

# МЕЖДУНАРОДНОЕ ЭКОНОМИЧЕСКОЕ ПРАВО

## Международное инвестиционное право: доктринальные проблемы

*Фархутдинов И.З.\**

Сегодня концепция о международном инвестиционном праве (МИП), как самостоятельной подотрасли международного экономического права, считается общепринятой. Формирование международного и национального регулирования иностранных инвестиций исторически продолжалось параллельно как два взаимообусловленных процесса. Двухуровневый метод регулирования иностранной инвестиционной деятельности, основанный на приоритетном применении норм международных договоров, предусматривает сочетание международного и национального регулирования. По мнению автора исследование доктринальных основ международного инвестиционного права будет способствовать совершенствованию инвестиционного законодательства, призванного как поощрять приток иностранного капитала, так и обезопасить национальный рынок от его возможного отрицательного влияния.

**Ключевые слова:** международное инвестиционное право; иностранные инвестиции; частный инвестор; ИКСИД; недискриминационные меры; разумное вмешательство в инвестиционный проект; «Сахалин-2».

---

\* Фархутдинов Инсур Забирович – д.ю.н., ведущий научный сотрудник сектора международно-правовых исследований Института государства и права РАН. [insur\\_il@rambler.ru](mailto:insur_il@rambler.ru).

## 1. История изучения темы

Сегодняшний уровень развития международного инвестиционного права настоятельно требует научно-теоретического переосмысления накопленного за многие десятилетия эмпирического и доктринального материала в данной сфере. Самостоятельность международного инвестиционного права как совокупности принципов, норм и правил, регулирующих иностранную инвестиционную деятельность на территории принимающего государства, впервые была обоснована А.Г. Богатыревым<sup>1</sup> еще в начале 90-х годов прошлого века. Но прошло еще почти десяток лет, прежде чем эта концепция начала находить более или менее общую поддержку. Количество норм и институтов, непосредственно относящихся к этой области, стало достаточно значительным, считает Г.К. Дмитриева<sup>2</sup>, и это позволяет говорить о международном инвестиционном праве как о самостоятельной подотрасли международного (публичного) экономического права. Такой же позиции придерживается В.М. Шумилов<sup>3</sup>.

Г.М. Вельяминов рассматривает международное инвестиционное право (МИП) в последней своей книге уже не в рамках торгового права, а как часть имущественного права в системе международного экономического права (МЭП)<sup>4</sup>.

Не отрицает в принципе существование международного инвестиционного права С.В. Бахин<sup>5</sup>.

Касаясь истории изучения темы, можно также отметить, что международному инвестиционному праву как самостоятельной правовой отрасли посвятил свои труды автор этих строк<sup>6</sup>.

---

<sup>1</sup> Богатырев А.Г. Инвестиционное право. М., 1992. С. 52–56.

<sup>2</sup> Лукашук И.И. Международное право. Гл. X написана совместно с Г.К. Дмитриевой. М.: Волтерс Клувер, 2005. С. 247.

<sup>3</sup> Шумилов В.М. Международное финансовое право. М.: Международные отношения, 2005. С. 292.

<sup>4</sup> Вельяминов Г.М. Международное экономическое право и процесс. Академический курс. М.: Волтерс Клувер, 2004. С. 355–381.

<sup>5</sup> Бахин С.В. Инвестиционное право и инвестиционная политика // Правовое положение иностранных инвестиций в странах с переходной экономикой / Под общ. ред. М. Богуславского, А. Трунка. На нем., англ., рус. яз. Osfeuropaforschung. Band 47. BWV. 2006. С. 25–35.

<sup>6</sup> Фархутдинов И.З. Международное инвестиционное право. Теория и практика применения. М.: Волтерс Клувер, 2005. С. 47–85; Фархутдинов И.З., Трапезников В.А. Инвестиционное право. М.: Волтерс Клувер, 2006; Фархутдинов И.З. Международное инвестиционное право: вчера, сегодня, завтра // Международное публичное и частное

Что касается западной специальной литературы, то об обособленном характере международно-правового регулирования иностранных инвестиций утверждается в монографии М. Сорнораджа «Международное право иностранных инвестиций»<sup>7</sup>. Если говорить о последнем времени, то о широком признании МИП свидетельствуют основополагающие научные статьи, включенные в сборник статей на трех языках (нем., англ., руск.) в честь известного немецкого профессора В. Зайфферта под общей редакцией профессоров М. Богуславского, А. Трунка из Института восточно-европейского права Кильского университета, Германия<sup>8</sup>.

Говоря о точке зрения Г.М. Вельяминова, хочется отметить, что МИП не может рассматриваться как часть имущественного права в системе МЭП. Во-первых, такой подход явно недооценивает ведущую роль иностранных инвестиций в дальнейшем развитии современных международных экономических отношений. Во-вторых, имущественный характер международных инвестиционных отношений сам по себе не является достаточным основанием для того, чтобы обозначить МИП как подраздел международного имущественного права в системе МЭП. Международно-нормативная база иностранных инвестиций настолько широка, что трудно, на наш взгляд, поместить МИП в рамки имущественного права, являющегося подотраслью МЭП.

