от ставших общепринятыми точек зрения и правовых позиций — задачи чрезвычайно трудные. Навыки их решения нужно формировать целенаправленно. Развивать в студентах творческое начало, поощрять самостоятельность и оригинальность правового мышления. Будущий юрист-международник должен знать, что готовых ответов на вопросы не существует. Есть только заданные фактические обстоятельства и правовые нормы, которые нужно «связать» между собой и истолковать так, чтобы решить конкретный вопрос, отстаивать интересы своего государства.

Литература

1. Василенко А.В. Стратегия международного обеспечения миропорядка // Вестник Киевского ун-та. Международные отношения и международное право. 1984. Вып. 18. С. 4.
2. Каширкина А.А., Морозов А.Н. Пределы международно-правового регулирования и развитие интеграционных процессов на постсоветском пространстве // Журнал зарубежного законодательства и сравнительного правоведения. 2011. № 5. С. 121.
3. Колосов Ю.М. Некоторые современные вопросы международного права // Советское государство и право. 1990. № 11. С. 84.
4. Лукашук И.И. Глобализация и право // Государство и право. 2005. № 12. С. 112.
5. Лукашук И.И. Международно-правовое регулирование международных отношений. М., 1975. С. 17, 18.
6. Лукашук И.И. Победа в Отечественной войне и развитие международного права // Международное публичное и частное право. 2005. № 4. С. 3.
7. Международный порядок: политико-правовые аспекты / под общ. ред. Г.Х. Шахназарова. М.: Наука, 1986. С. 83.
8. Мовчан А.П. Вклад ООН в укрепление международного правопорядка (к 40-летию ООН) // Правоведение. 1985. № 6. С. 25.
9. Моисеев А.А. Международные финансовые организации (правовые аспекты деятельности). М., 2003. С. 25.
10. Смбалян А.С. Консолидация как средство разрешения нормативных конфликтов и укрепления целостности международного права // Вестник Новосибирского государственного университета. Серия: Право. 2013. Том 9. Вып. 2. С. 175–184.
11. Смбалян А.С. Эволюция международного правопорядка: универсализация или фрагментация? // Вестник Московского университета. Серия 11: Право. 2013. № 6.
12. Тихомиров Ю.А. Суверенитет государств: гарантии стабильности и динамизма // Право и политика. 2012. № 3. С. 396.
13. Хлестов О.Н. Прогноз развития международного права в XXI веке // Московский журнал международного права. 2001. № 2. С. 26, 28.
14. Ahdieh R.B. Between Dialogue and Decree: International Review of National Courts. New York University Law Review. 2004, December. Vol. 79. P. 2029–2163.
15. Berman P.S. A Pluralist Approach to International Law. The Yale Journal of International Law. 2007. Vol. 32. P. 372.
16. Berman P.S. Global Legal Pluralism. Southern California Law Review. 2007. Vol. 80. P. 1197.
17. Ehrlich E. Judicial Freedom of Decision: Its Principles and Objects. In Science of Legal Method: Select Essays by Various Authors. Boston. 1917. P. 78.
18. Fischer-Lescano A., Teubner G. Regime-Collisions: the Vain Search for Legal Unity in the Fragmentation of Global Law. Michigan Journal of International Law. 2004. Vol. 25. P. 999–1046.
19. Krisch N. The Case for Pluralism in Postnational Law. LSE Law, Society and Economy Working Papers. 2009. No. 12. London School of Economics and Political Science Law Department [Electronic resource]. Available at: http://www.lse.ac.uk/collections/law/wps/WPS2009-12_Krisch.pdf (Accessed 04.10.2016).
20. Sweet A.S. Constitutionalism, Legal Pluralism, and International Regimes. Indiana Journal of Global Legal Studies. 2009, Summer. Vol. 16. No. 2. P. 632.

Завеса секретности при арбитражном разрешении международных инвестиционных споров

Попов Евгений Васильевич,
доцент Московского государственного института
международных отношений (Университета)
Министерства иностранных дел Российской Федерации
(МГИМО (У) МИД РФ),
кандидат юридических наук
evgueny.popov@gmail.com

Статья посвящена анализу принципа прозрачности и практике соблюдения секретности при разрешении инвестиционных споров между инвесторами и государствами на примере прежде всего дел, рассматриваемых в Международном центре по урегулированию инвестиционных споров (МЦУИС), а также факторов и соображений, оказывающих влияние на разрешение споров между инвесторами и государствами в процессе урегулирования разногласий.

Ключевые слова: международные инвестиционные споры, арбитраж, международные суды, принципы арбитражного разбирательства, сохранение конфиденциальности.

Secrecy in Arbitral Settlement of International Investment Disputes

Popov Evgeny V.,
Assistant Professor of the Moscow State Institute
of International Relations (University) of the Ministry of Foreign Affairs
of Russia (MGIMO (U) of the MFA of the RF),
Candidate of Legal Sciences

Referring to the cases between investors and the states that were brought for adjudication to the International Centre for Settlement of Investment Disputes (the ICSID), the article deals with the analysis of the principle of transparency and the practice of maintaining of the secrecy in the context of the resolution of investment disputes between investors and the states as well as the analysis of the factors and considerations that have an impact on the claims' adjudication process between investors and the states.

Key words: international investment disputes, arbitration, international courts, principles of arbitration, secrecy in adjudication.

Введение

Споры между инвесторами и государствами являются одной из самых многочисленных категорий обращения к средствам международных механизмов урегулирования разногласий в XXI столетии. Одной из основных причин, объясняющих данный феномен, может быть попытка экономически активных субъектов международной предпринимательской деятельности (инвесторов) дать ответ на вызо-

вы современных реалий экономической деятельности для разрешения сложных юридических споров между инвесторами и государствами средствами международного правосудия, не зависящими от ограничений национальных правопорядков, основывающимися на международно-правовых механизмах, юридическая действительность обязательств которых основана на международно-договорной основе.

Еще во второй половине XX столетия отчетливо проявилась тенденция к активному процессу формализации институтов международного правосудия для целей урегулирования инвестиционных споров между государствами и инвесторами. Были проведены масштабные мероприятия по созданию Международного центра по урегулированию инвестиционных споров Всемирного банка на основе Вашингтонской конвенции 1965 года и Дополнительного протокола к ней от 1979 года, был подписан в 1994 году Договор к Энергетической хартии.

Обратившись к практике Международного центра по урегулированию инвестиционных споров, накопленной за десятилетия его работы по разрешению споров между инвесторами и государствами, можем прийти к выводу о том, что система разрешения споров в рамках МЦУИС сложилась таким образом, что стороны арбитражных процессов все чаще предпочитают урегулирование спора способом, позволяющим избежать огласки принятых решений, размеров присужденных компенсаций и деталей по урегулированию процедурных вопросов.

Статистика разбирательств в МЦУИС свидетельствует, что имеется огромное количество случаев прекращения споров путем их урегулирования до стадии вынесения решения арбитрами.

Цель предлагаемой статьи — осветить прозрачность деятельности международных арбитражных способов по разрешению международных инвестиционных споров на примере самого успешного органа по такого рода спорам — МЦУИС, а также приоткрыть «завесу секретности» в арбитражном разрешении инвестиционных споров между государствами и инвесторами, посмотрев на причины и следствия создания такой завесы.

Постановка проблемы

Изменения в областях применения международного права применительно к способам, формам и конкретным механизмам разрешения споров между инвесторами и государствами происходят достаточно продолжительное время. Далеко не новость, что исторически пальма первенства в формировании приоритетов и консенсусов касательно принципов, способов, форм и механизмов урегулирования инвестиционных споров принадлежала государствам — полноправным участникам международного общения. Можно даже утверждать, что многочисленные области международно-правового правоприменения были под эксклюзивным контролем государств — активных участников международно-правового нормотворчества.

В настоящее же время тенденция получила иной импульс, который состоит в том, что степень развития международно-правового нормотворчества и правоприменения привела к созданию и признанию специальной либо ограниченной международной правосубъектности у новых субъектов международно-правовых норм — международных организаций, инвесторов и международных судебных и арбитражных институтов.

Сложно оспорить утверждение о том, что, по крайней мере, частично вопросы разрешения споров между инвесторами и государствами находятся в ведении международных правовых институтов, что ограничивает степень влияния государств как субъектов международного права на процесс правоприменения. Данный вопрос получил внимание в литературе и служит подтверждением того, что процесс эволюции международного права происходит именно по пути развития

международных правовых институтов, созданных консенсуально, в рамках универсальных либо межрегиональных международно-правовых соглашений¹.

Теперь международные суды наделены широкими полномочиями в отношении разбирательств между инвесторами и государствами по самым разным вопросам — от финансовой отчетности до защиты прав человека и загрязнения окружающей среды.

Расширение прав и возможностей международных правовых институтов особенно наглядно в разбирательствах экономического характера, таких как, например, инвестиции и торговля. Укрепление международной правовой системы ставит новые вопросы перед специалистами по международному праву, самым неоднозначным из которых оказался вопрос прозрачности международных разбирательств.

С одной стороны, считается, что прозрачность — это ключевой показатель эффективности правового института, свидетельствующий о верховенстве права и меньших расходах на ведение производства по делу. Однако на деле не все так однозначно.

Процессуальная и правовая прозрачность может оказаться очень затратным и «неудобным» мероприятием. Нетрудно предположить, что в процессе разрешения спора может быть разглашена «неудобная» для обеих сторон разбирательства информация, как, например, вынужденные уступки в международной сделке или разглашение закрытой коммерческой информации, чем в свою очередь могут воспользоваться конкуренты.

В своей статье «Против урегулирования» («Against Settlement») автор Owen Fiss утверждает, что открытые разбирательства не должны быть «простимулированы или переоценены», потому что они могут нанести ущерб публичным интересам, так как в отсутствие общественного контроля подрывают легитимность правовой системы, ведут к коррупции и препятствуют созданию и корректному применению правового прецедента². Противники открытых разбирательств, наоборот, утверждают, что подобные разбирательства крайне затратны и наносят материальный ущерб бюджету суверенного государства, затрагивают права и интересы неограниченного круга налогоплательщиков — третьих лиц (третьих лиц по отношению к сторонам спора.— *Прим. автора*), причиняют вред их благосостоянию, что они менее эффективны.

Международные иностранные инвестиции в настоящее время составляют около 1,5 трлн долларов в год, что, несомненно, делает споры инвесторов и государств еще более важными и принципиальными как для прямых сторон спора, так и для различного рода косвенных сторон, на права и интересы которых результаты разрешения того или иного спора могут иметь непосредственное влияние (граждане, неправительственные организации, международные организации, государственные органы и т.д.).

Компании, размещающие свои активы и капиталовложения за рубежом, опасаются любого вида ограничений или изъятия инвестиции из собственности либо полномочий инвестора, а в самом худшем случае — национализации со стороны принимающего государства. Для того чтобы смягчить подобные опасения со стороны инвесторов и укрепить их доверие, многие государства создали:

(1) либо национальный правовой режим, ключевым моментом которого является наличие обязательного независимого арбитража, что предполагает в свою очередь деполитизацию всего процесса разбирательства и его соответствие заранее

¹ См.: Hafner-Burton Emilie M. и Victor David G. Secrecy in International Investment Arbitration: An Empirical Analysis. *Journal of International Dispute Settlement*. 2016. No. 7. P. 161–182; Попов Е.В. Анализ факторов, влияющих на урегулирование споров между инвесторами и государствами, и механизм разрешения споров в ВТО // *Российская юстиция*. 2016. № 9. С. 25–28.

