



**СЕРГЕЙ
АЛЕКСАНДРОВИЧ
БЕЛОВ**

заведующий кафедрой конституционного права, декан юридического факультета СПбГУ, кандидат юридических наук, доцент

КОНСТИТУЦИОННЫЕ ОГРАНИЧЕНИЯ ВРЕМЕННОГО ПРИМЕНЕНИЯ ПОЛОЖЕНИЙ МЕЖДУНАРОДНОГО ДОГОВОРА, ПРЕДУСМАТРИВАЮЩИХ ПЕРЕДАЧУ СПОРОВ В ИНВЕСТИЦИОННЫЙ АРБИТРАЖ

Решение Апелляционного суда Гааги от 18.02.2020, оставившее в силе решение Арбитражного трибунала по делу «ЮКОСа» по поводу его юрисдикции, вызвало многочисленные обсуждения самых разнообразных вопросов, затронутых в обоих решениях. При рассмотрении инвестиционного спора в международном арбитраже, а также при проверке национальными судами Нидерландов законности и обоснованности арбитражного решения по вопросу его юрисдикции дело не ограничивалось применением международного права, в частности нормами Договора к Энергетической хартии (ДЭХ). Поскольку возможно временное применение лишь тех положений ДЭХ, которые не противоречат внутригосударственному праву участников Договора, вопрос юрисдикции международного инвестиционного арбитража на основе ДЭХ фактически был увязан с вопросом о допустимости временного применения норм ДЭХ по российскому праву. Анализ, проведенный в настоящей статье, показывает, что этот вопрос внутреннего права мог исследоваться и самим арбитражем, и нидерландскими судами только как вопрос факта, а не как вопрос права, т.е. арбитраж и суд были лишены права самостоятельно толковать и применять внутригосударственное право другой страны. Нормы российского права включают положения Конституции и законодательных актов, которые развивают ее положения, в отношении распределения между органами законодательной и исполнительной власти полномочий по принятию решений о временном применении договора, признающего юрисдикцию международного инвестиционного арбитража. Принцип разделения властей и другие нормы не предоставляют полномочие по принятию такого решения органам исполнительной власти, в том числе Правительству РФ, особенно с учетом того, что такое решение имеет характер акта суверенной воли государства.

Ключевые слова: ДЭХ, международный инвестиционный арбитраж, дело «ЮКОСа», национальное и международное право, разделение властей, полномочия по подписанию международных договоров, временное применение международных договоров, признание юрисдикции инвестиционного арбитража

**SERGEY A. BELOV**

Head of the Chair of Constitutional Law, Dean of the Law Department at Saint Petersburg State University, Candidate of Juridical Sciences, Associate Professor

CONSTITUTIONAL LIMITATIONS UPON PROVISIONAL APPLICATION OF INTERNATIONAL TREATY WHICH PROVIDES FOR JURISDICTION OF INTERNATIONAL INVESTMENT ARBITRATION

The decision of the Hague Court of Appeal of 18 February 2020 upholding the decision of the Arbitration Tribunal on its jurisdiction in the *Yukos* case has provoked the discussion of the wide range of issues covered in both decisions. The consideration of this investment dispute in international arbitration and its subsequent review in Dutch national courts as to the legality and validity of the arbitral award on its jurisdiction were not confined to the application of international law, in particular the Energy Charter Treaty (ECT) rules. Since only those provisions of the ECT which do not contradict the domestic law of the parties to the ECT can be applied provisionally, the issue of jurisdiction of an international investment arbitration based on the ECT was actually linked to the issue of permissibility of provisional application of the ECT provisions under the Russian law. The analysis shows that this question of domestic law could be examined by both the arbitration and the Dutch courts only as a question of fact and not as a question of law, i.e. the arbitration and the court were deprived of the right to interpret and apply the domestic law of another country independently. The rules of Russian law include provisions of the Constitution and legislative acts, which elaborate on its provisions, regarding the allocation of powers between the legislative and executive authorities to decide on the provisional application of a treaty recognising the jurisdiction of international investment arbitration on behalf of the state. Principle of separation of powers and other norms do not give powers of taking such a decision to executive authorities, including the Government of the Russian Federation, especially taking into account that such a decision has the nature of an act of sovereign will of the state.

Keywords: ECT, international investment arbitration, *Yukos* case, national and international law, separation of powers, power to sign international treaties, provisional application of international treaties, recognition of the investment arbitration jurisdiction

1. Введение

Решение Апелляционного суда Гааги от 18.02.2020¹, оставившее в силе решение Арбитражного трибунала по делу «ЮКОСа» по поводу его юрисдикции (с приведением до-

полнительного обоснования), вызвало многочисленные обсуждения самых разнообразных вопросов, затронутых в обоих документах, в том числе на страницах настоящего издания². Основная проблема, вокруг которой возник-

¹ Текст решения по запросу *Yukos Universal v. Russia* на англ. языке см.: <https://jusmundi.com/en/> (дата обращения: 20.11.2020).