Таким образом, концепция о международном инвестиционном праве как самостоятельной подотрасли международного экономического права сегодня считается в отечественной науке общепринятой. Хотя справедливости ради следует сказать, что роль и место международного инвестиционного права не нашли пока в полном объеме, с точки зрения теории общего права, завершенного нормативно-правового закрепления. На этой основе, например, не признает выделение международного инвестиционного характера Д.К. Лабин<sup>9</sup>.

Свою позицию в этом вопросе не выразили такие признанные специалисты в сфере правового регулирования иностранных инвестиций, как, например, Н.Н. Вознесенская, М.М. Богуславский. В.В. Силкин

---

право: проблемы и перспективы. Liber amicorum в честь проф. Галенской Л.Н. СПб, 2008 и др.

<sup>7</sup> Sornarajah M. International Law on Foreign Investment. Cambridge. 1994.

<sup>8</sup> Правовое положение иностранных инвестиций в странах с переходной экономикой. Берлин, 2006. 543 с.

<sup>9</sup> Лабин Д.К. Международное право по защите и поощрению иностранных инвестиций. М.: Волтерс Клувер, 2008.

также отрицает самостоятельность инвестиционного права<sup>10</sup>. Наверняка точка зрения последних объясняется тем обстоятельством, что их научные интересы лежат в плоскости международного частного права. Тогда как правовая регламентация зарубежного инвестирования, осуществляемая на основе межгосударственного сотрудничества, находится в орбите международного публичного права. Но тем не менее Н.Г. Доронина, признанный специалист в сфере МЧП, в одной из своих последних книг обозначила один из ее подразделов как «Международное инвестиционное право (источники)»<sup>11</sup>.

Однако, тем не менее, признавая самостоятельность МИП, говорить о формировании глобального инвестиционного права, действующего по универсальным юридическим принципам и нормам, пока рано<sup>12</sup>.

## 2. Эволюция МИП

Чтобы лучше понять доктринальные особенности формирования международного инвестиционного права, необходимо хотя бы вкратце ретроспективно взглянуть на эволюцию зарубежного инвестирования. Современное международное инвестиционное право исторически начало возникать в форме правового статуса иностранцев в международном обычном праве, который уже в XIX в. начал юридически закрепляться в конвенциях о поселении. Международное право с момента своего возникновения обязывало уважать основополагающие права иностранцев в стране пребывания. Его первый принцип требует от принимающего государства справедливого и равного режима собственности иностранцев, а второй – защищает последних от произвольных форм принудительного изъятия собственности.

Историческая реальность была таковой, что правовое положение иностранцев всегда было ущемленным по сравнению со статусом национальных хозяйствующих субъектов. Поэтому уже на раннем этапе международно-правовые основы инвестиционных отношений начали формироваться на базе норм и правил обычного международного права. В этом смысле МИП стало результатом действия двух факторов: норм обычая и конвенционных норм.

---

<sup>10</sup> Силкин В.В. Прямые иностранные инвестиции в России. Правовые формы привлечения и защиты. М., 2003. С. 35–36.

<sup>11</sup> Доронина Н.Г. Государство и регулирование инвестиций. М.: Городец, 2003. С. 76.

<sup>12</sup> См.: Фархутдинов И.З. Глобальное или международное право...// Российский юрист-международник. 2004. № 4.

В течение всех предыдущих этапов государства на двусторонней договорной основе шаг за шагом приближались к наиболее оптимальным формам и методам международно-правового регулирования иностранных инвестиций. Конвенции о поселении и двусторонние договоры о дружбе, свободной торговле и мореплавании, практикуемые в XIX и XX вв., создавали постепенно фундаментальные правовые основы инвестирования за рубежом.

Изучение теоретических проблем генезиса и поэтапного развития международно-правовых инвестиционных отношений помогает лучше разобраться в сложных проблемах правового обеспечения доступа и защиты зарубежных капиталовложений на современном этапе. Принципиально важным доктринальным подходом является то, что формирование международного и национальных механизмов правового регулирования иностранных инвестиций уже исторически происходило параллельно как два неразрывно взаимосвязанных и взаимообусловленных процесса.

При этом возникает вполне естественный вопрос: что же является первичным – международные или национальные методы регулирования иностранных инвестиций? Используя ретроспективный метод изучения правового обеспечения зарубежного инвестирования, можно сделать вывод о том, что, в отличие от других сфер экономической деятельности, в сфере иностранных инвестиций формирование международно-правовых норм предшествует созданию национально-правовых норм. Дело в том, что иностранные инвестиции, осуществляясь на заре своей истории на территории чужого государства, объективно нуждались в защите международно-правовыми средствами, иницируемой странами-экспортерами.

В противовес последним в начале XX в. укоренилась доктрина латиноамериканских юристов (доктрина Кальво), которая в принципе не выступает против норм, присущих международному стандарту в отношении иностранной собственности. Но согласно этой доктрине изложенные выше принципы имеют не международно-правовую, а национально-правовую природу, поэтому все споры должны решаться национальными судами и в соответствии с внутренним законодательством. Некоторые латиноамериканские государства до сих пор продолжают строить свою инвестиционную политику на основании данной доктрины.