² Fiss O.M. (1984) *Against Settlement*. 93 *Yale LJ* 1073; Howards H.T. (1986) *Commentary, Alternative Dispute Resolution: Panacea or Anathema?* 99 *Harv. L. Rev.* 668, 676–78; Nader L. (1988) *The ADR Explosion — The Implications of Rhetoric in Legal Reform*. 8 *Windsor YB Access to Just* 296, 271 Cf; Edwards H.T. (1985) *Alternative Dispute Resolution: Panacea or Anathema?* 99 *Harv. L. Rev.* 668.

предустановленным правовым критериям, принципам и механизмам (зачастую при условии возможности изъятия из национальной юрисдикции компетенции по разрешению споров между инвесторами и государствами, отказа от применения суверенного иммунитета);

(2) либо обеспечивают режим наибольшего благоприятствования инвесторам, на условиях независимого арбитража (опять-таки, на условиях отказа от суверенного иммунитета и путем возможности применения независимого арбитража для разрешения спора);

(3) либо присоединились к международным договорам и соглашениям, целью которых было обеспечить возможность объективного и независимого механизма для разрешения споров между инвесторами и государствами (для целей настоящей статьи за ее рамками остается вопрос об эффективных гарантиях признания и исполнения арбитражных и судебных решений по делам между инвесторами и государствами).

Несмотря на активное нормотворчество и имеющуюся правоприменительную практику по разрешению споров между инвесторами и государствами на основе любого из трех перечисленных выше форматов, созданный правовой инвестиционный режим одновременно и практически незамедлительно после рассмотрения первых споров путем независимого арбитража превратился в объект массовых разногласий и споров, так как вопрос о том, гарантирует ли он открытость и подотчетность или же действует в интересах тех, кто имеет доступ к чувствительной, конфиденциальной или секретной информации, остался открытым.

В настоящей статье рассмотрен ряд арбитражных разбирательств на примере Международного центра по урегулированию инвестиционных споров Всемирного банка как органа арбитража с полувековой историей. Именно на его долю приходится примерно 60% всех инвестиционных споров международного характера. В основном инвестиционные споры, выносимые на рассмотрение в арбитраж, носят публичный характер, однако информация по самой процедуре разбирательства и принятому решению по тому или иному спору носит закрытый характер и не раскрывается в публично доступных источниках.

Формально обе стороны спора в МЦУИС могут принимать самостоятельные решения относительно степени закрытости процесса, в том числе и от других инвесторов и государств. Кроме этого, досудебные урегулирования споров также остаются закрытыми от общестественности. Например, информация по двум пятым от 246 споров между инвесторами и принимающими государствами, рассмотренным к началу 2012 года в МЦУИС, недоступна для общественности, а данных о доказанности вины государства-ответчика по вопросу причинения и обоснования ущерба инвестора, как и по размерам компенсационных выплат, если таковые были, также нет.

Отсутствие открытых публикаций по подобным арбитражным решениям, размерам присужденных компенсаций или методам рассмотрения самого процесса на интернет-сайтах таких форумов, как МЦУИС, ВТО (СИТ), *International Legal Materials*, не позволяет общественности делать выводы о возможном влиянии международного инвестиционного права на содержание и практическое применение национального правопорядка к существу спора между инвестором и государством.

Следует особо отметить тот факт, что отсутствие данных по инвестиционным разбирательствам усложняет процесс принятия решений об инвестициях в будущем, потому что потенциальные инвесторы не могут быть уверены в том, что принимающее государство соблюдает свои обязательства и отвечает за свои действия. Насколько эффективно и последовательно применяются правовые нормы и законы? Непрозрачность процессов международных инвестиционных споров, как представляется, подрывает легитимность международного инвестиционного права в целом и не ослабляет риски обеих сторон, связанные с прямыми иностранными инвестициями (ПИИ). В то же время закрытость разбирательств и отсутствие общедоступных данных по арбитражным решениям уже давно стали традиционными

ми в сложившейся практике международного коммерческого арбитража, так как способствуют скорейшей договоренности сторон и скрывают от общественности «неудобную» для обеих сторон информацию.

Целесообразно рассмотреть несколько основных моментов методологического свойства, которые могут помочь в анализе причин и следствий применения принципа прозрачности в процессе урегулирования споров между инвесторами и государствами.

Во-первых, растущий объем разбирательств между инвесторами и принимающими государствами позволяет провести необходимые статистические исследования арбитражных споров. Правила МЦУИС дают возможность изучить механизм, по которому стороны засекречивают определенные аспекты разбирательства, в частности такие, как (досудебное) урегулирование, что происходит в 75% случаев при подаче в арбитраж исков. В статье предпринимается попытка объяснить, каким образом и почему засекречивается такого рода информация.

Во-вторых, для привлечения и сохранения инвестиций принимающие государства берут на себя некие обязательства в целях обеспечения благоприятного инвестиционного климата в стране. В первую очередь это контрактное обязательство обращаться в независимый арбитраж при возникновении спора. При этом политическая ситуация в принимающем государстве может измениться, что, в свою очередь, повлияет на выполнимость принятых на себя обязательств по соглашению. С другой стороны, государство не может постоянно ссылаться на изменение политической ситуации в стране, потому что это приведет к подрыву доверия со стороны инвесторов.

В-третьих, рассмотрим последствия решения политиков сделать инвестиционный арбитраж полностью прозрачным. Подобное решение вполне реально, так как влияние международного экономического права на государственную политику становится все более заметным. Однако проводимые реформы никак не влияют на уменьшение числа разбирательств закрытого характера. Например, в 2006 году в МЦУИС была проведена комплексная процессуальная реформа, цель которой заключалась в обеспечении прозрачности в контексте арбитражных разбирательств по спорам между инвесторами и государствами на основе международных договоров. После реформы наблюдался резкий рост числа разбирательств закрытого характера. Мы предполагаем, что расплывчатость или полное отсутствие значимых последствий открытых арбитражных разбирательств объясняется тем, что изначально не предполагалось, что реформы будут оказывать какое-либо влияние на урегулирование спора. Получается, последствием реформы стала прямая дорога к засекреченности всего процесса.

Процедура МЦУИС

МЦУИС был сформирован в 1966 году в качестве судебной инстанции под эгидой Всемирного банка, куда имели право обращаться частные фирмы и предприниматели для разрешения частных инвестиционных споров с принимающими государствами. Инвесторы напрямую обращались в Международный арбитражный суд без предварительного рассмотрения инвестиционных исков в государственном суде, где разбирательство, как презюмировалось создателями и сторонниками организации МЦУИС, предполагало поверхностное, необъективное, длительное и достаточно затратное рассмотрение дела.

Основной целью создания МЦУИС было привлечение частных иностранных инвестиций в развивающиеся экономики путем обеспечения правовой защищенности и укрепления уверенности со стороны инвесторов в том, что арбитражное разбирательство будет эффективным, а решение арбитража — обязательным к исполнению.

В то время основатели МЦУИС не беспокоились о том, что в процессе разбирательства может быть создан некий прецедент и оказано серьезное влияние на формирование общественного мнения, а были озабочены исключительно защи-

той прав и интересов как инвесторов, так и принимающих государств с целью привлечения инвестиций. Закрытость процесса в то время была необходима лишь для ускорения рассмотрения спора, что было своего рода нормой в коммерческом арбитраже, который в свою очередь явился неким прообразом МЦУИС.

Заметим, что только с резким ростом международных торговых отношений и началом процесса экономической глобализации в 80-х годах XX века МЦУИС и подобные ему институты получили признание и приобрели особую популярность в международных разбирательствах инвестиционного характера между принимающими государствами и иностранными инвесторами благодаря накопленному опыту разрешения международных коммерческих споров, сравнительно низким операционным издержкам и эффективности разрешения инвестиционных споров.

К арбитражу прибегают для разрешения самых разных споров, однако наиболее популярны арбитражные разбирательства в рамках двусторонних инвестиционных соглашений (ДИС) или других соглашений о свободной торговле, таких, например, как НАФТА. С середины 80-х годов XX века практически все двусторонние инвестиционные соглашения включают статью об обязательном рассмотрении споров в международном арбитраже, как, например, МЦУИС.

В арбитражном разбирательстве между принимающим государством и инвестором основные роли играют четыре стороны — истец, ответчик, арбитр(ы) и секретариат МЦУИС. Истцами обычно выступают инвесторы — как частные лица, так и корпорации, которые обращаются в арбитраж с целью получить компенсацию за упущенную выгоду или ускорить продолжительность разбирательства с ответчиком. Помимо снижения возможных финансовых потерь, инвесторы крайне заинтересованы в сохранении своей репутации, потому что обычно их инвестиционная деятельность долгосрочна и осуществляется на территории разных государств. Ответчики — принимающие государства также заинтересованы как в материальной стороне дела, так и с точки зрения своей репутации, что исключительно важно для будущих прямых иностранных инвестиций (ПИИ).

Количество арбитров в деле МЦУИС обычно составляет 3 человека, большинство голосов которых является определяющим при вынесении арбитражного решения. Что касается секретариата МЦУИС, то он занимается подготовкой и обработкой всего документооборота по арбитражному разбирательству. Кроме этого, в обязанности секретариата входят внесение необходимых изменений в арбитражный процесс, осуществление всевозможных административных процедур и контроль над финансами. У каждого из четырех ключевых участников арбитражного разбирательства имеются свои задачи, цели и интересы, а также возможность воздействовать, в той или иной степени, на исход всего процесса.

Рассмотрим основные цели арбитражного разбирательства — принятие совместного решения о прекращении арбитражного процесса в связи с урегулированием спора (до начала рассмотрения) и/или вынесение формального арбитражного решения. Попробуем проанализировать конкретные причины «закрытости» арбитражных разбирательств, а именно: почему окончательное решение арбитражной комиссии или урегулирование спора сторонами публично не оглашаются по соглашению сторон, будь то в рамках МЦУИС или по официальным каналам.

Помимо условий мирового соглашения в виде арбитражного решения, которое стороны предпочитают сохранять в тайне, существует ряд других аспектов арбитражного разбирательства, по которым продолжаются дискуссии о необходимости их разглашения, таких как, например, открытый доступ третьих сторон/лиц к документам по процессу разбирательства или подача записок *amicus briefs* от третьих лиц. Споры по этим вопросам привели к необходимости реформ в структуре МЦУИС, а также обеспечили включение обязательных положений об открытых слушаниях и публичного характера документации для ряда проектов инвестиционных соглашений, признающих МЦУИС, — например по Транстихоокеанскому.

Закрытость разбирательств в МЦУИС показательна в двух основных случаях. Во-первых, если суду предоставлено право полностью раскрыть детали выносимого арбитражного решения, сторона — участник разбирательства может выразить несогласие и не допустить публикацию материалов процесса. Во-вторых, арбитражное разбирательство может быть прекращено вследствие урегулирования спора между сторонами, и в более 60% исследованных автором в процессе подготовки предлагаемой статьи случаев урегулирования детали споров не были раскрыты. В редких случаях МЦУИС разглашает частичную информацию по инвестиционным спорам — такую, как наименование сторон-участниц, состав трибунала арбитражного суда, решение суда о своей юрисдикции по тому или иному разбирательству, а также информацию по завершении процесса вследствие урегулирования до этапа арбитража и др.

