



DOI: <https://doi.org/10.24833/0869-0049-2022-1-113-127>

Исследовательская статья
Поступила в редакцию: 19.01.2022
Принята к публикации: 09.03.2022

Илья Михайлович ЛИФШИЦ

Всероссийская академия внешней торговли Министерства экономического развития
Российской Федерации
Воробьевское шоссе, д. 6 А, Москва, 119285, Российская Федерация
i.lifshits@edaslawfirm.ru
ORCID: 0000-0002-1228-1183

Анастасия Владимировна ШАТАЛОВА

Адвокатское бюро «ЭДАС»
1-й Голутвинский переулок, д. 1, Москва, 119180, Российская Федерация
a.shatalova@edaslawfirm.ru
ORCID: 0000-0002-3771-888X

ЭПОХА COVID-19: ОГРАНИЧИТЕЛЬНЫЕ МЕРЫ ГОСУДАРСТВ И ТРЕБОВАНИЯ ИНОСТРАННЫХ ИНВЕСТОРОВ

ВВЕДЕНИЕ: В декабре 2019 года в г. Ухань (Китай) была зарегистрирована вспышка инфекции коронавируса (SARS-CoV-2). В течение нескольких месяцев вирус распространился по Европе и Азии, в дальнейшем – по всему миру. Государства в связи с возникшей чрезвычайной ситуацией были вынуждены ввести различные ограничительные меры, в том числе закрытие границ, общественных мест для посещения населения. Данные меры могут повлечь обращения со стороны иностранных инвесторов за защитой своих прав в инвестиционные трибуналы.

МАТЕРИАЛЫ И МЕТОДЫ: В качестве материалов для исследования были использованы положения двусторонних инвестиционных договоров, практика международных судов и арбитражей в связи с национальными мерами по охране здоровья и защите окружающей природной среды, а также труды российских и зарубежных ученых. Методологическую основу исследования составляют общенаучные и специальные методы.

РЕЗУЛЬТАТЫ ИССЛЕДОВАНИЯ: В статье анализируется возможность характеристики

принятых государствами ограничительных мер в качестве себе-подсудных положений, а также возможность применения ст. 25 Статей об ответственности государств за международно-противоправные деяния о состоянии необходимости в качестве обстоятельства, исключающего противоправность. Констатируется нежелательность понимания этих мер как себе-подсудных положений, так как такое понимание предоставит государствам слишком широкие возможности для изъятий из международного режима защиты инвестиций. Также для целей применения ст. 25 Статей об ответственности является спорной квалификация охраны здоровья населения и предупреждения экономического (финансового) кризиса в качестве существенного интереса, который государство защищает от серьезной и неминуемой опасности.

ОБСУЖДЕНИЕ И ВЫВОДЫ: Авторы предлагают установить критерии или принципы, которые могут рассматриваться инвестиционными трибуналами в рамках процедуры оценки мер, принятых государствами. Такими критериями являются законность и пропорциональ-

ность, соответствие цели и недискриминация. Данные критерии могут толковаться с учетом практики, сформированной инвестиционными трибуналами по спорам об ограничении основных прав и свобод человека (право на охрану здоровья и право на благоприятную окружающую среду). Принципы могут получить закрепление в типовом протоколе к инвестиционным договорам (*Memorandum of Understanding*), разработанном под эгидой ЮНСИТРАЛ.

КЛЮЧЕВЫЕ СЛОВА: COVID-19, ограничительные меры государств, ISDS, себе-подсудные

положения, защита иностранных инвестиций, недискриминация, пропорциональность, защита здоровья

ДЛЯ ЦИТИРОВАНИЯ: Лифшиц И.М., Шаталова А.В. 2022. Эпоха COVID-19: ограничительные меры государств и требования иностранных инвесторов. – *Московский журнал международного права*. №1. С. 113–127. DOI: <https://doi.org/10.24833/0869-0049-2022-1-113-127>

Авторы заявляют об отсутствии конфликта интересов.