² См.: *Старженецкий В.В.* О временном применении международных договоров, разделении властей и демократической легитимности // Закон. 2020. № 9. С. 127–140.

ли споры и в судах, и в научной литературе, — насколько правомерно устанавливать юрисдикцию международного инвестиционного арбитража положениями временно применяемого международного договора, подписанного, но не прошедшего полноценную процедуру выражения согласия государства на его обязательность путем парламентской ратификации. Эта проблема во многом лежит в области международного права и лишь в некоторой части относится к праву внутригосударственному. Ссылки на внутригосударственное право включены непосредственно в текст применяемого положения Договора к Энергетической хартии (ДЭХ): согласно ст. 45 (1) ДЭХ «каждая подписавшая сторона соглашается временно применять настоящий Договор впредь до его вступления в силу для такой подписавшей стороны в соответствии со статьей 44, в той степени, в которой такое временное применение не противоречит ее конституции, законам или нормативным актам». Из разных вариантов толкования этого положения Апелляционный суд Гааги выбрал следующее³: не допускается временное применение тех положений ДЭХ, в отношении которых национальное право не позволяет их временного применения. Апелляционный суд Гааги посчитал необсужденными аргументы Российской Федерации о том, что именно таковым для нашей страны является положение ДЭХ о компетенции международного инвестиционного арбитража по спорам между государством и инвесторами относительно применения Договора⁴. В связи с этим возникает ряд вопросов, лежащих отчасти на стыке международного и конституционного права, отчасти в области права конституционного. К первым можно отнести вопрос о том, кто и на каких основаниях может оценивать, противоречит ли национальному праву государства временное применение конкретного положения международного договора. Ко вторым — следует ли считать, что признание юрисдикции международного коммерческого арбитража затрагивает настолько принципиальные вопросы национального права, что временное применение положений о таком признании становится невозможным.

В настоящей статье исследуется вопрос, насколько обоснованными можно считать выводы Апелляционного суда Гааги в отношении российского конституционного права

³ Рачков И.В. Отмена решений международных инвестиционных арбитражей государственными судами по месту арбитража (на примере саги о ЮКОСе): шоу продолжается? // Международное правосудие. 2020. № 1. С. 107–124.

⁴ Пункты 4.7.1–4.7.32 решения.

по временному применению международного договора об инвестиционном арбитраже.

2. Истолкование национального права и ограничения временного применения ДЭХ

Традиционно положения национального права в международном арбитраже рассматриваются в качестве факта, а не в качестве права⁵ — в том смысле, что международный арбитраж не имеет полномочий толковать и оценивать соблюдение положений внутригосударственного права. Международный трибунал, перефразируя известное латинское изречение, *iura gentium novit curia* — знает международное право, а в вопросе содержания национального права должен полагаться на мнения экспертов по национальному праву и другие доказательства, из которых можно судить о его содержании.

В аналогичном положении оказывается и суд места арбитража (в деле «ЮКОСа» — суд Нидерландов), который оценивает обоснованность решения арбитража на предмет наличия у него необходимой юрисдикции. Применяя национальное право другого государства (что неизбежно для оценки возможности временного применения ДЭХ), суд оказывается в довольно своеобразном положении: он должен оценить соответствие положений международного договора чужому внутригосударственному праву или, по крайней мере, оценить обоснованность выводов арбитража о применении этого права.

В деле «ЮКОСа», как и в других делах, связанных с применением ДЭХ, вопрос наличия юрисдикции трибунала увязывается с соответствием временного применения положений ДЭХ национальному праву. Нормы ДЭХ отсылают к нормам права национального; содержание последнего требуется установить и применить к конкретной ситуации.

Отсылка к нормам национального права — исключение из общих подходов, сложившихся в международном праве, которое обычно вообще не принимает во внимание внутригосударственное право. Одно из таких исключений — норма ст. 46 Венской конвенции о праве международных договоров (далее — ВКПМД), которая позволяет в обоснование неисполнения международного договора ссылаться на нарушения особо важных положений внутреннего пра-

⁵ Hepburn J. Domestic Law in International Investment Arbitration. Oxford, 2017. P. 104–108.



ва, касающихся полномочий по заключению договоров. Положения об ограничении временного применения ДЭХ, связанные с нарушением национального права, сходны с положениями ст. 46 ВКПМД, однако сформулированы гораздо шире. Различия между ст. 45 ДЭХ и ст. 46 ВКПМД состоят, во-первых, в том, что препятствием к временному применению положений ДЭХ выступает нарушение не только особо важных, а любых норм национального права, во-вторых — в том, что положения ДЭХ не могут применяться, если нарушаются любые нормы национального права, а не только те, которые регулируют полномочия заключать международные договоры.

Общие положения ст. 25 ВКПМД о временном применении международных договоров никаких подобных оговорок не предусматривают. Следовательно, положения ст. 45 ДЭХ носят исключительный характер.