Для эмпирического анализа крайне важен тот факт, что при закрытых разбирательствах МЦУИС по крайней мере раскрывает имена участников спора, арбитров, а также другие параметры разбирательства, как, например, способ разрешения спора (урегулирование или прекращение разбирательства по каким-либо причинам). Примечательно, что в самом начале арбитражного процесса стороны имеют право заявлять о своем желании соблюдать закрытый режим разбирательства. В таком случае обе стороны обязаны соблюдать режим конфиденциальности, даже если одна из сторон заинтересована в частичном разглашении информации по спору. И в то же время частичная информация по закрытым разбирательствам иногда становится доступной для общественности. Секретариат МЦУИС периодически публикует применимую правовую аргументацию по тем или иным процессам закрытого характера. А происходит это потому, что именно секретариат МЦУИС играет центральную роль в сохранении своего рода баланса между обеспечением условий конфиденциальности, выдвинутых сторонами процесса, и частичной доступностью информации для общественности.

Закрытый характер разбирательств в МЦУИС

Итак, примерно 40% всех разбирательств в МЦУИС носят полностью закрытый характер. Причина этому — тот факт, что иногда обеим сторонам процесса, особенно тем, кто заинтересован в долгосрочном сотрудничестве, выгоднее договориться за закрытыми дверями. Например, если инвестор вложил в создание серьезной инфраструктуры (например, строительство дорог), то он предполагает продолжить сотрудничество с тем, чтобы окупить свои вложения и получить прибыль. В то же время в такой ситуации государство выступает монополистом, который может регулировать тарифы по своему усмотрению. Для долгосрочного инвестора выгоднее пойти на уступки государству, нежели досрочно выйти из проекта. В долгосрочных успешных инвестиционных проектах заинтересованы обе стороны, поэтому урегулирование споров в порядке обязательного арбитражного разбирательства закрытого характера выгодно как инвестору, так и принимающему государству.

Рассмотрим случай краткосрочных инвестиций. Например, инвестор открывает филиал банка на территории принимающего государства, которое спустя некоторое время проводит национализацию и экспроприирует банк. В таких обстоятельствах арбитражное разбирательство на предмет возмещения понесенных инвестором убытков может растянуться на пять лет. Учитывая высокие затраты на арбитраж и возможные присужденные суммы, которые не окупят все капиталовложения инвестора, последний не заинтересован в арбитраже закрытого характера как обязательном условии инвестиционного соглашения.

Как видим, сроки и объемы инвестиций напрямую связаны с характером возможных разбирательств между инвесторами и принимающими государствами. Получается, что закрытый характер арбитража может быть выгоден обеим сторонам спора, если на карту поставлены высокие ставки и имеется обоюдная заинтересованность в продолжении взаимовыгодного и долгосрочного сотрудничества.

Немаловажной причиной заинтересованности принимающих государств в закрытых арбитражных разбирательствах является возможность влияния на свою репутацию перед обществом. Закрытые разбирательства позволяют скрыть некоторые правонарушения правительства, а также сохранить надлежащий уровень доверия со стороны общественности. Озабоченность сохранением своей репутации особенно важна, если принимающее государство *ex ante* предполагает, что проиграет инвестиционный спор. Поражение государства в разбирательстве (открытого характера) может свидетельствовать о злоупотреблении властью по отношению к инвесторам, означать полное публичное поражение государства в глазах общественности и предполагать его причастность к коррупции. Также это может негативно отразиться на инвестициях в будущем и сократить приток ПИИ.

Парадоксально, но получается, что принимающим инвестициям государствам имеет смысл тщательно просчитывать все возможные риски, связанные с арбитражными разбирательствами, и придерживаться конфиденциальности всего процесса с целью сохранения в первую очередь своей репутации и минимализации других возможных негативных последствий в случае поражения в споре с инвестором.

Реформы

Существуют небезосновательные опасения в том, что закрытый характер международных арбитражных разбирательств может подорвать доверие к институту МЦУИС в целом и оказать негативное воздействие на систему международного инвестиционного права. Все это явилось причиной начала ряда реформ в системе МЦУИС с целью раскрытия более детальной информации по разбирательствам. В 1984 году, например, генеральный секретарь МЦУИС г-н Шихата поручил провести пересмотр всех норм и правил МЦУИС с тем, чтобы учесть весь предыдущий опыт и извлеченные уроки, отразив их в скорректированных нормах и правилах. Кроме этого, с целью активизации мер по укреплению доверия к МЦУИС, осуществлению правового контроля и выявлению возможных противоречий г-н Шихата призвал к детальному исследованию арбитражной практики МЦУИС. Позднее для некоторых исследователей-правоведов был предоставлен доступ к архивам МЦУИС, что в 2001 году привело к выпуску первого всестороннего издания о механизмах работы МЦУИС на основе полученных из архивов центра данных и проведенного системного анализа.

В конце 90-х годов XX столетия МЦУИС подвергся серьезной критике со стороны общественности в связи с рядом закрытых резонансных инвестиционных разбирательств и оказался в центре внимания международных общественных организаций. МЦУИС был вынужден отреагировать на острую критику и выдвинутые требования, что впоследствии привело к масштабным преобразованиям в системе инвестиционных арбитражных разбирательств в рамках НАФТА, а также к внесению поправок в процедуры МЦУИС. Поправки предполагали возможность присутствия третьих лиц (сторон) на слушаниях в случае отсутствия возражений со стороны сторон-участников, публикацию выдержек из правового обоснования арбитражных решений и других решений, принятых в результате процедур использования средств правовой защиты после вынесения арбитражного решения, и некоторые другие изменения. Таким образом, начатые в 2000-х годах реформы в системе МЦУИС способствовали обеспечению большей прозрачности арбитражных процессов.

Эмпирический анализ

Для проведения детального эмпирического анализа были использованы доступные данные по международным инвестиционным разбирательствам в рамках МЦУИС с начала 1972 года по середину апреля 2012 года. К сожалению, несмотря на то что автором была предпринята попытка использовать самые разные источни-

ки информации, ни в одном из них не нашлось исчерпывающей информации по арбитражным решениям или урегулированиям споров МЦУИС. Основные данные для анализа были получены с интернет-сайта самого МЦУИС (<https://icsid.worldbank.org/apps/ICSIDWEB/Pages/default.aspx>) и ресурса *Investment Treaty Arbitration* (<http://www.italaw.com>), как из наиболее популярных источников доступной информации о делах МЦУИС.

Выяснилось, например, что число закрытых разбирательств, начатых до старта реформы МЦУИС в 1984-м, было количественно меньше на 15%, чем количество закрытых разбирательств после завершения реформы 1984 года.

Получается, что в результате реформ и стремления МЦУИС к публичному обнародованию данных по инвестиционным разбирательствам число закрытых разбирательств увеличилось. Возникает закономерный вопрос о том, случаен ли такого рода феномен. Кроме того, анализ специфики предмета иска по делам в МЦУИС применительно к категоризации «долгосрочных и краткосрочных инвестиционных соглашений» приводит к выводу о том, что споры по долгосрочным инвестиционным соглашениям (например, инфраструктурные проекты — строительство дорог, аэропортов, ж/д, электростанций, поставки углеводородов, строительство объектов промышленности, добыча полезных ископаемых и др.) имеют тенденцию к закрытости, что объясняется заинтересованностью каждой из сторон разрешить конфликт конфиденциально, как можно быстрее и с минимальными затратами во избежание огласки возможных уступок, компромиссов или даже правонарушений с целью сохранения общественного доверия для принимающего государства и деловой репутации инвестора.

Важно заметить, что Арбитражный регламент дополнительного механизма (Регламент ДМ), разрешающий Секретариату МЦУИС проводить определенные виды разбирательств по спорам между государствами и инвесторами, является важным показателем открытости. Дело в том, что по Регламенту ДМ, в отличие от основного регламента МЦУИС, арбитражные решения не являются автоматически обязательными к исполнению. Отметим также, что в исследовании учитывался тот факт, ратифицировали ли правительства страны истца и страны ответчика Конвенцию ОЭСР по борьбе с подкупом должностных лиц иностранных государств при проведении международных деловых операций. Государства, ратифицировавшие эту конвенцию, должны проводить разбирательства в более открытом формате, потому что обязаны соблюдать законы о противодействии коррупции, по которым взяточничество является уголовным преступлением, преследуется по закону и подлежит раскрытию общественности.

Выводы: создание стимулов для обеспечения прозрачности

Несмотря на масштабные преобразования в системе МЦУИС, направленные на повышение уровня прозрачности, имеется ряд факторов и обстоятельств, которые не позволяют переформатировать действующую систему международного инвестиционного арбитража и сделать ее более открытой для общественности. Стремление к открытости обусловлено тем, что система публичного и частного международного права развивается и все больше оказывает влияние на социальную политику государств. В то время как прозрачность содействует легитимности международного права в целом, для частного инвестора иногда невыгодно раскрывать все детали разбирательств с принимающим государством. Получается, что досудебное урегулирование спора иногда является наиболее выгодным решением для обеих сторон. Разбирательства в рамках ВТО — яркий тому пример.

Существует несколько возможностей для реформирования системы международных инвестиционных разбирательств. Во-первых, речь идет об изменении положений Вашингтонской конвенции 1965 года, направленных на то, чтобы принимающие инвестиции государства при заключении инвестиционных соглашений,

подпадающих под сферу компетенции МЦУИС, были обязаны включать условие о публичном раскрытии арбитражных решений для обеих сторон или о включении деталей досудебного урегулирования в арбитражное решение. Для внесения изменений и дополнений в Вашингтонскую конвенцию, как многосторонний международный договор, потребуется заручиться согласием всех ее участников, что вряд ли осуществимо на практике, принимая во внимание градус противоречий между ее участниками-государствами, представляющими страны с совершенно различными интересами в сфере инвестиционной деятельности (страны — получатели инвестиций, страны регистрации и деятельности инвесторов, страны с развивающейся экономикой, страны с развитой экономикой, страны — участники иных крупных многосторонних соглашений в области защиты и поощрения инвестиций, страны — участники лишь небольшого числа двусторонних международных соглашений в сфере поощрения и защиты капиталовложений).

Соответственно, наиболее вероятным частичным решением этого вопроса представляется внесение поправок в правила и положения МЦУИС (*ICSID Rules and Regulations*), для чего требуется получить 2/3 голосов членов Административного совета центра и впоследствии поручить Секретариату начать обнародование данных по основным условиям урегулирования споров (при отсутствии возражений на публикацию такой информации от сторон — участников разбирательства).

Добиться обнародования полной информации по условиям урегулирования крайне проблематично, потому что это потребовало бы формального изменения правил МЦУИС, что практически невозможно по политическим причинам. Секретариату МЦУИС также можно предложить вести конфиденциальный реестр всех арбитражных дел, связанных с урегулированиями, и публиковать определенные выдержки из такого реестра. И хотя такой вариант не является наиболее оптимальным решением, он может послужить основой для совершенствования правовой практики и сократит количество закрытых досудебных урегулирований.