В 70-е годы XX в. наблюдалась вспышка весьма решительной критики многонациональных компаний, а также традиционных западных

концепций защиты инвестиций в рамках международного права. Остаток критики было направлено против транснациональных корпораций (ТНК) как таковых, но за рамками обсуждения не остались вопросы о том, какие нормы и методы на многосторонней основе должны применять государства для регулирования иностранных инвестиций. В ответ на это развитые западные государства приступили к активному заключению двусторонних соглашений о взаимном поощрении и защите капиталовложений, т.е. так называемых двусторонних инвестиционных договоров (ДИД). Тогда и наступил процесс рационализации экономического поведения развивающихся государств. Они начали активнее откликаться на заключение ДИД, а также стали принимать на национальном уровне специальные законы об иностранных инвестициях.

Таким образом, с точки зрения теории общего международного права конвенционное развитие МИП фактически сформировалось только в 70-е годы XX в., когда происходила масштабная практика заключения двусторонних инвестиционных договоров. И сегодня международное инвестиционное право продолжает в значительной степени оставаться совокупностью юридических источников договорного и недоговорного характера. По мере эволюции МИП соотношение между ними менялось, причем этот процесс происходил довольно зигзагообразно. Но постепенно конвенционные нормы стали цементирующей основой международно-правового режима иностранных инвестиций.

### **3. Юридическая природа МИП**

Выделение обособленного международного инвестиционного права основано на наличии критериев, которые общеприняты юридической теорией и практикой при разработке новых отраслей, подотраслей и институтов<sup>13</sup>. Исходя из этого можно заключить, что международное инвестиционное право представляет комплекс принципов, норм и правил договорного и недоговорного характера, регулирующих иностранную инвестиционную деятельность на территории принимающего государства.

Предметом МИП являются международные межгосударственные отношения в области всестороннего комплексного обеспечения иностранной инвестиционной деятельности на территории принимающей страны.

---

<sup>13</sup> Богатырев А.Г. Инвестиционное право. С. 52–56; Фархутдинов И.З. Международное инвестиционное право... С. 45–49.

Международное инвестиционное право, будучи правовой основой для участников инвестиционной деятельности, регулирует иностранные инвестиционные отношения, содействуя их изменению в соответствии с новыми условиями, и способствует совершенствованию форм и методов обеспечения правовой защиты иностранных инвестиций публично-правовыми методами регулирования, в которых нуждаются не только государства, но и юридические и физические лица (инвесторы). Международное инвестиционное право с точки зрения международного права обладает публичным характером, его нормы создаются на основе добровольного согласования воли государств, а регулируемые им отношения носят властный характер<sup>14</sup>.

Но основной фигурой этого рода правоотношений является частный инвестор, выступающий в абсолютном большинстве случаев в качестве частноправового лица. Иностранных инвесторов, в качестве которых, как правило, выступают юридические и физические лица зарубежных государств, следует охарактеризовать как участников, находящихся под юрисдикцией других государств, т.е. речь здесь идет об особой категории смешанных международных отношений государственного-негосударственного характера.

Как уже отмечалось, юридическая природа иностранных инвестиционных отношений такова, что они нуждаются в особом двухуровневом правовом регулировании. Иностранные инвестиции, имея частноправовой характер, нуждаются одновременно как в национально-правовом, так и в международно-правовом регулировании. Данная концепция, впервые разработанная А.Г. Богатыревым<sup>15</sup>, правильно отражает суть правовой регламентации иностранных инвестиций. Двухуровневый метод регулирования иностранной инвестиционной деятельности, основанный на приоритетном применении норм международных договоров в силу ст. 15 п. 4 Конституции РФ, предусматривает, как отмечает М.М. Богуславский, сочетание международно-правового и внутреннего (национального) регулирования<sup>16</sup>.

Международное инвестиционное право направлено на создание благоприятных условий и надежных законодательных гарантий инвесторам-собственникам, а также обеспечение соответствующих

---

<sup>14</sup> См.: Лукашук И.И. Взаимодействие международного и внутригосударственного права в условиях глобализации // Журнал российского права. 2002. № 3. С. 115–123.

<sup>15</sup> Богатырев А.Г. Указ. соч. С. 35.

<sup>16</sup> Богуславский М.М. Международное частное право. М., 2004. С. 230.

организационно-правовых форм зарубежного инвестирования. В первую очередь в национальном праве, то есть в специальном инвестиционном законодательстве, а также в нормативно-правовых актах общего характера (гражданское, финансовое, налоговое, банковское, таможенное законодательство и т.д.), закреплены внутренние нормы, определяющие правовые формы регулирования иностранных инвестиций. Но одной национальной нормативной базы недостаточно, обращение к международным договорам является не только желательным, но и строго обязательным в силу одного из основных принципов международного права: – договоры должны соблюдаться (*pacta sunt servanda*).