Для государства, выступающего стороной заключаемого международного договора, невозможно вторгаться в оценку наличия необходимых полномочий у представителя другой стороны, если это глава государства, правительство или министр иностранных дел, — иное означало бы очевидное вмешательство во внутренние дела другого государства⁶.

В наилучшей позиции относительно оценки соответствия международного обязательства национальному праву находятся органы того государства, право которого применяется. Более того, государственный суверенитет (включающий и нормотворческую, и нормоприменительную юрисдикцию) предполагает, что именно органам государства предоставляется возможность не только издавать, но также интерпретировать и применять акты, содержащие нормы права. Суды других государств и международные арбитражные суды должны принимать как данность интерпретацию норм национального права, выработанную государственными органами в сложившейся правоприменительной практике или сформулированную как общий подход решением высшей судебной инстанции.

Следовательно, в международном арбитраже предметом доказывания должно быть наличие в национальном праве (как в нормативном регулировании, так и в практике толкования и применения) государства — участника спо-

ра тех положений, противоречие которым ограничивает, в частности, временное применение или международного договора в целом, или его отдельных положений.

Исходя из выбранного Апелляционным судом Гааги толкования ст. 45 ДЭХ, признание юрисдикции арбитража зависит от того, запрещают ли нормы российского права временное применение отдельных положений ДЭХ.

3. Временное применение международных договоров: общие и специальные ограничения для исполнительной власти

Апелляционный суд Гааги свел оценку позиции Российской Федерации о противоречии нормам российского права временного применения нормы ст. 26 ДЭХ об арбитраже к нескольким положениям.

Во-первых, сам по себе принцип разделения властей, закрепленный в Конституции РФ, не дает ответа на вопрос, какие полномочия какому органу предоставлены. Следовательно, из Конституции прямо не вытекает запрет для органов исполнительной власти принимать решения о временном применении любых положений международных договоров, если вопрос о таком применении в принципе отнесен к полномочиям Правительства.

Во-вторых, в положениях Федерального закона от 15.07.1995 № 101-ФЗ «О международных договорах Российской Федерации» (далее — Закон о международных договорах) федеральный законодатель не ограничил полномочий Президента и Правительства по принятию решений о временном применении международных договоров, а следовательно, Правительство РФ, дав согласие на временное применение ДЭХ вместе с его подписанием (т.е. не сделав оговорку о неприменении ст. 26), своих полномочий не превысило.

При обосновании отсутствия нарушения норм российского права Апелляционный суд Гааги посчитал убедительными аргументы, что Российская Федерация в принципе допускает временное применение международных договоров и само по себе это временное применение российскому праву не противоречит. В частности, Апелляционный суд сослался на Постановление Конституционного Суда РФ от 27.03.2012 № 8-П, в котором Конституционный Суд пришел к выводу, что временно применяемые международные договоры имеют ту же силу в правовой

⁶ См.: Vienna Convention on the Law of Treaties: A Commentary / ed. by O. Dörr, K. Schmalenbach. Springer, 2018. P. 840.

системе Российской Федерации, что и ратифицированные и окончательно вступившие в силу, — в том числе они имеют приоритет перед национальным законодательством, как это определено в ч. 4 ст. 15 Конституции.

Каждый из приведенных аргументов относится к вопросам внутригосударственного публичного конституционного права и требует оценки с точки зрения общих подходов и принципов, характерных для конституционного права.

Иностранный суд не может принять решение о том, действует ли в российском конституционном праве, например, принцип разделения властей, а если действует, то как и в каких пределах. Иначе это будет сродни выводу, что в конкретном государстве сложился авторитарный политический режим, а значит, в этом государстве не действует принцип разделения властей⁷.

Реализация принципа разделения властей, разумеется, имеет определенные особенности в Российской Федерации, однако не может считаться специфической именно для отечественной конституционной системы. Принцип разделения властей в России был заимствован из зарубежного права относительно недавно — в 1991 г., и при его толковании, особенно в первые годы, российские ученые и государственные деятели опирались на его содержание в зарубежных правовых и конституционных системах⁸. Ни одна конституционная система не выступала конкретным образцом, с которого была бы скопирована новая российская Конституция, — в ее основу был положен обобщенный опыт ряда зарубежных стран.

Это содержание предполагало не только базовый элемент идеи разделения властей — создание механизмов сдержек и противовесов между разными ветвями власти, — но и отчетливое распределение функций, обусловленное особенностями каждой из ветвей власти.

Именно на функциональной дифференциации ветвей власти делали акцент в России — это могло бы повлечь упрек в пренебрежении именно механизмами контроля одной ветви власти за другими ветвями в пользу сотрудничества и единства, однако в любом случае подчеркивает свойственное для разделения властей закрепление за каждой ветвью власти имманентно присущих ей функций⁹.