Во-вторых, существует ряд весьма неформальных, но, как представляется, весьма действенных способов повышения степени прозрачности, которые обеспечивают более высокие стандарты проведения разбирательств и вынесения арбитражных решений. Речь идет о принятии арбитрами более активной позиции по делу и стимулировании арбитрами сторон процесса в плане необходимости раскрытия большего объема информации по разбирательствам и по урегулированиям.

В заключение целесообразно подчеркнуть, что государства, заинтересованные в большей открытости по вопросам разрешения инвестиционных споров, могут предпринять самостоятельные шаги в этом направлении, как, например, публикация информации в интересах общественности или ее раскрытие в порядке предоставления данных по запросу в рамках закона о свободном доступе к информации. В этом состоит одно из ключевых отличий системы международного инвестиционного арбитража в рамках МЦУИС и аналогичных институциональных международно-правовых институтов, по сравнению с коммерческим арбитражем.

Литература

1. Попов Е.В. Анализ факторов, влияющих на урегулирование споров между инвесторами и государствами, и механизм разрешения споров в ВТО // Российская юстиция. 2016. № 9. С. 25–28.
2. Edwards H.T. (1985) *Alternative Dispute Resolution: Panacea or Anathema?* 99 Harv. L. Rev. 668.
3. Fiss O.M. (1984) *Against Settlement.* 93 Yale LJ 1073.
4. Hafner-Burton Emilie M. и Victor David G. *Secrecy in International Investment Arbitration: An Empirical Analysis.* Journal of International Dispute Settlement. 2016. No. 7. P. 161–182.
5. Howards H.T. (1986) *Commentary, Alternative Dispute Resolution: Panacea or Anathema?* 99 Harv. L. Rev. 668, 676–78.
6. Nader L. (1988) *The ADR Explosion — The Implications of Rhetoric in Legal Reform.* 8 Windsor YB Access to Just 296, 271 Cf.

К вопросу о правовом регулировании современной международной торговли в контексте многосторонней дипломатии

Адибаева А.,

доцент Казахстанского института менеджмента,
экономики и стратегического прогнозирования,
кандидат политических наук
aadibayeva@mail.ru

Тлеужанова Айымгуль Ислямханкызы,

заведующая кафедрой
«Государственная и общественная политика и право»
Высшей школы государственной политики и права,
кандидат юридических наук, доцент
ayim_t@mail.ru

Саари Д.,

старший преподаватель
Казахстанского института менеджмента,
экономики и стратегического прогнозирования,
магистр экономических наук
danialsaari@hotmail.com

Новые тенденции в современном мире рыночных отношений требуют полностью иного подхода для разрешения проблем, касающихся транснациональных корпораций и других ключевых субъектов в рамках многосторонней дипломатии. Применение коммерческой дипломатии в данном контексте очень важно и имеет глобальное значение в силу современных политических изменений на мировой арене. Транснациональные корпорации восприимчивы к этим изменениям, поэтому должны быть надежно защищены пересмотренными нормами международного права, четко закрепленными в надлежащих многосторонних соглашениях. Поскольку правовой статус иностранных компаний, транснациональных корпораций и других участников на мировой торговой арене в значительной степени размыт, государства и международные субъекты предпринимательства резко обеспокоены по поводу этого вопроса. В статье тезисно раскрываются некоторые существующие в настоящее время проблемы транснациональных корпораций, возникающие из-за конфронтации между отдельными национальными государствами, и в этой связи поднимается вопрос о важности правового регулирования деятельности ТНК как субъектов глобальных политико-экономических процессов.

Ключевые слова: правовое регулирование, коммерческая дипломатия, транснациональные корпорации, санкции, мировая торговля, законодательство, инвестиции.

On the Legal Regulation of the Modern International Trade in the Context of Multilateral Diplomacy

Adibaeva A.,

Assistant Professor of the Kazakhstan Institute of Management,
Economics and Strategic Research,
Candidate of Political Sciences

Tleuzhanova Aiyngul I.,

Head of Department
of State and Public Policy and Law
of the Higher School of Public Policy and Law,
Candidate of Legal Sciences, Assistant Professor

Saari D.,

Senior Lecturer of the Kazakhstan Institute of Management,
Economics and Strategic Research,
Master of Economic Sciences

New trends in the modern world of market relations require a completely different approach to address the issues of transnational corporations and other key players of multilateral diplomacy. Operation of commercial diplomacy is very important in this context and is of global value due to the current political changes in the world. Transnational corporations are sensitive to these changes, so they must be effectively protected by revised provisions of international law clearly expressed in appropriate multilateral agreements. As the legal status of foreign enterprises, transnational corporations and other players in the world trade arena lacks definition to wide extent, states and international business entities are extremely concerned over this issue. This article briefly reveals some present-day problems of transnational corporations resulting from confrontation of certain nation states, and, in this context, discusses the importance of legal regulation of TNCs as global political and economic players.

Keywords: legal regulation, commercial diplomacy, transnational corporations, sanctions, international trade, legislation, investments.

Сегодня мировая дипломатия сосредоточивает свое внимание на продвижении интересов в рамках деятельности транснациональных корпораций (далее — ТНК) по всему миру. Последние как участники имеют все большее значение благодаря глобальным изменениям и вызовам мировому сообществу, наблюдаемым в современный период. Как отмечает В. Робертс, политические ориентации классической дипломатии типичны для предглобализационной эпохи, должны сегодня быть преобразованы в новый механизм для урегулирования как юридических, так и экономических проблем, с которыми многие транснациональные корпорации сталкиваются из-за меняющейся политической обстановки на международной арене (Робертс, 1991). Например, центральным вопросом традиционной дипломатии всегда является вопрос о политике — то есть власти, выступающей менее существенно в других аспектах внешних отношений — как в рамках двусторонних, так и многосторонних соглашений. Сегодня экономический аспект межгосударственных отношений оказывает все большее влияние на мировую политику и, таким образом, должен быть отражен во всех дипломатических процедурах, в продвижении коммерческой дипломатии во благо всех участников мировой торговли. Данная разновидность дипломатии отличается совокупностью различных способов, используе-

мых в решении сложных внешнеэкономических проблем (Naray, 2008). В силу возросшего числа вызовов, с которыми сталкиваются транснациональные корпорации как субъекты мировой политики, назрела необходимость в применении именно этого дипломатического ресурса, что в свою очередь подчеркивает ответственность государств и блоков государств в обеспечении экономической и правовой безопасности транснациональных корпораций.

В настоящее время торговая дипломатия, в основном, участвует как в экспорте товаров и лицензионных договоров для производства товаров в иностранных государствах, так и в импорте производственных материалов для расширения экономических возможностей отдельной компании. Чем больше компания привлечена к разработке вопросов администрирования контрактов, предназначенных для осуществления деятельности зарубежных компаний, тем больше преимуществ она может извлечь для себя. Кроме того, совместное предприятие с компанией в стране базирования (государстве действительного происхождения компании) имеет совершенно другую форму деловых отношений. В качестве конечной точки транснациональные корпорации могут полностью принадлежать дочерним компаниям или филиалам с производственными мощностями в стране базирования. Таким образом, при разработке глобальной политики международная компания имеет множество перспектив и проблем, для урегулирования которых международное право в контексте коммерческой дипломатии и предназначено.

Существует ряд вопросов, — политического и социального характера, — могущих потенциально стать причиной конфликтов между более сильной иностранной компанией и менее конкурентоспособной компанией в стране ее расположения. Здесь можно отметить и национальную корысть, зачастую снижающую рентабельность, а также социальные и культурные различия, ведущие к значительным разногласиям, а порой даже коллапсу в сотрудничестве. Крупные транснациональные корпорации могут оказывать неконтролируемое экономическое давление на более мелкие компании в развивающихся либо переходных экономиках, что нередко приводит к ощущению осажденности принимающей страны. Например, некоторые транснациональные корпорации были обвинены в получении слишком большой прибыли, нанимая лучших специалистов среди местных жителей и работая порой в ущерб социальным обычаям страны пребывания. Для того чтобы свести к минимуму такой негативный опыт, а также повысить экономическую эффективность и безопасность международных компаний, работающих за рубежом, современная дипломатия, опираясь на соответствующие правовые основы, должна разработать ряд надлежащих экономических механизмов защиты.

Рассматривая коммерческую дипломатию и факт появления самого феномена и его развития, следует вспомнить, что начиная с межвоенного периода (1918–1939 гг.) развитые страны расширили сферы своей деятельности и вышли за пределы региональных границ в глобальной экономической дипломатии. С. Вуллок, научный сотрудник по программам сравнительной региональной интеграции Университета Организации Объединенных Наций, предложил определить экономическую дипломатию за период с конца Второй мировой войны до начала холодной войны как экономические и дипломатические отношения между странами, которые представлены ведущими экономическими державами (Вуллок, 2014).

В этой связи следует отметить, что введение в научный и практический оборот в 1994 году концепции так называемой коммерческой дипломатии непосредственно связано с бывшим премьер-министром Италии Сильвио Берлускони. Он многократно обращался именно к этому виду дипломатии в 2001–2006 годах, довольно успешно продвигая национальные интересы своей страны во многих направлениях международной торговли. В 2009 году, в частности с рабочим визитом в рамках коммерческой дипломатии в страны Персидского залива, он отправился в Саудов-

скую Аравию, ОАЭ и Катар. Эти визиты имели как политическое, так и экономическое значение. Традиционно дипломатия отличалась значительным политическим фокусом, в результате чего дипломаты обращали мало внимания на реальную экономику и интересы отечественных компаний, которые хотели работать за границей. На протяжении десятилетий компании малого и среднего бизнеса были вынуждены искать пути выхода на новые рынки самостоятельно, в основном за счет личных управленческих навыков владельцев или их представителей. В конце концов Берлускони сыграл роль представителя интересов итальянского бизнеса на Ближнем Востоке. Являясь сильным партнером в регионе и крупнейшей нефтедобывающей страной, Саудовская Аравия имеет особое политическое влияние, проявившееся в ряде конфликтных ситуаций. Умеренная традиционалистская религия и политика, сочетающаяся со стабильными отношениями с Западом с 1991 года, привела Саудовскую Аравию к политическому союзничеству с США и Европой. Катар, несмотря на отличия от Саудовской Аравии, не менее интересен в плане динамичной и быстро растущей экономики. Именно Берлускони вел активные дипломатические переговоры с этими странами, которые могли бы помочь итальянским компаниям найти выход из кризиса, потрясшего их на своих собственных рынках. Он активно налаживал контакты во всех направлениях, что способствовало повышению международного влияния и престижа его страны (Bannerman, 2009).

Приведенный выше опыт Италии, безусловно, не всегда служит примером, гарантом или основой для коммерческой дипломатии или осознанного видения государственных лидеров. На самом деле статус-кво государств часто демонстрирует противоположный характер транснационального делового поведения. Последнее становится предметом политических и геополитических конфигураций и, таким образом, позволяет государствам, правительствам и альянсам целеустремленно манипулировать международными компаниями.