DOI: <https://doi.org/10.24833/0869-0049-2022-1-113-127>

Research article
Received 19 January 2022
Approved 9 March 2022

Ilya M. LIFSHITS

Russian Foreign Trade Academy of the Ministry for the Economic Development of the Russian Federation

6a, Vorobyovskoye shosse, Moscow, Russian Federation, 119285

i.lifshits@edaslawfirm.ru

ORCID: 0000-0002-1228-1183

Anastasiya V. SHATALOVA

EDAS Law Bureau

1, 1-i Golutvinskii pereulok, Moscow, Russian Federation, 119180

a.shatalova@edaslawfirm.ru

ORCID: 0000-0002-3771-888X

THE ERA OF COVID-19: RESTRICTIVE MEASURES OF STATES AND THE CLAIMS OF FOREIGN INVESTORS

INTRODUCTION: In December 2019, an outbreak of coronavirus infection (SARS-CoV-2) was registered in Wuhan (China). Within a few months, the virus spread across Europe and Asia, and later around the world. Due to the emergency situation, the States were forced to implement various restrictive measures, including the closure of borders and public places to visit. These measures may lead to claims to investment tribunals from foreign investors for the protection of their rights.

MATERIALS AND METHODS: The authors researched the provisions of bilateral investment treaties, case law of international courts and tribunals in connection with national measures to protect health and the environment, as well as the manuscripts of Russian and foreign scholars. The methodological basis of the research contains general scientific and special methods.

RESEARCH RESULTS: The authors analyze the possibility of treatment of restrictive measures taken by States

as self-judging clauses, as well as the possibility of applying Article 25 (necessity) of the Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts as the circumstances precluding the wrongfulness. It is stated that it is undesirable to treat states' measures as self-judging clauses, since such a treatment will provide States with too wide opportunities for exemptions from the international investment protection regime. At the same time the treatment of public health protection and prevention of economic (financial) crisis as an essential interest that the state safeguards against a grave and imminent peril is controversial for the purposes of applying art. 25 of the Articles on Responsibility.

DISCUSSION AND CONCLUSIONS: The authors propose to establish certain standards or principles that may be used by investment tribunals in the course of proceedings in order to assess measures taken by States. These principles are legality and proportionality, consistency with the purpose and non-discrimination. The prin-

ciples can be interpreted with respect to the case law of investment tribunals for disputes on the limitation of fundamental human rights and freedoms (the right to health protection and the right to a favorable environment). The principles can be consolidated in the model protocol to investment treaties (Memorandum of Understanding), developed under the auspices of UNCITRAL.

KEYWORDS: COVID-19, state restrictive measures, ISDS, self-judging clause, foreign investments protection, non-discrimination, proportionality, health protection

FOR CITATION: Lifshits I.M., Shatalova A. V. The Era of COVID-19: Restrictive Measures of States and the Claims of Foreign Investors. – *Moscow Journal of International Law*. 2022. No. 1. P. 113–127. DOI: <https://doi.org/10.24833/0869-0049-2022-1-113-127>

The authors declare the absence of conflict of interest.

1. Введение

Появление и распространение коронавирусной инфекции 2019 г. (далее – COVID-19) повлекли за собой различные последствия экономического, социального и правового характера. В литературе рассматривается вопрос о международной ответственности государств, в том числе предлагается не критиковать действия отдельного государства, а коллективно преобразовать существующий порядок реагирования таким образом, чтобы нивелировать повторение кризисов в дальнейшем [Tzouvala, Кнох 2021:11-12].

Помимо возможных межгосударственных споров, меры, принятые государствами в связи с COVID-19, могут привести к возникновению споров по требованиям инвесторов на

основе международных инвестиционных договоров. Основаниями для таких требований могут служить нарушения следующих стандартов: справедливого и равноправного обращения (включая законные ожидания), полной защиты и безопасности, недопустимости экспроприации без предоставления компенсации, национального режима и режима наибольшего благоприятствования [Alcolea 2020: 3–5, 10–13]¹.

В связи с наступлением пандемии Всемирной организацией здравоохранения (ВОЗ) была объявлена чрезвычайная ситуация в области общественного здравоохранения, имеющая международное значение². Государства в целях предотвращения распространения заболевания на своей территории вводят определенные ограничения, в том числе запрет въезда / выезда³, за-

¹ Подробнее об основаниях для оспаривания мер государств в связи с COVID-19: Lucas Bento, Jingtian Chen Investment Treaty Claims in Pandemic Times: Potential Claims and Defenses. – *Kluwer Arbitration Blog*. April 8, 2020. URL: <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2020/04/08/investment-treaty-claims-in-pandemic-times-potential-claims-and-defenses/> (accessed 30.10.2021).

² См.: World Health Organization: Coronavirus disease 2019 (COVID-19) Situation Report. URL: https://www.who.int/docs/default-source/coronaviruse/situation-reports/20200228-sitrep-39-covid-19.pdf?sfvrsn=aa1b80a7_4 (accessed 30.10.2021).