Сам принцип разделения властей и в России, и за рубежом скорее требует распределения власти между тремя ветвями, наличия сдержек и противовесов в системе органов государства. Как и любой принцип, он, очевидно, не содержит в себе полного и детального распределения полномочий между органами разных ветвей власти, однако анализ и конституционных, и законодательных положений позволяет достаточно ясно сформулировать общие правила такого распределения полномочий.

Несмотря на то, что источником власти всех государственных органов является народный суверенитет, органы законодательной власти, выполняющие одновременно задачи политического представительства, непосредственно представляют и реализуют народную волю, в связи с чем именно на них возлагается функция нормотворчества. Кроме того, принцип разделения властей не следует рассматривать изолированно от других конституционных принципов — в частности, от принципа народовластия и осуществления народом государственной власти прежде всего через представительные органы государства.

Конституция возлагает полномочия по выражению обязательности международного договора для государства через ратификацию на органы законодательной власти.

Развитие этих положений осуществляется в Законе о международных договорах.

Применительно к вопросам международных отношений¹⁰ законодательные органы в форме ратификации выражают от имени государства согласие на обязательность международных договоров, создающих общие нормы

⁷ Подобный вывод в отношении Португалии см.: *Delimitation of Maritime Boundary Between Guinea-Bissau and Senegal (Guinea-Bissau v. Senegal)* (1989) 20 RIAA 119 (English translation: 83 ILR 1). § 59. Цит. по: *Vienna Convention on the Law of Treaties: A Commentary*. P. 849.

⁸ *Sharlet R.S. Legal Transplants and Political Mutations: The Reception of Constitutional Law in Russia and the Newly Independent States // Eastern European Constitutional Review*. 1998. Vol. 7. P. 107; *Schwartz V. The Influences of the West on the 1993 Russian Constitution // Hastings International and Comparative Law Review*. 2009. Vol. 32. No. 1. P. 130–131.

⁹ Комментарий к Конституции Российской Федерации / под ред. В.Д. Зорькина. М., 2013. С. 115–120.

¹⁰ *The Oxford Handbook of Comparative Foreign Relations Law / ed. by C.A. Bradley*. Oxford, 2019. P. 64 ff.



и имеющих приоритет перед национальным законодательством. Заключение соглашений органами исполнительной власти даже в государствах, где этим органам предоставлены широкие полномочия по заключению договоров, ограничивается заключением «исполнительных» соглашений, которые обязательны для исполнительной власти, но не принимаются от имени государства и не могут рассматривать как юридически обязательные международные договоры¹¹.

Главный принцип, который лежит в основе компетенции органов исполнительной власти, — это возложение на них полномочий по исполнению Конституции и актов (законов, международных договоров), принятых законодательным органом, в том числе осуществление нормотворческих полномочий в пределах, в которых такие полномочия делегированы им решением законодателя. Как законодатель не вправе вторгаться в текущую исполнительно-распорядительную деятельность органов исполнительной власти¹², так и органы исполнительной власти не вправе самостоятельно вторгаться в компетенцию законодательной власти.

Применительно к полномочиям на участие в международных отношениях от имени государства эти два принципа предполагают, что органы исполнительной власти обеспечивают сначала подготовку международных договоров для заключения (в том числе проводят необходимые предварительные переговоры, подготавливают текст договора и всех необходимых сопроводительных материалов, организуют анализ, какое национальное законодательство нуждается в изменении), а потом — исполнение международного договора.

К исполнительно-распорядительным функциям, которые возложены на органы исполнительной власти, относится, в частности, взаимодействие с инвесторами в рамках инвестиционных проектов. Используя предоставленные им полномочия по распоряжению государственными ресурсами, в том числе по предоставлению бюджетных средств в рамках утвержденного парламентом бюджета, органы исполнительной власти могут договорами и соглашениями принимать на государство определенные обязательства в рамках конкретного проекта.

¹¹ Осминин Б.И. Заключение и имплементация международных договоров и внутригосударственное право. М., 2010. С. 15–20.

¹² Постановление КС РФ от 20.07.1999 № 12-П.

Если органы исполнительной власти уполномочены на предоставление за счет государства имущественных гарантий инвесторам, то в качестве средства обеспечения таких гарантий в договоры и соглашения, заключаемые органами исполнительной власти, могут включаться и арбитражные оговорки о передаче споров, вытекающих из подобных договоров и соглашений, на рассмотрение инвестиционных арбитражей.

Однако эта ситуация выглядит принципиально по-иному, если речь идет об установлении правовых норм, в которых государство признает юрисдикцию инвестиционного арбитража по определенной категории дел в отношении инвесторов, круг которых очерчивается нормативно установленными критериями, в том числе нормы ст. 26 ДЭХ.

В этом случае речь идет уже не об исполнительно-распорядительной деятельности в пределах компетенции исполнительной власти, а о нормотворческой деятельности, осуществление которой исполнительной властью возможно только при условии делегирования ей конкретных нормотворческих полномочий законодателем.