С точки зрения общей теории права принципы и нормы международного инвестиционного права юридически скрепляют нормативно-правовую систему МИП. Система МИП охватывает различные институты, принципы, нормы и правила в сфере правового регулирования иностранных инвестиций. В этой системе следует выделить, на мой взгляд, следующие в большей или меньшей степени обособленные подразделения: институт правовых гарантий иностранных инвестиций, институт принудительного изъятия иностранных инвестиций, институт страхования иностранных инвестиций, институт избежания двойного налогообложения, институт международного арбитражного права иностранных инвестиций. Но при этом особо подчеркнем, что некоторые вышеперечисленные институты переживают свое становление, и то только свой начальный этап. Например, можно ставить вопрос о постепенном формировании института разумного государственного вмешательства в международный инвестиционный проект, на чем остановимся ниже.

Основной массив источников МИП составляют двусторонние соглашения о поощрении и взаимной защите капиталовложений, или инвестиционные договоры<sup>17</sup>. Основная цель ДИД заключается в том, чтобы с помощью правовых средств обеспечить в условиях социально-экономического кризиса относительную стабильность воспроизводства и свободу движения капиталов и особенно обеспечить приток иностранных инвестиций в развивающиеся государства, обезопасив их в первую очередь от так называемых некоммерческих (политических) рисков. Общепринято считать, что они создают надежный дополнительный механизм правового регулирования иностранных инвестиций.

К числу важных источников относятся также двусторонние соглашения об избежании двойного налогообложения, в соответствующем

---

<sup>17</sup> Россия заключила около 50 ДИД.



порядке регулирующие отношения, связанные с иностранной инвестиционной деятельностью.

Фундаментальными источниками МИП являются два многосторонних договора: Вашингтонская конвенция об урегулировании инвестиционных споров между государствами, юридическими и физическими лицами других государств 1965 г., учредившая Международный центр по урегулированию инвестиционных споров (МЦУИС, или ИКСИД – ICSID, International Centre for Settlement of Investment Disputes); Сеульская конвенция об учреждении Международного агентства по гарантиям инвестиций (МАГИ, или МИГА – MIGA, Multilateral Investment Guarantee Agency) 1985 г.

Продвинутые нормы, закрепленные в инвестиционных положениях Договора к Европейской энергетической хартии (ДЭХ) 1994 г. также имеют важное, в том числе источниковедческое, значение для всей системы МИП.

Новеллой стали правовые нормы, заложенные в Соглашения, действующие в рамках ГАТТ/ВТО: Соглашение по инвестиционным мерам, связанным с торговлей (ТРИМС), регулирующее законодательство государств-членов в части установления режима внешнеэкономических связей предприятий с иностранными инвестициями; Генеральное Соглашение по торговле услугами (ГАТС), определяющее режим инвестиций, осуществляемых в форме финансовых услуг; Соглашение по торговым аспектам охраны прав интеллектуальной ответственности (ТРИПС), под влиянием которого находятся инвестиции, осуществляемые в форме интеллектуальной собственности. Все эти три Соглашения, являющиеся составными неотъемлемыми частями системы ГАТТ/ВТО, так или иначе могут также выступать источниками правового регулирования иностранных инвестиций на территории государств-участников. Они требуют серьезного изучения в связи с предстоящим вступлением России в ВТО.

В числе источников МИП можно назвать ряд международных региональных договоров в рамках СНГ, Европейского союза, Андского пакта, АСЕАН, НАФТА и др.

Специфика источников МИП выражается в гармоничном сочетании и взаимодействии конвенционных норм с нормами «мягкого права» (soft law), которые имеют недоговорной характер. К последним относится, например, Декларация ООН об установлении нового международного экономического порядка (НМЭП) 1974 г. Неконвенционными

источниками международного инвестиционного права выступают: Руководство для многонациональных предприятий, принятое в рамках ОЭСР 27 июня 2000 г. на признании того, что деятельность ТНК находится в сфере действия внутригосударственного права; Кодекс движения капиталов и Кодекс текущих операций ОЭСР 1992 г.; Руководство по режиму иностранных инвестиций Мирового банка 1992 г. и др.

Определенную роль для унификации юридических понятий в исследуемой сфере имеют и другие документы ОЭСР, играющие факультативную роль в МИП: Национальный режим для предприятий, контролируемых иностранцами 1993 г., Процедуры контроля за слиянием и поглощением компаний 1994 г., Принципы корпоративного управления 1999 г. Эти и другие международно-правовые документы неконвенционного характера, кодифицирующие нормы обычая, не имеют юридической силы как таковой, но они оказывают значительное влияние по мере своих возможностей на дальнейшее развитие МИП. В частности, они использовались при разработке модельных двусторонних соглашений о взаимной защите капиталовложений, проекта Многостороннего инвестиционного соглашения МИС, инвестиционных положений ДЭХ.

Международно-правовой анализ международных двусторонних, региональных и многосторонних договоров, регулирующих иностранные инвестиции, показывает, что они направлены на консолидацию системы международного инвестиционного права. Договорные источники МИП, имплементируясь в национальную правовую систему, юридически закрепляют принципы, нормы и правила, которые определяют правовой режим иностранных инвестиций с момента их запуска и учреждения до момента их ликвидации.