В этом контексте примером незащищенности и уязвимости транснациональных корпораций может послужить случай с компанией «Макдоналдс» в Российской Федерации в конце августа 2014 года. В целом, присутствие «Макдоналдс» в России можно считать историей успеха компании, которая более двадцати лет является крупнейшим филиалом и обслуживает около 950 000 клиентов в день (Мэтлэк, 2014). Стремительно развивая в России продовольственный рынок с сорока пятью филиалами по всей стране, «Макдоналдс» пережила кризис в 2014 году. Компания временно не могла осуществлять свою деятельность в стране в известной степени из-за противостояния между Россией и Западом по вопросу о проблеме вокруг Крыма. Сразу же после введения санкций против России со стороны Запада были организованы регулярные проверки в ресторанах «Макдоналдс», а вскоре после этого был объявлен мораторий на их операционную деятельность. Несомненно, причины временного прекращения деятельности «Макдоналдс» в России не были объявлены как напрямую связанные с санкциями. Тем не менее, можно предположить очевидную связь между этими двумя явлениями, которые в свою очередь определенно указывают на необходимость использования коммерческой дипломатии для вмешательства в подобные процессы.

Принцип домино, предполагающий цепную реакцию того или иного события под воздействием фактора, влияющего на первый элемент цепи, становится основой последних тенденций как в политических, так и экономических технологиях. Он постоянно используется основными участниками мировой экономики и политики. В результате применения стратегии воздействия государствами и их потенциальными альянсами в целях маневрирования и манипулирования компании страдают во время конфликтов и в конечном итоге несут большие потери. Находясь в центре национальных государств и международных организаций, по своему статусу транснациональные корпорации имеют нечеткое правовое положение, с тем чтобы быть

полностью защищенными на случай возникновения конфликтных ситуаций. Из-за неясного правового статуса транснациональные корпорации, таким образом, воспринимаются как некие «спутники» некоторых государств и политико-экономических блоков. Предполагая, что в случае с «Макдоналдс», которую Россия рассматривала как корпорацию в качестве «агента» или представителя политики Запада, считаем, было бы целесообразно поднять вопрос о том, почему транснациональные корпорации должны нести ответственность за внешние политические действия своих базовых стран.

Очевидно, что для предотвращения подобных проблем нужно четко определить правовой статус и иммунитет ТНК, которые в некоторой степени установлены декларацией ООН по транснациональным корпорациям (Женева, 2013 года) и могли бы в дальнейшем быть использованы в коммерческой дипломатии во всем мире. Игнорирование проблемы определения правового статуса ТНК неизбежно приводит к логическим рассуждениям о том, почему население вовлеченных в политическое противостояние сторон должно страдать от бойкота политики, налагаемого правительствами. Кроме того, определенность в вопросе правового статуса ограничит либо минимизирует попытки правительств использовать ТНК в качестве марионеток для продвижения своих собственных политических амбиций. По-видимому, до тех пор пока правовой статус транснациональных корпораций и их иммунитет не будут конкретизированы, лидеры стран, по крайней мере, должны осознавать, что они несут некоторую ответственность за возможные ограничения интересов местного населения, пользующегося товарами и услугами ТНК, в то время как сами ТНК могут понести финансовые потери, в случае если соответствующие внешние связи сторон будут разорваны.

Кроме вышеперечисленных международных вызовов, возникающих в деятельности ТНК, необходимо уделить должное внимание и внутренним условиям, которые устанавливаются принимающими странами в сфере государственной политики в отношении иностранных компаний. Подобная политика является естественным продолжением коммерческой дипломатии, в рамках которой должны создаваться благоприятные условия для операционной деятельности иностранных компаний. Как правило, эти условия должны отражаться в законодательной системе национальных государств. В этой связи законодательству надлежит учитывать в сфере сотрудничества с ТНК решение следующих вопросов:

- 1) гарантии по защите и поддержке долгосрочных инвестиций;
- 2) упрощение процедуры получения въездных виз и разрешительных документов на пребывание в принимающей стране для иностранной рабочей силы;
- 3) информированность иностранных деловых кругов о перспективах инвестиций в принимающей стране.

Рассматривая вопрос о законодательстве в отношении деятельности ТНК, полагаем, интересным примером может послужить опыт Республики Казахстан, основанный на принятой Конвенции Содружества Независимых Государств о транснациональных компаниях. Многовекторность международной политики Казахстана во внешнеполитической и внешнеэкономической деятельности, а также многолетняя практика взаимодействия с иностранным капиталом и иностранными юридическими лицами в течение 25 лет способствовали изменениям законодательства и поиску новых правовых инструментов в развитие международного экономического сотрудничества.

За это время был получен некоторый положительный опыт — начиная с более четкого выражения своих интересов при сотрудничестве с ТНК и заканчивая реформированием нормативной базы для привлечения иностранных инвесторов с низкой долей риска для суверенитета страны. Однако следует отметить, что зако-

нодательство должно в значительной степени учитывать баланс между сохранением национальных интересов и поддержанием условий льготного режима для иностранных компаний.

В связи с этим можно подчеркнуть, что Предпринимательский кодекс Республики Казахстан, регулирующий операционную деятельность ТНК и других иностранных компаний в стране, зиждется на национальном законодательстве, например, глава 25 данного кодекса полностью посвящена регулированию инвестиционной деятельности.

Эти нормативно-правовые акты дополняются Государственной программой индустриально-инновационного развития Республики Казахстан на 2015–2019 годы, основной целью которой является стимулирование диверсификации и повышение конкурентоспособности обрабатывающей промышленности, где одним из важных инструментов в достижении поставленной цели является привлечение инвестиций. На сегодняшний день законодательством Республики Казахстан уже предлагается введение налоговых и таможенных преференций для иностранных компаний. Однако и здесь существует необходимость пересмотра ряда правовых актов с учетом более четкого анализа различных сфер взаимодействия страны и транснациональных корпораций, а также оптимизации в вопросе налогового законодательства в отношении иностранных участников внешнеэкономической деятельности.

Исходя из вышеизложенного, можем сделать следующие выводы:

— на сегодняшний день ТНК потенциально могут находиться в зоне риска, вызванного не только экономическими причинами, но и политическими обстоятельствами;

— в свою очередь политические вызовы приводят не только к политическому давлению, но и в большей степени к экономическим последствиям, от которых серьезные потери могут понести и ТНК;

— относительно недавняя практика коммерческой дипломатии могла бы потенциально быть как альтернативой разрешения сложных и даже конфликтных ситуаций, так и превентивным инструментом, если бы политические лидеры стали серьезно относиться к нему и применять на практике при разрешении международно-экономических проблем;

— коммерческая дипломатия сама по себе не может существовать без серьезного правового фундамента, определяющего статус компаний, гарантии и процедуры защиты субъектов мирового бизнеса. Данные нормы следует постоянно и непрерывно разрабатывать. Они должны носить не рекомендательный, но юридически обязательный характер, обуславливающий гарантии их имплементации. В противном случае мы все становимся заложниками теории реализма, где концепт силы и превосходства умаляет не только этические нормы, но и определенные достижения экономической глобализации, результатом которой являются сами ТНК;

— для принимающих стран крайне важно привлечь к себе интерес как инвесторов, так и иностранных компаний хорошо продуманной программой, которая оформлена в семантически правильном юридическом формате;

— государства, априори сохраняя защиту своих национальных интересов посредством надлежащего правового инструментария, также не должны упускать из виду возможность глобального контекста участия в международных экономических процессах, где ТНК являются ключевыми субъектами, создавая для последних оптимальные правовые условия взаимовыгодного сотрудничества.

Литература

1. Вулкок С. (2014) Столпы международной торговой системы // Телó Марио (ред.). Глобализация, многосторонность. Европа на пути к лучшему глобальному управлению (пер. на русск. яз. автора).
2. Государственная программа индустриально-инновационного развития Республики Казахстан на 2015–2019 гг. [Электронный ресурс]. URL: <http://www.mid.gov.kz/ru/pages/gosudarstvennaya-programma-industrialno-innovacionnogo-razvitiya-respubliki-kazahstan-na-2015>.
3. Мэтлэк К. (2014) Может ли «Макдональдс» стать последней жертвой российского возмездия? // Блумберг Бизнес за неделю. 2014. 20 авг. (пер. на русск. яз. автора).
4. Предпринимательский кодекс Республики Казахстан (с изм. и доп., по состоянию на 26.07.2016 г.) [Электронный ресурс]. URL: http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=38259854.
5. Робертс В. (1991) Дипломатия в информационном веке // Мир сегодня. (Королевский институт международных отношений). 1991. Июль (пер. на русск. яз. автора).
6. Anderson L., Earley J., Feketekuty G., Williamson I. (2004). Legal analysis in commercial diplomacy analyzing applicable domestic laws and international agreements. ITCD. San Diego Global University.
7. Bannerman L. (2009) Silvio Berlusconi Ridiculed Over Gas Pipe Diplomacy Claims. The Times. August 7, 2009.
8. Kobrin S. (2008) Globalization, Transnational Corporations and the Future of Global Governance. Handbook of Research on Global Corporate Citizenship. Cheltenham, UK and Northampton, 2008.
9. Losavio J. (2014) Crimean crisis and International Law: What Laws are Broken? Foreign Policy News Journal. April 2, 2014.
10. Naray O. (2008) Commercial Diplomacy: A Conceptual Overview. 7th World Conference of TPOs. The Hague. The Netherlands.

Правовые принципы и новации в соглашении о Транстихоокеанском партнерстве*

Матвеев Владимир Владимирович,
студент юридического факультета Финансового университета
при Правительстве Российской Федерации
voldemiks@gmail.com

Воробьев Никита Сергеевич**,
студент юридического факультета Финансового университета
при Правительстве Российской Федерации
shock777@yandex.ru

Предметом статьи являются правовые принципы и новации, заложенные в соглашении о Транстихоокеанском партнерстве, а также вопросы их реализации. Целью публикации является анализ международно-правовых норм соглашения о Транстихоокеанском партнерстве, выявление проблем, связанных с ними, и соотношения с соглашениями ВТО. В статье использовались методы: сравнительно-правовой, системно-структурный, моделирования и общенаучные. Авторы приходят к выводу, что Транстихоокеанское партнерство представляет собой мегарегиональное объединение, под которым понимается не только зона свободной торговли, но и комплексная экономическая, торговая и инвестиционная интеграция, куда включаются вопросы сотрудничества в сфере труда, экологии и другие. Транстихоокеанское партнерство также регулирует конкурентную политику государств — участников соглашения о ТТП, предусматривая принцип инклюзивной торговли, а также возможность выбора механизма разрешения споров.

Ключевые слова: международная торговля, Транстихоокеанское партнерство, Азиатско-Тихоокеанский регион, ВТО, интеграция, мегарегиональное объединение, договор, инвестиции

Legal Principles and Novations in the Trans-Pacific Partnership Agreement

Matveev Vladimir V.,
Student of the Law Faculty of the Financial University
under the Government of the Russian Federation

Vorobyov Nikita S.,
Student of the Law Faculty of the Financial University
under the Government of the Russian Federation

* Статья подготовлена по результатам исследований, выполненных за счет бюджетных средств по государственному заданию Финуниверситета в 2016 году.

** Научный руководитель: И.А. Шулятьев, кандидат юридических наук, доцент Департамента правового регулирования экономической деятельности Финансового университета при Правительстве Российской Федерации.