³ См.: Федеральное агентство по туризму: Действующие ограничения по въезду в иностранные государства. Доступ: <https://tourism.gov.ru/contents/covid-19/deystvuyushchie-ogranicheniya-po-vezdu-v-inostrannye-gosudarstva/> (дата обращения: 30.10. 2021); European Union: Council Recommendation (EU) 2020/912 of 30 June 2020 on the temporary restriction on non-essential travel into the EU and the possible lifting of such restriction. URL: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A32020H0912> (accessed 30.10.2021)

крытие общественных мест для посещения⁴, локдаун (англ. *lockdown*)⁵.

Ограничения в связи с чрезвычайными ситуациями медико-санитарного характера⁶, а также финансовыми кризисами⁷ имели место и раньше, однако нынешние меры по продолжительности действия, масштабу и степени ограничений носят беспрецедентный характер [анализ последствий финансовых кризисов – Bernasconi-Osterwalder, Brewin, Maina 2020: 3-4; анализ реакции правительства Аргентины на финансовый спад в 2001-2002 гг. – Burke-White 2008: 203; анализ реакции правительства Канады на вспышку Эболы в 2014–2016 гг. – Tejpar, Hoffman 2017: 369–371].

Впервые в рамках скоординированных действий правительства Российской Федерации, Вьетнама и Армении в 2020 г. представили совместное заявление, в котором предлагалось поручить ЮНСИТРАЛ проведение международной унификации возникших в связи с COVID-19 вопросов.⁸ Инициатива заключалась в изучении влияния пандемии на экономику стран, торговый оборот и меры преодоления последствий пандемии⁹. Впоследствии, в рамках 41-й сессии Рабочей группы III ЮНСИТРАЛ 15.11.2021 г. было проведено дополнительное мероприятие Stocktaking: pandemic related measures by States and treaty-based disputes, одним из докладчиков на котором являлся представитель Минэкономразвития России. Соответственно, тема исследо-

вания становится актуальной не только в рамках отдельных государств, но и на международном уровне.

В статье рассмотрены и проанализированы подходы зарубежных и отечественных ученых к разрешению инвестиционных споров между инвесторами и государствами в связи с теми мерами, которые вводят последние. На основе фактических обстоятельств и проведенного анализа предлагается выработать на международном уровне в рамках ЮНСИТРАЛ критерии оценки легитимности вводимых мер. Предлагается не квалифицировать ограничительные меры государств как себе-подсудные положения (см. п. 2 статьи) и не использовать «состояние необходимости», закрепленное в международном праве (см. п. 3 статьи), а вместо этого установить критерии законности и пропорциональности (п. 4.1), соответствия цели (п. 4.2) и недискриминации (п. 4.3).

2. Квалификация мер как себе-подсудных положений

С целью ограничения возможности инвесторов оспаривать в рамках ISDS меры, принятые государствами в связи с COVID-19, Международным институтом по устойчивому развитию (МИУР) предложен проект Соглашения о согласованном приостановлении урегулирования споров между инвесторами и государствами в

⁴ Указ Президента РФ от 2 апреля 2020 г. № 239 «О мерах по обеспечению санитарно-эпидемиологического благополучия населения на территории Российской Федерации в связи с распространением новой коронавирусной инфекции (COVID-19)». – *Справочно-правовая система КонсультантПлюс*. Доступ: http://www.consultant.ru/document/cons_doc_LAW_349217/ (дата обращения: 30.10.2021); Указ Президента РФ от 25 марта 2020 г. № 206 «Об объявлении в Российской Федерации нерабочих дней». – *Справочно-правовая система КонсультантПлюс*. Доступ: http://www.consultant.ru/document/cons_doc_LAW_348485/ (дата обращения: 30.10.2021).

⁵ Cambridge Dictionary: “lockdown” URL: <https://dictionary.cambridge.org/ru/%D1%81%D0%BB%D0%BE%D0%B2%D0%B0%D1%80%D1%8C/%D0%B0%D0%BD%D0%B3%D0%BB%D0%B8%D0%B9%D1%81%D0%BA%D0%B8%D0%B9/lockdown> (accessed 30.10.2021).