Субъектами МИП выступают, с одной стороны, государства, межгосударственные организации (ИКСИД, МИГА и др.). Что касается ключевой фигуры в исследуемой сфере, т.е. самого иностранного инвестора, в качестве которого выступают прежде всего транснациональные корпорации, другие юридические лица, иностранные граждане, то они, вступая в данные правоотношения, включаются в орбиту МИП в качестве его участников (дестинаторов). Другими словами, речь идет об особой категории смешанных международных отношений государственного-негосударственного характера, в круг которых вовлекаются государства-реципиенты и государства, откуда поступают иностранные инвестиции, а также инвесторы в лице опять же самих государств.

Правовое регулирование иностранных инвестиций, происходящее на двух уровнях — национальном и международном, наглядно свидетельствует об объективной взаимообусловленности и взаимозависимости этих двух самостоятельных правовых механизмов. Поэтому проблема соотношения и взаимодействия международного права и национального права представляет одну из наиболее важных и сложных проблем в сфере МИП. Дальнейшая эволюция международного инвестиционного права, углубление его взаимодействия с внутригосударственным правом органично обусловлены всесторонней интернационализацией национальных правовых систем. Поэтому важнейшим теоретическим посылом является положение о том, что эффективное осуществление международным инвестиционным правом своих функций невозможно представить без гармоничного взаимодействия с национальным правом.

#### **4. МИП на защите экономического суверенитета**

Перед теорией и практикой международного инвестиционного права во весь рост встают проблемы защиты публичных интересов и обеспечения приоритета общества в целом, его безопасности и стабильности. Все это невозможно обеспечить без усиления экономического суверенитета государства. Сбалансированная государственная инвестиционная политика требует, чтобы в ее недрах разумно переплетались общественные и частные интересы инвесторов. Выразителем этого баланса интересов должно стать именно государство. При этом оно в ряде случаев может осуществлять, по определению С.В. Бахина, «ситуативное регулирование»<sup>18</sup>.

В России, как и в других странах СНГ, возрождение реального сектора экономики может быть достигнуто только за счет массивного, сбалансированного привлечения национальных и иностранных инвестиций, разумного сочетания «прихотливо переплетающихся общественных и частных интересов», что невозможно без продуманной, целенаправленной государственной инвестиционной политики. Вопрос в том, чтобы «держат процесс движения капитала под контролем, направляя его туда, где он необходим в общественных интересах, и на тех условиях, которые конкретное государство в данный момент готово ему предоставить (публичный интерес)».<sup>19</sup>

---

<sup>18</sup> Бахин С.В. Инвестиционное право и инвестиционная политика. С. 29.

<sup>19</sup> Там же.С..30

Между тем в условиях становления российского инвестиционного законодательства в 90-е годы прошлого века, активного заключения так называемых международных инвестиционных контрактов (типичным примером этого стало соглашение о разделе продукции (СРП) «Сахалин-2») был взят некоторый крен в сторону односторонних гарантий зарубежным предпринимателям на территории нашей страны. В какой-то мере это не могло не отразиться и на отдельных направлениях реформируемой тогда отечественной правовой науки. Между тем благоразумное правовое обеспечение иностранной инвестиционной деятельности требует сбалансированного подхода, то есть адекватного учета интересов как иностранного инвестора, так и публичных (общественных) интересов.

Теория и практика МИП должны трезво оценивать ситуацию в сфере международных инвестиционных отношений, которая усугубляется деятельностью десятков тысяч транснациональных корпораций, международных финансовых организаций, которые образовали своего рода надстройку, контролирующую значительную часть мировых ресурсов. Это ограничивает вольно или невольно осуществление экономического суверенитета государств и делит мир на «бедный Юг» и «богатый Север»<sup>20</sup>. Серьезные правовые проблемы создает также вхождение России в ВТО.

При этом государство, как основной субъект международного права, и международное право, как универсальный регулятор правоотношений прежде всего межгосударственного характера, находятся, как образно выразился И.И. Лукашук, в буквальном смысле под прицельным огнем глобализации. Это непосредственно сказывается на характере и функциях государства и права как таковых: права и внутригосударственного, и международного<sup>21</sup>.

В общем, получается, что иностранные инвестиции, которые выступают важнейшим катализатором глобализации, не только предоставляют благоприятные социально-экономические возможности для принимающего государства, но и таят некоторую угрозу его экономическому суверенитету, что может объективно вызвать ослабление регулирующих функций государства. Очевидно, что при свободной цирку-

---

<sup>20</sup> Вельяминов Г.М. Международное экономическое право и процесс. Академический курс. М.: Волтерс Клувер, 2004. С. 23–24.

<sup>21</sup> Лукашук И.И. Взаимодействие международного и внутригосударственного права в условиях глобализации // Журнал российского права. 2002. № 3. С. 117–118.

ляции иностранных инвестиций по всему миру не каждое государство в состоянии как следует защищать национальные интересы.