The article addresses legal principles and innovations incorporated in Trans-Pacific Partnership Agreement, as well as issues of their implementation. The publication discusses the purpose of publishing an analysis of legal constructions Trans-Pacific Partnership Agreement, revealing the problems associated with them and the ratio with the WTO agreements. The article contains the following methods comparative-legal, system-structural, modeling and scientific. Authors concluded that Trans-Pacific Partnership is a mega-regional association, which represents not only a free trade zone, and a comprehensive trade and investment economic integration, which includes cooperation in the sphere of labor, environment, and others. Trans-Pacific Partnership also provides for the competition policy of the member countries of the Agreement of the TPP, providing for inclusive trade principles, as well as the possibility to choose the dispute settlement methods.

Key words: *international trade, Trans-Pacific Partnership, the Asia-Pacific region, WTO, integration, megaregional association, agreement, investment.*

Последние несколько лет Россия все чаще становится членом международных организаций, в том числе была одним из учредителей Евразийского экономического союза, является участником Всемирной торговой организации, поэтому в настоящее время встают вопросы о вступлении в иные организации и интеграционные объединения.

В течение двух последних десятилетий в системе международно-правового регулирования международной экономической деятельности существует стабильная тенденция к росту количества региональных межгосударственных торговых соглашений. В настоящее время формируется новая, особая категория — мегарегиональные соглашения, которые являются развитием идеи региональных соглашений; одно из таких — соглашение о Транстихоокеанском партнерстве (*The Trans-Pacific Partnership Agreement*; далее — Соглашение о ТТП)¹, переговоры по созданию которого завершились 4 октября 2015 г. Данное партнерство оценивается многими экспертами как самый перспективный экономический союз², и, соответственно, представляет интерес для исследования вопрос потенциального присоединения к соглашению России. Поэтому актуально рассмотреть его плюсы и минусы, а также правовые новации, которые привнесло соглашение в систему правового регулирования международной торговли.

Нами были проанализированы и всесторонне исследованы предпосылки формирования партнерства, с тем чтобы лучше понять его суть и природу ряда особенностей, которые есть в указанном соглашении.

Транстихоокеанское партнерство, или соглашение о Транстихоокеанском партнерстве (*The Trans-Pacific Partnership, or The Trans-Pacific Partnership Agreement*) (далее — ТТП), — международный договор в области торговли товарами и услугами между 12 государствами Азиатско-Тихоокеанского региона (Бруней, Сингапур, Новая Зеландия, Чили, США, Австралия, Перу, Вьетнам, Малайзия, Канада, Мексика и Япония), целью которого является снижение тарифных барьеров, а также регулирование в государствах-участниках внутренних правил в таких областях, как трудовое право, экология, интеллектуальная собственность, и ряде других.

Соглашение о ТТП регулирует не только сферу международной торговли товарами и услугами (доступ на рынки), перемещение капиталов и рабочей силы, но

¹ Office of the U.S. Trade Rep: [Electronic resource]. Trans-Pacific Partnership Agreement. Opt. Available at: <https://ustr.gov/trade-agreements/free-trade-agreements/trans-pacific-partnership>.

² Office of the U.S. Trade Rep: [Electronic resource]. Summary of the Trans-Pacific Partnership Agreement. 2015. Opt. Available at: <https://ustr.gov/about-us/policy-offices/press-office/press-releases/2015/october/summary-trans-pacific-partnership>.

и внутренние правила в государствах-участниках в таких областях, как трудовое право, экология, интеллектуальная собственность, и ряде других. ТТП содержит повышенные обязательства по транспарентности применяемых правил торговли (заблаговременное опубликование и обсуждение с бизнесом, доступ к информации, более четкие разъяснения и др.).

Соглашение о ТТП представляет собой новую форму экономической интеграции, демонстрирующую более глубокую степень интеграции, нежели классические международные торговые договоры (например: ГАТТ, ГАТС, договоры о режиме наибольшего благоприятствования и др.), договоры о зоне свободной торговли, инвестиционные договоры. Транстихоокеанское партнерство является международным торговым соглашением по широкому кругу регулируемых вопросов, но оно не формирует международную организацию. ТТП состоит из введения и 30 глав, а также четырех общих приложений и отдельных приложений для глав 2, 3, 4, 12, 15, 19. ТТП было подписано 4 февраля 2016 года и должно было быть ратифицировано государствами-участниками в течение двух лет.

Первоначально современному Соглашению о ТТП предшествовало Соглашение между Новой Зеландией и Сингапуром о более тесном экономическом партнерстве (*Agreement between New Zealand and Singapore, on a Closer Economic Partnership*, — *NZSCEP*)³, представлявшее собой двустороннее торговое соглашение. Следующим шагом к настоящему Соглашению о ТТП выступило Соглашение о Транстихоокеанском стратегическом экономическом партнерстве (*The Trans-Pacific Strategic Economic Partnership Agreement*)⁴, куда входили Бруней, Сингапур, Новая Зеландия и Чили, подписавшие соглашение в 2005 году, которое вступило в силу в 2006 году. Данное предшествующее соглашение охватывало более узкий круг экономических отношений, и, несмотря на то что в соответствии с главой 20 соглашения было открыто для присоединения других стран, участие оставалось тем же вплоть до подписания действующего Соглашения о ТТП.

В 2008 году избранный президент США Б. Обама подтвердил курс на взаимодействие с государствами ТТП «с целью формирования регионального соглашения, которое будет иметь широкий членский состав и высокие стандарты соглашения XXI века»⁵. Региональное объединение было преобразовано в Транстихоокеанское партнерство, в состав которого вошли 12 государств. К ранее упомянутым государствам присоединились США, Австралия, Перу, Вьетнам, Малайзия, Канада, Мексика и Япония.

Создание такого межрегионального торгового блока фактически означает глобальное движение в направлении новой категории международных договоров — мегарегиональных соглашений. Такие соглашения подразумевают сотрудничество в рамках крайне глубокой интеграции между странами и даже регионами, которые играют важные роли в международной торговле и прямых иностранных инвестициях (далее — ПИИ), где не менее двух государств-участников участвуют в данном сотрудничестве в качестве движущей силы соглашения, а также в качестве главных экономических и финансовых центров (США, Япония)⁶. Соглашение о ТТП является

³ World Integrated Trade Solutions of The World Bank Group: [Electronic resource]. Agreement between New Zealand and Singapore on a Closer Economic Partnership Opt. Available at: <http://wits.worldbank.org/GPTAD/PDF/archive/NewZealand-Singapore.pdf>.

⁴ Foreign Trade Information System of OAS: [Electronic resource]. Trans-Pacific Strategic Economic Partnership Agreement 2005 Opt. Available at: http://www.sice.oas.org/Trade/CHL_Asia_e/TransPacific_ind_e.asp.

⁵ Remarks of President Obama at Suntory Hall. Tokyo, Japan. November 14, 2009.

⁶ Melendez-Ortiz R. Mega-regionals: What Is Going on? Mega-regional Trade Agreements: Game-Changers or Costly Distractions for the World Trading System. World Economic Forum. 2014. July. P. 13.

не первым соглашением, которое обуславливает создание единой экономической территории и экономическое сближение стран, однако содержит в себе целый ряд правовых новаций и юридически-расширенных формулировок, заложенных в европейских конвенциях и соглашениях ВТО. Также данное Соглашение о ТТП представляет собой первое межрегиональное соглашение.

Если говорить о правовых принципах Соглашения о ТТП, то они являются продолжениями основополагающих принципов ВТО, отраженных в ГАТТ⁷ и ГАТС⁸:

- предоставление режима наибольшего благоприятствования странами-участницами во взаимной торговле на недискриминационной основе;
- осуществление торгово-политического регулирования торговли преимущественно с помощью таможенных тарифов. Таможенный тариф, а не количественные ограничения, признается основным инструментом внешнеторговой политики, защиты национальных рынков и промышленности;
- взаимное предоставление национального режима товарам иностранного происхождения;
- обязательства государств — участников ВТО в отказе от использования количественных ограничений (лицензии, квоты) в торговле, за исключением отдельных оговоренных случаев, например в целях обеспечения равновесия платежного баланса;
- гласность торговой политики, включая открытую публикацию законов и правил, регулирующих внешнеторговую деятельность;
- право государств-участников создавать таможенные союзы и зоны свободной торговли.

Собственно, само ТТП основано на основе последнего принципа. Однако Соглашение о ТТП «идет» дальше любого другого аналогичного соглашения, послужившего основой для ЕС, ЕАЭС и зон свободной торговли. Однако при этом оно также приносит новации и в данную область международно-правового регулирования.

В целом, Соглашение о ТТП отличается от иных подобных соглашений весьма широким функциональным назначением. Его можно обозначить как торговое соглашение XXI в., имеющее следующие основные характеристики:

- доступ на рынок путем устранения тарифных и нетарифных барьеров в торговле товарами и услугами, инвестициях с целью создания новых возможностей и преимуществ для бизнеса, работников и потребителей;
- региональный подход к обязательствам. ТТП содействует развитию производственно-сбытовых цепочек и трансграничной торговле, повышая эффективность, поддерживая создание и сохранение рабочих мест, поднимая уровень жизни;
- обращение к новым проблемам в торговле. ТТП способствует инновациям, производительности и конкурентоспособности, рассматривая новые вопросы касательно развития электронной торговли и услуг, роли государственных предприятий в глобальной экономике, поддержки «зеленой» экономики;
- инклюзивная торговля⁹. Новые элементы ТТП должны обеспечить странам с разным уровнем развития экономики, а также бизнесу, независимо от его масштабов, выигрыш от торговли;

⁷ World Trade Organization: [Electronic resource]. GENERAL AGREEMENT ON TARIFFS AND TRADE Opt. Available at: https://www.wto.org/english/docs_e/legal_e/gatt47_e.pdf.

⁸ World Trade Organization: [Electronic resource]. GENERAL AGREEMENT ON TRADE IN SERVICES Opt. Available at: https://www.wto.org/english/docs_e/legal_e/26-gats.pdf.

⁹ UN. Doc. E/ESCAP/CTI (3)/1. P. 12. Opt.

— платформа для региональной интеграции. ТТП предназначено стать платформой для региональной экономической интеграции и включения экономик других стран, представляющих Азиатско-Тихоокеанский регион.

Есть все основания считать, что в соответствии с современными тенденциями Соглашение о ТТП, скорее всего, станет моделью для других, аналогичных торговых соглашений. Его следует рассматривать как «компонент интегрированного подхода к политике развития». С точки зрения помощника госсекретаря Бюро по вопросам Восточной Азии и Тихого океана Госдепартамента США, Соглашение о ТТП будет рассматриваться как платформа для дальнейших соглашений, направленных на экономическую интеграцию, в частности для Соглашения о Трансатлантическом торговом и инвестиционном партнерстве между США и ЕС¹⁰.

Соглашение о ТТП составлено на совершенно новом уровне юридической техники и охватывает новые сферы межгосударственных экономических отношений, не присущих ранее существовавшим аналогичным соглашениям. Также в соответствии с новыми тенденциями оно в первую очередь охватывает финансовую сферу международных отношений.

Так, особое место в Соглашении о ТТП отведено инвестициям. Это затрагивает не только прямые инвестиции и ограничения, которые стороны вправе устанавливать, но и любые другие финансовые услуги, так называемые «кредитные инвестиции». Важно сказать, что в данных вопросах указанный документ несет в себе огромное количество новаций, которые невозможно полностью охватить в данной статье; здесь будут рассмотрены основные и главные новации, на наш взгляд.