⁶ Например, вспышка эболы в 2014–2016 гг. в Западной Африке. См.: World Health Organization: Ebola virus disease. URL: <https://www.who.int/en/news-room/fact-sheets/detail/ebola-virus-disease> (accessed 30.10.2021). Описание мер, принятых Правительством Канады во время вспышки эболы см.: The Health Portfolio: Framework for Action on the 2014 Ebola Virus Disease Outbreak. URL: <https://www.canada.ca/en/public-health/services/diseases/ebola/health-professionals-ebola/health-portfolio-framework-action-2014-ebola-outbreak.html> (accessed 30.10. 2021). См. также: Ministerial Instructions. – *Canada Gazette* October 31, 2014. URL: <https://gazette.gc.ca/rp-pr/p1/2014/2014-10-31-x8/html/extra8-eng.html> (accessed 30.10.2021).

⁷ Например, глобальный финансовый кризис 2007–2008 гг., финансовый кризис в Республике Кипр в 2013 г. или периоды гражданских беспорядков, такие как «арабская весна» 2011–2012 гг.

⁸ UN Commission on International Trade Law: Submission by the Governments of Armenia, the Russian Federation and Viet Nam. August 20, 2020. Paras 17–18. URL: <https://undocs.org/en/A/CN.9/1039/Rev.1> (accessed 30.10.2021).

⁹ Министерство экономического развития РФ: МЭР предложило Комиссии ООН выработать рамочный порядок исполнения контрактов в условиях форс-мажора. 25.09.2021. Доступ: https://www.economy.gov.ru/material/news/mer_predlozhilo_komissii_oon_vyrobotat_ramochnyy_poryadok_ispolneniya_kontraktov_v_usloviyah_fors_mazhora.html (дата обращения: 30.10.2021).

отношении мер, связанных с COVID-19¹⁰. Разработчики проекта предлагают государствам заключить многостороннее (или двустороннее) соглашение о приостановлении действия механизмов рассмотрения инвестиционных споров в случае их связи с мерами, принятыми во время COVID-19. В основу проекта положена квалификация вводимых мер как себе-подсудных положений (англ. *self-judging clause*) [анализ применения *self-judging clause* – Schill, Brieze 2009: 61–140]. Данное положение означает, что «принятие каких-либо мер для защиты национальной безопасности является исключительной прерогативой государства, и никакое третье лицо не вправе вмешиваться в этот процесс. В частности, принятые государством меры не могут быть предметом рассмотрения какого-либо судебного органа, то есть являются исключительно субъективными» [Боклан, Шауберт 2019: 21].

Проблема себе-подсудных оговорок в международном праве не является новой. В середине прошлого века Международным судом ООН было принято решение по *Делу о некоторых норвежских займах*. В этом решении Суд поддержал возражение Норвегии (ответчика по делу) против юрисдикции Суда в силу того, что она имела право на взаимных условиях ссылаться на оговорку в отношении национальной юрисдикции, содержащуюся в декларации Франции (истца по делу) от 01.03.1949. Согласно упомянутой декларации Правительства Франции юрисдикция Международного суда ООН «не распространяется на разногласия, касающиеся вопросов, которые по существу относятся к национальной юрисдикции, как это понимает Правительство Французской Республики»¹¹. Считая, что нет необходимости рассматривать другие возражения Норвегии или другие факты, излагаемые сторонами, Суд двенадцатью голосами против трех счел, что он не обладает юрисдикцией для вы-

несения судебного решения по этому спору¹². Таким образом Суд фактически придал декларации Франции качество себе-подсудного положения.

Между тем судья Херш Лаутерпахт изложил отдельное мнение, указав, что себе-подсудные элементы в декларациях о признании государствами обязательной юрисдикции МС ООН «не являются юридически действительным и исполнимым правовым инструментом, который суд мог бы принять во внимание»¹³.

Практика инвестиционных споров пришла к тому, что, несмотря на субъективный характер себе-подсудных положений, принятые государством меры могут являться предметом рассмотрения трибунала, однако при таком рассмотрении необходимо учитывать «добросовестность» (англ. *good faith*) действий государства [Schill, Brieze 2009:111–113]. В противном случае риск злоупотребления подобными субъективными исключениями слишком высок.

В правовой системе ВТО, а именно в статье XXI Генерального соглашения по тарифам и торговле 1994 г., также присутствует себе-подсудное положение. Статья XXI п. «b» предоставляет государству-члену весьма широкие полномочия предпринимать такие действия, которые государство «считает необходимыми для защиты существенных интересов своей безопасности». В литературе отмечается важность сохранения определенной степени «судебного контроля» – как минимум проверки на предмет того, является ли объяснение, представленное соответствующим государством, разумным или же данная мера представляет собой очевидное злоупотребление [Van den Bossche, Zdouc 2022:673–680].