Иностранные инвестиции могут исчезнуть из страны столь же быстро, как и появились, оставив тяжелые последствия для национальной экономики. В принципе это свободный, ничем не связанный капитал. Думается, есть основания допускать, что в этом смысле масштабный, несбалансированный приток иностранного капитала в экономику того или иного государства объективно в той или иной мере как бы «подтачивает» экономический суверенитет страны. Проблема еще более обостряется, когда в результате глубоко эшелонированной политики западных компаний по слиянию и поглощению ведущих национальных предприятий происходит, как отмечает Н.Н. Вознесенская, не только потеря целых отраслей, но и утрата всего технологического потенциала и даже национального суверенитета<sup>22</sup>.

В качестве новых тенденций правового обеспечения международных инвестиционных отношений можно назвать не только проблемы независимости (суверенитета), но и одновременно взаимозависимости государств. Такая постановка вопроса позволяет более контурно обозначить этот взаимообусловленный, взаимопроникающий интеграционный процесс. С одной стороны, государства в силу собственного экономического суверенитета вольны устанавливать свою, скажем, инвестиционную политику, исходя из национальных интересов. С другой – государство, находясь во взаимосвязанном мире, не может вести ту же инвестиционную политику таким образом, чтобы она противоречила общеобязательным нормам и правилам международного инвестиционного права. В условиях глобализации эти два понятия – независимость и зависимость государств – нельзя рассматривать в отрыве друг от друга. Только рассматривая их в контексте друг с другом, можно понять современную природу международных экономических отношений.

На основе вышеизложенного следует заключить, что открытость и прозрачность национальных экономик вызвали принципиальные изменения в межгосударственном инвестиционном сотрудничестве. Важнейшим условием гармоничного развития международного права, кстати, усилиями самих государств, в условиях мощного трансграничного движения капиталов является его тесное соприкосновение и взаимодействие с национальным правом, взаимопроникновение

---

<sup>22</sup> Вознесенская Н.Н. Процесс глобализации экономики и иностранные инвестиции (правовые аспекты) // Государство и право. 2006. № 5. С. 67.

и взаимообусловленность публично-правовых и частноправовых начал. Причем этот юридический процесс носит характер не одностороннего, а двустороннего движения. Постановка вопроса о постепенном стирании границ между этими двумя самостоятельными правовыми системами и взаимопоглощении друг друга является с методологической точки зрения неверной. У каждой из этих правовых систем своя юридическая природа, границы своей компетенции, свой предмет, формы и методы регулирования, что лишний раз подтверждает исследование проблем правового регулирования иностранных инвестиций, в том числе связанных с их влиянием на экономический суверенитет.

Таким образом, свободная циркуляция капиталов должна осуществляться на недискриминационной основе, в соответствии с основными принципами и нормами международного права, главное – не в ущерб экономически слабым государствам. Каждое государство на добровольной основе должно получить для своих юридических и физических лиц равноправный режим, который был закреплен вчера в Генеральном соглашении по торговле и тарифам (ГАТТ), сегодня – в ВТО. Каждая страна, особо еще раз подчеркнем, имеет право исходить при этом из своих национальных интересов.

По мере усложнения международных экономических отношений роль государства не уменьшается, а наоборот, повышается. Современная мировая экономика требует от государств более сильной мобилизации своих внутренних экономических сил и ресурсов. Мировому сообществу добиться успеха можно только путем взаимных уступок со стороны развитых и развивающихся стран, в том числе и при создании универсального международного-правового режима иностранных инвестиций.

## **5. Разумное государственное вмешательство и МИП**

В западной юридической доктрине постепенно утверждается точка зрения, признающая правомерными меры разумного государственного вмешательства в инвестиционную деятельность. При этом особо примечательным является то, что данная доктрина нашла конкретное подтверждение в международной арбитражной практике. Что касается отечественной правовой теории, то впервые данную тематику начал разрабатывать автор данных строк <sup>23</sup>.

---

<sup>23</sup> См.: Фархутдинов И.З. Меры разумного государственного вмешательства в международный инвестиционный проект // Выступление на публичных слушаниях ИЗСП.

Доктринальная идея о том, что недискриминационные меры государства, направленные на защиту окружающей среды, интересов потребителей, регулирование рынка ценных бумаг, планирование развития земель, а также меры антимонопольного характера, следует рассматривать в качестве необходимых для эффективного функционирования государства, впервые была высказана М. Сорнараджа<sup>24</sup>. Впоследствии эту концепцию поддержал другой классик западного международного права Я. Броунли, говоря о том, что иностранная собственность, включая право на ее использование, может быть подвергнута дополнительному налогообложению, торговым ограничениям, включающим лицензии и квоты, или мерам по девальвации. Известный ученый считает, что меры государственного ограничения права на собственность в некоторых случаях не могут быть оценены как неправомерные<sup>25</sup>.