Такое делегирование не может ограничиваться лишь указанием на форму осуществления нормотворческой деятельности, а требует определить, регулирование какого именно вопроса выступает предметом делегирования. В контексте рассматриваемой ситуации законодатель не может делегировать исполнительной власти полномочие самостоятельно заключать международные договоры (или решать вопрос об их временном применении), в которых регулировались бы совершенно любые вопросы: иначе исполнительная власть получила бы полномочия по утверждению правовых норм, которые, во-первых, были бы неопределенными по границам их осуществления¹³, а во-вторых, в силу конституционного требования о приоритете международных договоров над национальным законодательством превалировали бы по юридической силе над актами самой законодательной власти.

¹³ Конституционный Суд РФ указывал, что законодатель, наделяя Правительство РФ полномочиями в сфере нормотворчества, должен четко определить круг вопросов, по которым Правительство вправе принимать нормативные акты (Постановления КС РФ от 06.04.2004 № 7-П, от 28.02.2006 № 2-П).

Закон о международных договорах определяет, в какой форме Правительство может осуществлять нормативное регулирование во временном порядке, — путем принятия решения о временном применении международного договора. Последствия принятия такого решения Правительством носят нормативный характер и поэтому могут рассматриваться как нормотворческие полномочия. Однако нормативными актами должны определяться конкретные вопросы, по которым Правительство может осуществлять такие полномочия. Предоставление ему возможности осуществлять нормотворчество по любому вопросу противоречило бы принципу разделения властей, поскольку органы исполнительной власти осуществляют любое нормотворчество только на основании делегирования. Положения ст. 23 Закона о международных договорах должны толковаться с учетом конституционных принципов и в общем контексте правового регулирования, а не изолированно от других нормативных актов.

Если бы законодатель предоставил Правительству неограниченные полномочия по нормативному регулированию любых вопросов, которые могут быть предметом временного применения международных договоров, это очевидно противоречило бы требованиям Конституции.

Оставаться в пределах конституционного регулирования означает делегировать лишь полномочия по нормативному регулированию тех вопросов, которые по своему характеру в принципе могут быть делегированы¹⁴; оценку конституционной допустимости дает конституционный суд¹⁵.

В качестве отличительной особенности реализации принципа разделения властей в Российской Федерации можно назвать особое внимание, уделяемое разделению нормотворческих и правоприменительных функций. В этой части заимствованный российским правопорядком в начале 1990-х гг. принцип разделения властей нашел благодатную почву в тех чертах отечественного

права, которые были характерны для советского права и сохранены инерцией правовой системы. Разделение правотворческих и правоприменительных функций главным образом было ориентировано на ограничение судебного нормотворчества — исключение судебного прецедента из числа источников российского права, однако в некоторой степени касалось и взаимоотношений между органами законодательной и исполнительной власти, а именно ограничивало нормотворчество органов исполнительной власти. В отечественной теории административного права еще начала XX в. были сформулированы концепции нормотворчества исполнительной власти, которые в целом опирались на непреложную посылку об ограничении нормотворчества исполнительной власти как несвойственной для нее функции.

Из приведенных соображений конституционно-правового характера видно, что выводы Апелляционного суда Гааги не соответствуют ряду основополагающих универсальных принципов публичного права с точки зрения толкования положений российского законодательства о международных договорах. Установление содержания этих положений не требует специального исследования и сложного толкования неочевидного содержания норм российского права. Напротив, эти положения общепризнаны, одинаковы для разных юрисдикций, составляют общие принципы публичного права, которые должны быть понятны и очевидны.

Закон о международных договорах не запрещает государственным органам Российской Федерации, принимающим решения о подписании международных договоров, одновременно принимать решения об их временном применении, однако положения данного Закона не действуют изолированно, а составляют часть системы правового регулирования, включающей нормы Конституции и других федеральных законов, на что прямо указывал Конституционный Суд РФ в Постановлении от 27.03.2012 № 8-П (п. 2). Несмотря на то, что ст. 23 Закона о международных договорах увязывает полномочие по принятию решения о временном применении международных договоров с полномочием по подписанию международных договоров, с конституционной точки зрения пределы осуществления этих полномочий различаются. Правительство РФ вправе принимать решение о подписании, и в этом отношении его полномочия не ограничены, поскольку это лишь отдельный этап выражения согласия на обязательность международного договора, а конечное решение принимает законодатель. Решение же о временном применении международ-

¹⁴ Подобные ограничения, вытекающие из принципа разделения властей, в зарубежном праве обозначаются как принцип недеlegation (*non-delegation principle*), см.: *Aranzon P.H., Gellhorn E., Robinson G.O. A Theory of Legislative Delegation // Cornell Law Review. 1982. Vol. 68. No. 1. P. 8–17, 63–67; Lawson G. Delegation and Original Meaning // Virginia Law Review. 2002. Vol. 88. P. 327, 335–343. В российском праве эта доктрина отражена в Постановлениях КС РФ от 06.04.2004 № 7-П, от 14.07.2005 № 8-П.*

¹⁵ Постановление КС РФ от 27.01.2004 № 1-П.