Пределы рассмотрения себе-подсудного положения в системе ВТО впервые четко обозначены в споре «Россия – Меры, связанные с транзитом грузов», рассмотренном Органом по разрешению споров ВТО в 2019 г.¹⁴. Третейская группа

¹⁰ IISD: Draft agreement for the coordinated suspension of investor-state disputesettlement with respect to COVID-19 related measures and dispute. URL: <https://www.dropbox.com/s/2wo3563eyr3mlzi/ISDS-suspension-COVID-EN.pdf?dl=0> (accessed 30.10.2021). Также заявляется о необходимости постоянно действующего ограничения на все арбитражные заявления, связанные с правительственными мерами, предпринятыми для борьбы с последствиями пандемии в медицинской, экономической и социальной областях.. Более подробно см.: Arcuri A. [et al.]. Investment Law in Corona Times: How Myths Fuel Injustice. – *Verfassungsblog*. June 17. 2020. URL: <https://verfassungsblog.de/investment-law-in-corona-times-how-myths-fuel-injustice/> (accessed 30.10.2021).

¹¹ International Court of Justice: Case of Certain Norwegian Loans (France v. Norway). Judgment of 6 July 1957. – *I.C.J. Reports*. 1957. P. 16. URL: <https://www.icj-cij.org/public/files/case-related/29/029-19570706-JUD-01-00-EN.pdf> (accessed 30.10.2021).

¹² Ibid. P. 22.

¹³ Separate opinion of Judge Lauterpacht. P. 48. URL: <https://www.icj-cij.org/public/files/case-related/29/029-19570706-JUD-01-03-EN.pdf> (accessed 30.10.2021).

¹⁴ WTO: Russia – Measures Concerning Traffic in Transit. Panel Report. Adopted 5 April 2019. URL: https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/cases_e/ds512_e.htm (accessed 30.10.2021).

применила принцип эффективного толкования и указала, что меры, принятые в соответствии с исключениями по соображениям безопасности, могут быть предметом рассмотрения ОРС ВТО. Далее Третьей группа сформулировала подлежащий применению к ст. XXI п. «b» пп. «iii» ГАТТ стандарт оценки, включающий четыре критерия, в частности, критерий характера существенных интересов безопасности и критерий связи между принятой мерой и охраняемым статьей XXI ГАТТ интересом¹⁵ [Boklan, Bahri 2020:131-132].

В комментарии к проекту МИУР при использовании *self-judging clause* указывается только на обязанность государства действовать добросовестно (англ. *in good faith*), какие-либо критерии по оценке принятых ограничительных мер институтом не предложены. Между тем государства при введении мер могут нарушить права инвесторов, которые будут в таком случае лишены права на оспаривание мер в рамках ISDS (Investor-State dispute settlement). В связи с этим, полагаем, что квалификация всех антиковидных мер как себе-подсудных положений представляет собой слишком широкое изъятие из международного режима защиты инвестиций.

3. Состояние необходимости

Помимо предложения применения *self-judging clause* в доктрине появились работы, посвященные возможности государств использовать положение о состоянии необходимости, закрепленное в ст. 25 Статей об ответственности государств за международно-противоправные деяния, разработанных Комиссией международного права¹⁶ [анализ использования положения о состоянии необходимости – Katsikis 2021: 46–69].

Статья 25

Состояние необходимости

1. Государство не может ссылаться на состояние необходимости как на основание для исключения противоправности деяния, не соответствующего международно-правовому обязательству этого государства, за исключением тех случаев, когда это деяние:

а) является единственным для государства путем защиты существенного интереса от большой и неминуемой опасности; и

б) не наносит серьезного ущерба существенному интересу государства или государств, в отношении которых существует данное обязательство, или международного сообщества в целом.

2. В любом случае государство не может ссылаться на состояние необходимости как на основание для исключения противоправности, если:

а) данное международно-правовое обязательство исключает возможность ссылки на состояние необходимости; или

б) это государство способствовало возникновению состояния необходимости.