Такая концепция нашла поддержку также в некоторых международно-правовых актах и документах, например в разделе IV (1) Руководства Всемирного банка по режиму прямых иностранных инвестиций от 1992 г., называющемся «Экспроприация и одностороннее изменение или прекращение контрактов»<sup>26</sup>, в ст. 13 Договора к Энергетической хартии (ДЭХ)<sup>27</sup> 1994 г.

Аналогичное содержание находим и в проекте Конвенции Организации экономического сотрудничества (ОЭСР) о защите иностранной собственности 1967 г. Статья 3 в принципе признает право государства в силу суверенного равенства прав правомерные методы дополнительного государственного регулирования («при преследовании политических, социальных или экономических целей»).

Кстати, в своем экспертном заключении<sup>28</sup> для Рабочей группы Совета Федерации РФ по ситуации вокруг «Сахалина-2» автор данных

---

Октябрь. 2007. «Иностранные инвестиции и МЧП»; Он же. Иностранные инвестиции: вызов экономическому суверенитету // МЖМП. № 3. 2008; Он же. Международно-правовые ориентиры зарубежного инвестирования // Право и экономика. № 5. 2008; Он же. Экономический суверенитет государства в условиях глобализации // Право и безопасность. 2008. № 3.

<sup>24</sup> Sornarajah M. The International Law on Foreign Investment. London, 1994. at. 283.

<sup>25</sup> Brownlie J. Public International Law. 6 th Edition. 2003. at. 509.

<sup>26</sup> Русский текст размещен в кн.: Доронина Н.Г. Комментарий к Закону об иностранных инвестициях. М.: Юстицинформ, 2002. С. 63–74.

<sup>27</sup> Россия участвует на временной основе.

<sup>28</sup> Автор этих строк являлся экспертом Рабочей группы Совета Федерации Федерального Собрания Российской Федерации по изучению ситуации вокруг проекта СРП «Сахалин-2», действовавшей в 2006–2007 гг.



строк доказывал в принципе возможность разумного государственного вмешательства в данный международный инвестиционный проект, в первую очередь по серьезным экологическим нарушениям. Хотя, между прочим, и оснований другого характера тоже было более чем достаточно.

То, что, например, данное СРП было заключено вопреки не только экономическим интересам России, но и здравому смыслу, видно, как говорится, невооруженным взглядом. Например, в соглашении предусматривается возможность продления срока действия лицензий на право пользования недрами на 10 лет неограниченное число раз (!). При этом в случае выполнения компанией своих обязательств по соглашению Российская Федерация не вправе отказать инвестору в подобном продлении.

Задача МИП – сделать доктринальное заключение, исходя из того, что международная судебно-арбитражная практика иногда не считает недискриминационные действия по дополнительному регулированию инвестиционной деятельности, осуществляемой государством в целях защиты благосостояния общества, здоровья населения, национальной безопасности, окружающей среды, косвенной экспроприацией. Стало быть, в данном случае не требуется компенсации.

Главный критерий признания принудительным изъятием со стороны государства – это сведение финансово-материальных затрат инвестора на нет. Другими словами, принудительными мерами изъятия иностранной собственности считаются только те, которые существенно задевают имущественные права инвестора. Остальные действия исполнительных органов признаются мерами разумного государственного вмешательства, но при этом обязательным условием считается соразмерность действий государственных органов при выполнении своих функций. Тут многое зависит от того, насколько правомерно действовало правительство, защищая, например, здоровье и безопасность своих граждан, окружающую среду, целостность рынка и социальную политику. В ходе вышеназванных мероприятий лишение собственности было чем-то случайным, неизбежным или эти меры носили неадекватный характер – вот в чем заключается проблема.

Сложность заключается в том, что трудно провести грань между косвенным отчуждением (ползучей экспроприацией) и разумными мерами государственного регулирования: за последними международное право не требует компенсации.



Но тем не менее изучение международной арбитражной практики показывает, что существуют определенные критерии; каковыми являются степень вмешательства в право собственности; характер правоприменительных мер, т.е. цель и обстоятельства правительственной меры; коллизия меры с разумными ожиданиями, связанными с инвестициями. Это требует от судов и арбитражей проведения в каждом конкретном случае полного исследования и тщательного анализа конкретных положений инвестиционного контракта, фактов их нарушения.

В первом деле по Договору к Энергетической хартии, *Nykomb Syn-ergetics Technology Holding AB, Stockholm v. The Republic of Latvia*, истец утверждал, что невыплата двойных тарифов являлась косвенной экспроприацией, так как утверждалось, что это привело к существенной потере дохода от продаж, что делало предприятие экономически невыгодным, а инвестиции – ничего не стоящими. Арбитраж решил, что:

«...изъятия, осуществляемые в процессе государственного регулирования», могут при определенных обстоятельствах являться экспроприацией или быть эквивалентными экспроприации. Решающим фактором для проведения разграничительной линии относительно экспроприации должна быть в первую очередь степень изъятия собственности или контроля над предприятием, которая предусматривается оспариваемой мерой. В настоящем деле нет изъятия владения или его имущества, нет нарушения прав акционера или контроля над управлением предприятием, отличающихся от обычных положений в области государственного регулирования, заложенных в положениях о лицензировании продукции, в договорах об отчислениях и т.п.»<sup>29</sup>.