Базовые положения об инвестициях закреплены в 9-й главе Соглашения о ТТП «Инвестиции» (Chapter 9 «Investment»). Саморегулирование собственно инвестиционного сектора здесь выстраивается по двум основным путям: недискриминационная инвестиционная политика, которую обязан гарантировать национальный закон государства-члена, и защита, которая включает возможность государств реализовывать цели политики, которая отвечает общественным интересам. Подобное расширение понятия защиты в экономических интеграционных соглашениях очень редкая практика.

Защита предоставляется по двум основным линиям:

- 1) национального режима (НР);
- 2) режима наибольшего благоприятствования (РНБ).

Такой подход отвечает либеральной направленности позиций развитых государств — участников данного соглашения. Однако рядом ученых-экономистов указывается, что подобная мера может противоречить интересам государств, так как сильно ослабляются их возможности в гибком регулировании ПИИ на национальном уровне; с другой стороны, такие меры предоставляют иностранным инвесторам больше гарантий, страны-участницы становятся более благоприятными для инвестирования¹¹. Предусмотрен также ряд исключений. Стороны могут принимать обязательства не подвергать ограничения усилению или ослаблению, а также обязательства, обеспечивающие в дальнейшем полную свободу действий. Так, вводится минимальный стандарт режима, который предписывается обычным международным правом (*customary international law*) и включает справедливый и равноправный подход, полную защиту и безопасность. Обычное международное право в

¹⁰ Office of the U.S. Department of State: [Electronic resource]. Transatlantic Interests In Asia 2014. Opt. Available at: <http://www.state.gov/p/eap/rls/rm/2014/01/219881.htm>.

¹¹ Office of the U.S. Trade Rep: [Electronic resource]. Summary of the Trans-Pacific Partnership Agreement. 2015. Opt. Available at: <https://ustr.gov/about-us/policy-offices/press-office/press-releases/2015/october/summary-trans-pacific-partnership>.

соответствии с приложением 9-А (Annex 9-A) является «results from a general and consistent practice of States that they follow from a sense of legal obligation. The customary international law minimum standard of treatment of aliens refers to all customary international law principles that protect the investments of aliens», т.е. обычное международное право выступает результатом общей и последовательной практики государств, основанной на правовых обязательствах. Обычное международное право, как минимальный стандарт обращения с иностранцами, относится ко всем обычным принципам международного права, которые защищают инвестиции иностранцев.

Установлены четкие правила экспроприации инвестиций — в интересах общества, на недискриминационной основе, в законном порядке, с выплатой адекватной компенсации (по рыночному курсу) без отсрочек, что уже нашло отражение и в иных международных актах, например в Договоре к Энергетической хартии 1994 г.¹²

Государства в рамках Соглашения о ТТП оставляют за собой право гибкого регулирования и применения мер, направленных на защиту национальной финансовой системы.

Основные положения о защите инвестиций дополняет и система урегулирования споров. В целом 9-я глава соглашения обеспечивает прозрачность урегулирования инвестиционных споров в международном арбитраже, однако предусмотрены жесткие меры по недопущению злоупотребления правами инвесторов и необоснованных претензий, а также право государств на регулирование в общественных интересах в таких сферах, как здравоохранение, безопасность и защита окружающей среды (более подробно данные вопросы освещены в главе 28 Соглашения о ТТП «Разрешение споров» (Chapter 28 «Dispute Settlement»)).

Такой механизм называется *ISDS* (т.е. *Investor-State Dispute Settlement*). Важно отметить, что он ранее встречался в торговых соглашениях, к примеру в Североамериканском соглашении о свободной торговле (*North American Free Trade Agreement — NAFTA*)¹³, однако именно в рассматриваемом в данной работе соглашении он получил закономерное развитие, и оно стало первым соглашением, где данный институт был предусмотрен для широкого круга правоотношений, с минимальными изъятиями. Указанный механизм позволяет инвесторам обходить проблемы, связанные с классическими международными судами. Так, если инвестор желает обратиться в международный суд, он должен пройти всевозможные способы защиты — и внутри принимающей страны, и в судах своей страны, и в международных административных органах и только потом иметь право подать в международный суд (такая ситуация сохраняется и в таких организациях, как ЕС (в нем также предусмотрен вариант, когда спор может быть передан в Суд ЕС национальным судом), ОПС ВТО и Постоянная палата третейского суда). Однако механизм ISDS предусматривает формирование арбитража (третейского суда) между государством и частным инвестором сразу; возможно формирование как постоянно действующих коммерческих арбитражей, так и созданных для конкретного спора (*ad hoc*). Участие в таких арбитражах и исполнение решений становится обязательным для государств — участников партнерства.

Многие страны — участники переговоров акцентируют внимание на деполитизированном характере такого механизма разрешения споров. Однако огромные денежные компенсации иностранным инвесторам влияют на бюджет принимаю-

¹² Energy Charter Secretariat: [Electronic resource]. Consolidated version of the Energy Charter Treaty and related documents. 1994. Available at: http://www.encharter.org/fileadmin/user_upload/document/EN.pdf#page=141.

¹³ NAFTA Secretariat: [Electronic resource]. North American Free Trade Agreement. 1994. Opt. Available at: <https://www.nafta-sec-alena.org/Home/Legal-Texts/North-American-Free-Trade-Agreement>.

сих стран, прежде всего по линии социальных расходов, и в целом крайне негативно воспринимаются обществом.

Не ограничиваясь регулированием исключительно инвестиционной деятельности, Соглашение о ТТП продолжает комплексный подход, включающий широкий перечень вопросов в сопряженных с инвестициями сферах. Важнейшей такой сферой является сектор услуг, регулируемый в главах 10 и 11 (Chapter 10 “Cross Border Trade in Service”, Chapter 11 “Financial Service”). Подавляющий объем услуг предоставляется на основе коммерческих представительств (филиалов иностранных фирм без образования дополнительного юридического лица) и ПИИ, что, соответственно, подпадает под регулирующие нормы, которые зафиксированы в главе 9 «Инвестиции» Соглашения о ТТП. В число приоритетных включены финансовые, профессиональные услуги, телекоммуникации, экспресс-доставка, электронная торговля и передача данных.

В перечне обязательств данное соглашение совершило существенный выход за рамки Генерального соглашения по торговле услугами ВТО (*General Agreement on Trade in Services — GATS*). Так, если в ГАТС существует «позитивный перечень» услуг, то в Соглашение о ТТП включен более свободный подход на базе «негативного перечня», т.е. любой новый вид и тип услуг, появившийся после начала действия Соглашения о ТТП, сразу покрывается им, даже не будучи в нем обозначенным, если это исключение не конкретизируется. Такой подход позволяет обеспечить партнерству более гибкую экономическую структуру, пригодную в постоянно меняющемся рынке.

Специальное внимание в соглашении уделяется защите авторских прав. США и Япония традиционно являются сторонниками ужесточения защиты таких прав, а также правовых режимов интеллектуальной собственности.

Одной из серьезных проблем для производителей со всего мира на сегодняшний день является защита авторских прав на фармацевтические препараты. Негативную реакцию многих компаний вызывала политика Южной Кореи по возмещению расходов на лечебные препараты и изделия медицинского назначения в рамках страховой программы. Многие оценивали такую политику как создающую угрозу для инновационной фармацевтики, поскольку она рассчитана на малый объем возмещаемых расходов, а соответственно, не принимаются в расчет издержки компаний. Важнейшим требованием ряда стран — участников переговоров стала прозрачность в оценке данных расходов. Республика Корея позже все-таки согласилась публиковать нормы регулирования и процедуры, которые применяются в ценообразовании, также поднять уровень расходов, подлежащих возмещению¹⁴.

В Соглашении о ТТП стандарты защиты интеллектуальной собственности основываются на базе Соглашения ВТО по торговым аспектам прав интеллектуальной собственности (*WTO Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights Agreement — TRIPS*)¹⁵, а также на обычных нормах международного права и наилучшей практике в данной области. Такая юридическая формулировка показывает существенный выход за рамки защиты соглашений ВТО. На выходе эти положения образуют своего рода *TRIPS-plus*, фактически ведут к задержке выхода на рынок различных инноваций, что может негативно влиять на конкуренцию.

Также существенное внимание уделено вопросам конкуренции — в главе 16 указанного соглашения (Chapter 16 «Competition»). Но если объектом регулирова-

¹⁴ Williams B., Manyin M., Jurenas R., Platzer M. The U.S.-South Korea Free Trade Agreement (KORUS FTA): Provisions and Implementation. Congressional Research Service Report. 2014. September. Opt.

¹⁵ World Trade Organization: [Electronic resource]. Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights. Opt. Available at: https://www.wto.org/english/docs_e/legal_e/27-trips.pdf.

ния прежних соглашений в данной области (*NAFTA, CAFTA, EU*) в основном были общественные отношения в области сотрудничества по реализации законов о защите конкуренции через различные формы обмена информацией и консультаций, то в Соглашение о ТТП уже введены более широкие цели и задачи: политика в области конкуренции должна будет стимулировать формирование конкурентной бизнес-среды, защищать потребителей и гарантировать равные условия конкуренции для компаний участвующих стран. Так, консультации уже ориентированы на содействие в разработке законодательства в области конкуренции и поддержку деятельности профильных ведомств, на переход практик из развитых государств в развивающиеся. Обращается также внимание на беспристрастный характер процедур при применении такого законодательства, транспарентность, защите прав частных лиц и т.д. Данная глава не подпадает под главу 28 о механизме разрешения споров Соглашения о ТТП.

В 17-й главе (Chapter 17 «State-owned enterprises») также рассматривается вопрос, напрямую связанный с предыдущей главой, — о деятельности компаний с государственным участием (*state-owned enterprises*; далее — госкомпании) и льготах, предоставляемых им в ряде государств. Весомые роли такие структуры играют в экономике Малайзии, Сингапура, а во Вьетнаме, который только недавно перешел на «китайский» путь развития, на их долю приходится около 40% ВВП страны; из развитых стран это Южная Корея. Опасения у развитых стран с классической рыночной экономикой вызывают антиконкурентные практики госкомпаний. Получая по линии государства различные льготы, субсидии, кредиты с низкой ставкой или вообще безвозмездные займы, облегченный доступ к государственным закупкам, а также подпадая под протекционистские меры в сфере торговли, эти компании крайне успешно реализовывают полученные преимущества и на внешних рынках. Подобные меры применяются также в отношении предприятий, которыми государство формально не владеет, но поддерживает их.

В предмет регулирования данной главы входят общественные отношения в области регулирования деятельности крупных госкомпаний, которые преимущественно заняты коммерческой деятельностью. Стороны обязуются обеспечить осуществление закупок и продаж государственных предприятий на основе коммерческих соображений, за исключением операций, которые осуществляются в интересах государства. Гарантируется также неприменение госкомпаниями и отдельными монополиями дискриминационных мер в отношении предприятий, товаров и услуг другой стороны; обеспечение судов юрисдикцией, которая распространяется на коммерческую деятельность иностранных госкомпаний на своей территории; непредвзятый характер регулирования госкомпаний и частных компаний по линии административных органов.