ного договора ограничивается теми нормотворческими полномочиями, которые предоставлены Правительству. Следовательно, если какое-то положение международного договора выходит за пределы компетенции Правительства, то решение о временном применении международного договора Правительство принимать не вправе. Сделанный Конституционным Судом РФ в Постановлении от 19.03.2014 № 6-П вывод, что временное применение международного договора не противоречит Конституции РФ, не ставит под сомнение ограничение полномочий Правительства, поскольку Конституционный Суд отдельно рассматривал вопрос о возможности временного применения международного договора (п. 3 Постановления), не анализируя его с точки зрения принципа разделения властей, и отдельно — вопрос о допустимости подписания договора Президентом с точки зрения установленного Конституцией разделения государственной власти на законодательную, исполнительную и судебную (п. 2). Кроме того, в рассматривавшейся Конституционным Судом ситуации договор подписывал и принимал решение о его временном применении Президент, а не Правительство.

Законодатель, вопреки утверждениям Апелляционного суда Гааги, не должен специально ограничивать Правительство в полномочии принимать решения о временном применении международных договоров: достаточно того, что Правительству не было делегировано полномочие принимать от имени Российской Федерации обязательство по признанию юрисдикции международного инвестиционного арбитража, передавая на его рассмотрение вопросы, которые по общему правилу относятся к исключительной компетенции национальных судов.

Ограничение полномочий Правительства во многом связано именно с особым характером обязательства, которое принимает государство, соглашаясь на временное применение договора, и полномочие принимать такое обязательство, как будет показано далее, вообще не может быть делегировано Правительству.

4. Характер международного обязательства по признанию юрисдикции международного инвестиционного арбитража

Признание юрисдикции международного инвестиционного арбитража имеет особое правовое значение с точки зрения того обязательства, которое принимает на себя государство.

Государство признает для себя обязательной юрисдикцию международного инвестиционного арбитража, отказываясь тем самым от исключительности собственных суверенных прав на осуществление правовой оценки действий органов государственной власти — прав, которые принято рассматривать как один из фундаментальных принципов современного публичного права, вытекающих из принципа государственного суверенитета. Более того, государство совершает такой отказ, передавая на рассмотрение арбитража оценку правомерности действий государства в целом, причем не как участника гражданского оборота, осуществляющего хозяйственную деятельность, а как носителя публичной власти.

Спор государства с инвестором в инвестиционном арбитраже не лежит в плоскости оспаривания инвестором законности с позиции национального права действий или решений органов публичной власти, которыми затронуты его права и законные интересы. Инвестиционный арбитраж не оценивает, как уже было указано выше, соблюдение государственных органами норм национального законодательства, поскольку национальное право представляет собой для него факт, а не применяемое право. При этом, правда, арбитраж иногда делает выводы о нарушении правовой последовательности и определенности действий государства, опираясь на собственную оценку того, насколько национальные суды соблюдали нормы национального права¹⁶. Спор, переносимый в международный арбитраж, не рассматривается как публично-правовой спор в смысле национального права главным образом потому, что решение арбитража, как и любого другого международного суда, не имеет прямого правоприменительного эффекта в национальном праве, оно не пересматривает и не отменяет решения конкретных государственных органов, а оценивает итоговую совокупность всех действий государства, причем в первую очередь с точки зрения их общего результата. Деление в этом отношении споров на гражданско-правовые и публично-правовые вообще становится довольно бессмысленным, поскольку оно остается в рамках национального права, по-разному регулирующего рассмотрение таких споров.

¹⁶ Например, Инвестиционный арбитраж в деле «ЮКОСа» сделал вывод о несоответствии нормам российского права решения налоговой службы и российских государственных судов и даже Постановления КС РФ (п. 274–276, 629, 718). Апелляционный суд Гааги признал, что такие выводы суда имели под собой правовые основания (п. 8.4.14–8.4.15 решения Апелляционного суда Гааги от 18.02.2020 по делу № 200.197.079/01).

Арбитраж применяет положения международного инвестиционного права, начиная от его принципов (в частности, принципа справедливого и равного обращения — *FET principle*) и заканчивая конкретными правовыми гарантиями, которые содержатся в конкретном договоре о защите инвестиций. Инвестиционный арбитраж при разрешении спора оценивает через призму принципов международного инвестиционного права любые действия государства¹⁷ — не только органов исполнительной (в том числе в такой важной для любого государства сфере, как уголовное преследование¹⁸), но также законодательной¹⁹ и даже судебной²⁰ власти, рассматривая их как действия государства и не резервируя за государством никакой области исключительного суверенного осуществления власти²¹. По существу, инвестиционный арбитраж становится юрисдикционным механизмом внешнего контроля за реализацией публичной власти²².