Следует признать, что международная арбитражная практика серьезно обогатила доктрину МИП, признав разумные меры государственного вмешательства в инвестиционный проект. В случае, когда действия такого рода не снижали существенно или не сводили полностью к нулю экономическую стоимость собственности, есть реальные шансы, что арбитражные суды не вынесут решение о компенсации. Государственное вмешательство должно быть неадекватным к сложившейся ситуации, только в таком случае международный арбитраж признает его косвенной экспроприацией, требующей компенсации. То есть речь

---

<sup>29</sup> Цит. по: Яннака Смол К. Косвенная экспроприация и право на регулирование в международном инвестиционном праве // В кн.: Правовое положение иностранных инвестиций в странах с переходной экономикой / Под. общ. ред. М. Богуславского, А. Трунка. С. 94.

идет о ситуации, когда государство лишает инвестора основных прав на собственность, существенно уменьшает экономические права инвестора во владении, пользовании, распоряжении или управлении инвестиционным проектом. В этом случае меры государственного вмешательства не могут считаться разумными, что не может не вызвать соответствующие отрицательные правовые последствия для государства. Отсутствие какой-либо аналогичной правоприменительной практики на территории России в исследуемой сфере не позволяет пока переводить зарубежный опыт на отечественную почву.

Исследование доктринальных основ международного инвестиционного права, уверен, будет способствовать совершенствованию инвестиционного законодательства, призванного как поощрять приток иностранного капитала, так и обезопасить национальный рынок от его возможного отрицательного влияния. Опыт, накопленный теорией и практикой международного инвестиционного права, также может быть весьма полезным для доктринального развития самого международного права.

### **Библиографический список**

Бахин С.В. Инвестиционное право и инвестиционная политика // Правовое положение иностранных инвестиций в странах с переходной экономикой. Под общей ред. М. Богусловского, А. Трунка. На нем., англ. рус. яз.. Osfeuropaftrschung. Band 47. BWV. 2006.

Богатырев А.Г. Инвестиционное право. М., 1992.

Богуславский М.М. Международное частное право. М., 2004.

Вознесенская Н.Н. Процесс глобализации экономики и иностранные инвестиции (правовые аспекты) // Государство и право. 2006. № 5.

Шумилов В.М. Международное финансовое право. Международные отношения. М., 2005.

Вельяминов Г.М. Международное экономическое право и процесс. Академический курс. М., 2004. Волтерс Клувер.

Лабин Д.К. Международное право по защите и поощрению иностранных инвестиций. М., Волтерс Клувер. 2008.

Лукашук И.И. Международное право. Общая часть. Изд. 3-е, перераб. и доп. М.: Волтерс Клувер. 2005.

Лукашук И.И. Взаимодействие международного и внутригосударственного права в условиях глобализации // Журнал российского права. 2002. М., Волтерс Клувер. 2005.

Фархутдинов И.З., Трапезников В.А. Инвестиционное право. М., Волтерс Клувер. 2006.

Фархутдинов И.З. Глобальное или международное право ...// Российский юрист –международник. 2004. № 4.

Фархутдинов И.З. Иностранные инвестиции :вызов экономическому суверенитету // МЖМП. № 3. 2008.

Фархутдинов И.З. Международно-правовые ориентиры зарубежного инвестирования//Право и экономика. № 5. 2008.

Фархутдинов И.З.. Экономический суверенитет государства в условиях глобализации//Право и безопасность. № 3. 2008.

Фархутдинов И.З. Международное инвестиционное право: вчера, сегодня, завтра//Международное публичное и частное право:проблемы и перспективы. Liber amicorum в честь проф. Галенской Л.Н. СПб. 2008.

Яннака Смол К. Косвенная экспроприация и право на регулирование в международном инвестиционном праве. // В кн.: Правовое положение иностранных инвестиций в странах с переходной экономикой. Под. общ. ред. М. Богуславского, А. Трунка.

Brownlie J. Public International Law. 6th Edition. 2003.

Sornarajah M. International Law on Foreign Investment. Cambridge. 1994.

# International Investment Law: Doctrinal Problems (Summary)

*Insur Z. Farhutdinov\**

At present time the conception that International Investment Law is a separate subdivision of International Economic Law is generally accepted. Historically formation of international and national regulation of foreign investments continued as two interrelation processes. The regulation of foreign investment activity on two levels based on priority implementation of norms of international treaty foresee of combination international and national regulation. In the opinion of author research doctrinal bases of International Investment Law will be promote improve of investment legislation to mission as far as encourage of foreign investments and protect national market of their possible negative influence.

**Keywords:** International Investment Law; foreign investments; private investor; ICSID; indiscrimination measures; reasonable interference in investment project; “Sakhalin-2”.

---

\* Insur Z. Farhutdinov – Doctor of Laws, leading researcher of the Department of International legal studies, the Institute of State and Law of the Russian Academy of Sciences. [insur\\_il@rambler.ru](mailto:insur_il@rambler.ru).