Стороны согласились не мешать интересам других стран в обеспечении некоммерческого содействия госкомпаниям, предоставить им список госкомпаний, обеспечивать по запросу дополнительной информацией о степени государственного участия или контроля, а также некоммерческого содействия этим предприятиям. Исключения из обязательств возможны в случае чрезвычайной ситуации в национальной или глобальной экономике.

Рассмотренные выше положения в той или иной степени были разработаны в уже действующих торговых соглашениях.

Соглашение о ТТП открывает и новое направление в комплексном подходе, обращаясь к обязательствам, ранее не зафиксированным в соглашениях, которые являются своего рода тестом на перспективы юридических нововведений в инвестиционных правилах. Так, впервые акцентируется внимание на согласовании норм регулирования — в 25-й главе (Chapter 25 «Regulatory Coherence»). Положения, зафиксированные в этой главе, должны помочь обеспечить открытость, равнопра-

вие и предсказуемые условия деятельности для бизнеса, действующего на рынках стран ТТП.

Положения 25-й главы реализуются в рамках межведомственной координации, при этом страны-участницы после ратификации данного соглашения должны предоставить через *Contact Points* («контактные центры», «контактные группы», «контактные звенья»; вводятся статьей 25.7 главы 27) список внутренних сфер регулирования, которые будут покрываться данной главой и по которым соответствующее государство будет участвовать в данных консультациях, при этом имплементация указанных норм не обязательна. Содействовать согласованию норм регулирования предполагается через механизмы эффективной межведомственной координации и консультаций, которые должны поддерживать общепринятую практику нормативного регулирования, принимая во внимание последствия предлагаемых мер регулирования, основание для их выбора, специфику введенных мер. Эти действия направлены на устранение ненужных барьеров, снижение региональных различий в стандартах, стимулирование транспарентности, устранение излишнего количества тестов, выдаваемых сертификатов и т.д., что, безусловно, должно улучшить условия деятельности и снизить издержки в странах ТТП.

В соответствии с положениями Соглашения о ТТП учреждается комитет, который предоставляет участвующим странам, представителям бизнеса и гражданского общества возможность сообщать о реализации мер, обмениваться опытом и определять потенциальные области для сотрудничества. Подтверждается при этом право страны в регулировании экономики, отвечающем интересам общества. Предполагается также создать комитет по конкурентоспособности и содействию бизнесу, который должен будет на регуляторной основе рассматривать влияние ТТП на национальную и региональную конкурентоспособность, а также в целом на интеграцию, включая участие среднего и малого бизнеса в данной цепочке, методы стимулирования такого участия.

Проблематике малого и среднего бизнеса в Соглашении о ТТП посвящена только одна глава 24 «Малые и средние производства» (Chapter 24 «Small and Medium-sized Enterprises»), которая ограничена рассмотрением вопроса о вкладе его представителей в промежуточную торговлю, причем в роли не прямых поставщиков. В поле зрения соглашения преимущественно вопросы устранения барьеров, ограничивающих выход на зарубежные рынки, а также информационное обеспечение среднего и малого бизнеса.

Также стоит указать, что ряд элементов данного соглашения, рассмотренных выше, а именно: возможность принимать обязательства, не усиливать ограничения и не применять более либеральные меры в будущем; введение понятия «минимальный стандарт режима»; механизм перехода правовых норм из развитых государств в развивающиеся; введение жесткого регулирования госкорпораций; высокий уровень норм, защищающих конкуренцию, в том числе от давления компаний из более развитых государств; также учет более низкого уровня экономического развития участвующих развивающихся государств с предоставлением им в отдельных случаях переходного периода — являются проявлением принципа инклюзивной торговли. То есть торговли, доступной в равной степени для всех участников соглашения, направленной на всеобъемлющий рост, без дискриминации и ухудшения положения его членов.

Для контроля за исполнением обязательств по осуществлению общего администрирования, решению вопросов, возникающих при исполнении обязательств по данному соглашению, а также консультированию государств-участников в рамках каждой главы учреждаются комитеты по вопросам соответствующей главы — из административных представителей государств-участников; также создаются двусторонние комитеты между странами-участницами для разрешения проблем

взаимной интеграции или для контроля за ходом промежуточного периода, комитетам подчиняются рабочие группы по конкретным вопросам; для общего администрирования в рамках соглашения создается Комиссия Транстихоокеанского партнерства (*Commission of Trans-Pacific Partnership*), в соответствии с главой 27 (Chapter 27 «Administrative and Institutional Provision»). В Комиссию входят представители от государств-участников рангом не ниже министра. Комиссия и комитеты работают на периодической основе. Комиссия может создавать рабочие группы и комитеты, не предусмотренные соглашением, а также распускать или объединять комитеты. Комиссия — единственный орган, который вправе трактовать положения соглашения.

Подход, использовавшийся при разработке Соглашения о ТТП, в целом, демонстрирует его либеральную направленность и широкие возможности по применению его элементов в будущем.

На наш взгляд, основные правовые новации, которые были определены в рассматриваемом соглашении, можно сформулировать следующим образом:

Введение концепции инклюзивной торговли взамен абсолютной свободной торговли, также введение более гибких элементов в рамках финансовой свободы государств и разрешение государствам защищать общественные интересы через экономическое регулирование.

Введение нового механизма урегулирования споров между инвестором и государством (ISDS).

Замена «позитивного листа» услуг, обычно устанавливаемого торговыми соглашениями, на гораздо более свободный «негативный лист» в области торговли и оказания услуг.

Более жесткая защита авторских прав, включая применение в данной сфере юридических формулировок о «наилучших практиках», что также обеспечивает серьезный прорыв, так как раньше данные термины применялись в основном в международном административном праве и международном финансовом праве, в том числе в решениях международных коммерческих арбитражей по МЧП.

В области законов по защите конкуренции — более широкие цели и задачи политики защиты конкуренции, расширение и углубление сотрудничества.

Уравнивание роли госкомпаний с ролью частных хозяйствующих субъектов в «обычной» жизни и признание их роли в чрезвычайных ситуациях.

Не вызывает сомнений, что во многом указанное соглашение является следствием юридических формулировок, конструкций, а также практик, наработанных в ходе создания и развития соглашений ВТО и ЕС; однако Соглашение о ТТП — это во многом шаг вперед; его гибкая структура предоставляет вполне реальные возможности для применения цельных юридических конструкций в будущих соглашениях; также существует возможность дополнения его положениями межгосударственных торговых соглашений и уже существующих региональных соглашений, таких как, например, соглашение о ЕАЭС, что играет существенную роль для России.

Что касается присоединения России к Транстихоокеанскому партнерству, то в соответствии с 30-й главой (Chapter 30 «Final Provisions») Соглашение о ТТП предполагает открытость для присоединения государств — участников АТЭС, иных стран и таможенных территорий. Исходя из смысла статьи 30.4 (Article 30.4 «Accession»), возможность присоединения России к Соглашению о ТТП рассматривается исключительно полным членским составом ЕАЭС.

Экономических и социальных требований к странам пока не предъявляется, однако должно быть получено разрешение рабочей группы, которая будет рассматривать вопрос присоединения.

Для присоединения к Соглашению о ТТП необходимо направить заявку в депозитарий, где хранится соглашение, вскоре после получения она вносится в качестве

повестки на заседание Комиссии Транстихоокеанского партнерства. Комиссия, в случае согласия представителей стран, создает специализированную, состоящую из представителей стран-участниц и кандидата на присоединение рабочую группу, которая будет уполномочена рассматривать вопрос о возможности присоединения к Соглашению о ТТП. В случае одобрения кандидата рабочая группа разрабатывает проект присоединения, в рамках встреч рабочей группы, а также ее консультаций с уполномоченными органами кандидата и комитетами ТТП. После окончания работ группа направляет проект соглашения в Комиссию ТТП, которая решает вопрос о его одобрении или отклонении. В случае удовлетворения Комиссия ТТП направляет странам-членам и кандидату проект соглашения о присоединении к ТТП для ратификации. Присоединение возможно исключительно при согласии всех действующих стран-членов.

Литература

1. Energy Charter Secretariat: [Electronic resource]. Consolidated version of the Energy Charter Treaty and related documents. 1994. Available at: http://www.encharter.org/fileadmin/user_upload/document/EN.pdf#page=141.
2. Foreign Trade Information System of OAS: [Electronic resource]. Trans-Pacific Strategic Economic Partnership Agreement 2005 Opt. Available at: http://www.sice.oas.org/Trade/CHL_Asia_e/TransPacific_ind_e.aspxhttp://www.sice.oas.org/Trade/CHL_Asia_e/TransPacific_ind_e.asp.
3. Melendez-Ortiz R. Mega-regionals: What Is Going on? Mega-regional Trade Agreements: Game-Changers or Costly Distractions for the World Trading System. World Economic Forum. 2014. July. P. 13.
4. NAFTA Secretariat: [Electronic resource]. North American Free Trade Agreement. 1994. Opt. Available at: <https://www.nafta-sec-alena.org/Home/Legal-Texts/North-American-Free-Trade-Agreement>.
5. Office of the U.S. Department of State: [Electronic resource]. Transatlantic Interests In Asia 2014. Opt. Available at: <http://www.state.gov/p/eap/rls/rm/2014/01/219881.htm><http://www.state.gov/p/eap/rls/rm/2014/01/219881.htm>.
6. Office of the U.S. Trade Rep: [Electronic resource]. Summary of the Trans-Pacific Partnership Agreement. 2015. Opt. Available at: <https://ustr.gov/about-us/policy-offices/press-office/press-releases/2015/october/summary-trans-pacific-partnership>.
7. Office of the U.S. Trade Rep: [Electronic resource]. Trans-Pacific Partnership Agreement Opt. Available at: <https://ustr.gov/trade-agreements/free-trade-agreements/trans-pacific-partnership>.
8. Remarks of President Obama at Suntory Hall. Tokyo, Japan. November 14, 2009.
9. UN. Doc. E/ESCAP/CTI (3)/1. P. 12 Opt.
10. Williams B., Manyin M., Jurenas R., Platzer M. The U.S.-South Korea Free Trade Agreement (KORUS FTA): Provisions and Implementation. Congressional Research Service Report. 2014. September. Opt.
11. World Integrated Trade Solutions of The World Bank Group: [Electronic resource]. Agreement between New Zealand and Singapore on a Closer Economic Partnership Opt. Available at: <http://wits.worldbank.org/GPTAD/PDF/archive/NewZealand-Singapore.pdf>.
12. World Integrated Trade Solutions of The World Bank Group: [Electronic resource]. Agreement between New Zealand and Singapore on a Closer Economic Partnership Opt. Available at: <http://wits.worldbank.org/GPTAD/PDF/archive/NewZealand-Singapore.pdf>.
13. World Trade Organization: [Electronic resource]. Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights Opt. Available at: https://www.wto.org/english/docs_e/legal_e/27-trips.pdf.
14. World Trade Organization: [Electronic resource]. GENERAL AGREEMENT ON TARIFFS AND TRADE Opt. Available at: https://www.wto.org/english/docs_e/legal_e/gatt47_e.pdf.
15. World Trade Organization: [Electronic resource]. GENERAL AGREEMENT ON TRADE IN SERVICES Opt. Available at: https://www.wto.org/english/docs_e/legal_e/26-gats.pdf.