Апелляционный суд Гааги не поддержал позицию, высказанную представителями Российской Федерации, что спор о защите инвестиций носит публично-правовой характер, по крайней мере в данном случае. Не вдаваясь в существо этого вопроса, следует отметить, что даже если не расценивать инвестиционный спор как спор о правомерности решений органов публичной власти, нарушивших права инвестора, он в любом случае касается правомерности действий и решений государства в целом, т.е. органов любой из ветвей государственной власти, а принятие такого обязательства явно выходит за пределы компетенции исполнительной власти.

¹⁷ *Harten G. van*. Investment Treaty Arbitration and Public Law. Oxford, 2007.

¹⁸ См.: постановления МЦУИС от 01.07.2003 № 1 по делу № ARB/02/18 «*Tokios Tokelés* против Украины», от 03.03.2016 об обеспечительных мерах по делу № ARB/15/28 «*Hydro S.r.l.* и др. против Албании»; Арбитражное решение МЦУИС от 26.07.2018 по делу № ARB/13/27 «*Marfin Investment Group Holdings S.A.* и др. против Кипра» (п. 1290).

¹⁹ Суд ЕС анализирует эту проблему в мнении от 30.04.2019 № 1/17 ECLI:EU:C:2019:341 (п. 150).

²⁰ См.: *Allsop J.* Commercial and Investor-State Arbitration: The Importance of Recognising Their Differences. URL: <https://www.fedcourt.gov.au/digital-law-library/judges-speeches/chief-justice-allsop/allsop-cj-20180416> (дата обращения: 25.11.2020).

²¹ *Andreeva Yu.* Interpreting Consent to Arbitration as a Unilateral Act of State: A Case Against Conventions// *Arbitration International*. 2011. Vol. 27. No. 2. P. 129–147.

²² *Harten G. van, Loughlin M.* Investment Treaty Arbitration as a Species of Global Administrative Law // *The European Journal of International Law*. 2006. Vol. 17. No. 1. P. 121–150.

Получается, что ни правотворческая, ни правоприменительная деятельность, включая отправление правосудия, не осуществляется государством независимо от внешнего контроля инвестиционного арбитража, и такое ограничение суверенных прав государства имеет настолько принципиальное значение, предполагая ограничение действия огромных областей национального законодательства, что подобные решения с точки зрения принципа разделения властей должны составлять исключительную компетенцию законодательных органов.

Особенно это важно в части признания юрисдикционных полномочий арбитража, представляющего собой альтернативу и конкурирующего с полномочиями национальных судов²³, поскольку в этом случае затрагиваются конституционные нормы, гарантирующие рассмотрение дела в том суде и тем судьей, к подсудности которого оно отнесено законом (ст. 47 Конституции РФ). Прямое указание на закон в данном случае не оставляет никакого пространства для двусмысленного истолкования принципа разделения властей: в практике Конституционного Суда РФ неоднократно была сформулирована позиция о том, что предметом делегирования не может быть нормотворчество по тем вопросам, регулирование которых в соответствии с Конституцией относится к исключительной прерогативе законодателя²⁴. В частности, в Постановлении от 06.06.2006 № 3-П Конституционный Суд РФ пришел к выводу, что вопросы обеспечения доступа к правосудию «по самой своей природе» требуют законодательного регулирования. Ссылаясь на свое предыдущее решение (Постановление от 16.03.1998 № 9-П), Суд указал, что «законом должны быть закреплены критерии, которые в нормативной форме (в виде общего правила) предопределяли бы, в каком суде подлежит рассмотрению то или иное дело, что позволило бы суду (судье), сторонам и другим участникам процесса избежать неопределенности в этом вопросе». Сходная позиция в отношении толкования ст. 6 Европейской конвенции о защите прав человека и основных свобод была

²³ К такому выводу приводит, в частности, анализ решения Суда ЕС от 06.03.2018 по делу *Slovak Republic v. Achmea BV*, C-284/16, ECLI:EU:C:2018:158. См.: *Contartese C.* Achmea and Opinion 1/17: Why do intra and extra-EU bilateral investment treaties impact differently on the EU legal order? // *European Central Bank Legal Working Paper Series No. 19*, October 2019. P. 16–18. URL: <https://www.ecb.europa.eu/pub/pdf/scplps/ecb.lwp19-e4d0a59cea.en.pdf> (дата обращения: 25.11.2020).

²⁴ Постановление КС РФ от 28.02.2006 № 2-П. П. 5.3.



сформулирована и Венецианской комиссией Совета Европы²⁵.

5. Заключение

На основании изложенного можно сделать следующие выводы.

При рассмотрении инвестиционного спора в международном арбитраже, а также при проверке национальными судами по месту арбитража законности и обоснованности арбитражного решения, в том числе по вопросам его юрисдикции, в ряде случаев дело не ограничивается применением международного права, в том числе норм ДЭХ, которые применялись при рассмотрении дела «ЮКОСа» против России. Поскольку допустимо временное применение лишь тех положений ДЭХ, которые не противоречат внутригосударственному праву участников Договора, вопрос юрисдикции международного инвестиционного арбитража на основе ДЭХ фактически зависит от ответа на вопрос о допустимости временного применения по решению Правительства норм об признании юрисдикции инвестиционного арбитража. Этот вопрос внутреннего права может исследоваться арбитражем только как вопрос факта, а не как вопрос права, т.е. арбитраж лишен права самостоятельно толковать и применять внутригосударственное право. В случае с Российской Федерацией речь идет о применении положений национальной Конституции и актов, которые развивают ее положения в отношении распределения полномочий по принятию решений о временном применении договора, признающего юрисдикцию инвестиционного арбитража, между органами законодательной и исполнительной власти. Принцип разделения властей и другие нормы российской Конституции не предоставляют полномочие по принятию такого решения органам исполнительной власти, в том числе Правительству РФ. Основанием для подобного вывода служит, в частности, характеристика решения государства о признании юрисдикции международного инвестиционного арбитража как акта суверенной воли государства.✉

REFERENCES

Allsop, J. Commercial and Investor-State Arbitration: The Importance of Recognising Their Differences, available at: <https://www.fedcourt.gov.au/digital-law-library/judges-speeches/chief-justice-allsop/all-sop-cj-20180416> (accessed 25 November 2020).

²⁵ См.: п. 76 Доклада Венецианской комиссии от 16.03.2010 № 494/2008, CDL-AD(2010)004.

Andreeva, Yu. "Interpreting Consent to Arbitration as a Unilateral Act of State: A Case Against Conventions". *Arbitration International*. 2011. Vol. 27. No. 2. P. 129–147.

Aranson, P.H., Gellhorn, E. and Robinson, G.O. "A Theory of Legislative Delegation". *Cornell Law Review*. 1982. Vol. 68. No. 1. P. 1–67.

Bradley, C.A. (ed.). *The Oxford Handbook of Comparative Foreign Relations Law*. Oxford, 2019. 896 p.

Contartese, C. Achmea and Opinion 1/17: Why Do Intra and Extra-EU Bilateral Investment Treaties Impact Differently on the EU Legal Order? *European Central Bank Legal Working Paper Series No. 19*, October 2019, available at: <https://www.ecb.europa.eu/pub/pdf/scplps/ecb.lwp19-e4d0a59cea.en.pdf> (accessed 25 November 2020).

Dörr, O. and Schmalenbach, K. (eds.). *Vienna Convention on the Law of Treaties: A Commentary*. Springer, 2018. LVIII, 1535 p.

Harten, G. van and Loughlin, M. "Investment Treaty Arbitration as a Species of Global Administrative Law". *The European Journal of International Law*. 2006. Vol. 17. No. 1. P. 121–150.

Harten, G. van. *Investment Treaty Arbitration and Public Law*. Oxford, 2007. 224 p.

Hepburn, J. *Domestic Law in International Investment Arbitration*. Oxford, 2017. 234 p.

Lawson, G. "Delegation and Original Meaning". *Virginia Law Review*. 2002. Vol. 88. P. 327–404.

Osminin, B.I. *Conclusion and Implementation of International Treaties and Domestic Law [Zaklyucheniye i implementatsiya mezhdunarodnykh dogovorov i vnutrigosudarstvennoye pravo]*. Moscow, 2010. 400 p.

Rachkov, I.V. "Setting aside International Investment Arbitration Awards by State Courts at the Seat of Arbitration (Inspired by the Yukos Saga): Show Must Go On?" [*Otmena resheniy mezhdunarodnykh investitsionnykh arbitrazhey gosudarstvennymi sudami po mestu arbitrazha (na primere sagi o Yukose): shou prodolzhayetsya?*]. *International Justice [Mezhdunarodnoye pravosudiye]*. 2020. No. 1. P. 107–124.

Schwartz, V. "The Influences of the West on the 1993 Russian Constitution". *Hastings International and Comparative Law Review*. 2009. Vol. 32. No. 1. P. 101–154.

Sharlet, R.S. "Legal Transplants and Political Mutations: The Reception of Constitutional Law in Russia and the Newly Independent States". *Eastern European Constitutional Review*. 1998. Vol. 7, available at *HeinOnline* Reference Base.

Starzhenetskiy, V.V. "On the Provisional Application of Treaties, Separation of Powers and Democratic Legitimacy" [*O vremennom primeneniі mezhdunarodnykh dogovorov, razdelenii vlastey i demokraticheskoy legitimnosti*]. *Statute [Zakon]*. 2020. No. 9. P. 127–140.

Zorkin, V.D. (ed.). *A Commentary on the Constitution of the Russian Federation [Kommentariy k Konstitutsii Rossiyskoy Federatsii]*. Moscow, 2013. 1040 p.

INFORMATION ABOUT THE AUTHOR

Sergey A. Belov

Head of the Chair of Constitutional Law, Dean of the Law Department at Saint Petersburg State University, Candidate of Juridical Sciences, Associate Professor (e-mail: s.a.belov@spbu.ru).