Как прямо указано в ст. 25 Статей, необходимость – основание для исключения противоправности деяния, то есть способ защиты, который государство может применить, столкнувшись с утверждением о том, что оно нарушило свои обязательства по международному праву. Такой способ защиты может быть эффективен и в том случае, если принимающее государство нарушило свои обязательства в соответствии с двусторонними или многосторонними инвестиционными соглашениями: например, если утверждается, что государство нарушило стандарт справедливого и равного обращения в отношении иностранных инвесторов. При этом состояние необходимости является особым средством защиты, применение которого обусловлено критериями, установленными в ст. 25 Статей.

В литературе отмечается, что стандарт ст. 25 весьма высок, так как государство, столкнувшееся с претензией по инвестиционному договору, должно суметь доказать, что оспариваемые меры принимались в целях «защиты существенного интереса» от «большой и неминуемой опасности» (пп. «а» п. 1); даже если государство сможет преодолеть этот порог, оно должно будет показать, что принятые им меры были «единственным путем защиты» существенного интереса (пп. «а» п. 1). Кроме того, государству также придется показать, что оно не «способствовало возникновению состояния необходимости» (пп. «б» п. 2) [Katsikis 2021:48-49].

Органы государств были вынуждены принимать экстренные меры для защиты своих существенных интересов в отсутствие надлежащих теоретических знаний и эмпирических данных.

¹⁵ Ibid. § 7.70; § 7.75; § 7.130; § 7.139.

¹⁶ International Law Commission: Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts. 2001. URL: https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/draft_articles/9_6_2001.pdf (accessed 30.10.2021).

Следовательно, критерий квалификации введения ограничительных мер как единственного способа защиты существенного интереса является неразумным и несправедливым по отношению к государствам. Зарубежные ученые отмечают, что наличие, помимо предпринятых государством действий, иных законных способов, даже если они дорогостоящие или нерациональные для государства, исключает ссылку на состояние необходимости [Sefriani, Monteiro 2021:243-244; Cristani 2021:101]. В связи с этим, может быть поддержано предложение В.Л. Толстых по изменению ст. 25 в части указания на то, что принятые государствами меры могут быть не единственным, а лишь «разумным путем защиты» [Толстых 2021:55].

Анализ каждого критерия, который будет подлежать оценке при использовании государством положения о состоянии необходимости в качестве линии защиты, не будет проводиться в настоящей статье. Остановимся на практике установления первого критерия – существенного интереса, так как, на наш взгляд, анализ только одного этого критерия покажет, что доктрина необходимости является не лучшим механизмом для освобождения государства от ответственности в связи с введенными ограничительными мерами.

Коронавирусная инфекция не только повлияла на жизнь и здоровье населения государств, но и привела или с большой долей вероятности может привести к финансовому кризису. Следовательно, «существенный интерес» может быть рассмотрен как с точки зрения защиты здоровья граждан, так и с точки зрения защиты экономической стабильности государства. Международные суды и арбитражи нечасто сталкивались с разрешением похожих ситуаций, вследствие чего выработана неоднозначная практика определения «существенного интереса».

Например, в *Деле, касающемся проекта Габчикова – Надьмарош*, Международный суд ООН постановил, что защита окружающей среды от экологической катастрофы может представлять

собой «существенный интерес» государства¹⁷. Между тем в деле *Sempra Energy International против Аргентинской Республики* трибунал, несмотря на признание наличия серьезного кризиса, поставил знак равенства между существенными интересами государства и самим существованием государства и его независимостью, которые в данном деле не находились под угрозой¹⁸. В другом деле трибунал подчеркнул особый, более высокий стандарт доктрины необходимости и указал, что «серьезность кризиса, независимо от его степени, недостаточна для того, чтобы ссылаться на состояние необходимости с целью освободить государство от его договорных обязательств»¹⁹.

Очевидно, что существенные интересы не сводятся только к угрозе существования государства, а должны охватывать «другие вспомогательные, но тем не менее важные интересы, такие как сохранение социальной, экономической и экологической стабильности государства и его способность обеспечивать основные потребности своего населения»²⁰. Вместе с тем критерий «существенного интереса» без единого подхода к его определению не позволит однозначно говорить о возможности государств использовать «состояние необходимости» как основание освобождения от ответственности.

4. Критерии оценки вводимых мер

В связи с неоднозначностью проанализированных ранее подходов к оценке принятых мер в эпоху COVID-19 государствам предлагается выработать единые принципы или критерии, которые будут рассматриваться в инвестиционном трибунале в рамках процедуры оценки мер по борьбе с пандемией. Такие принципы могут быть закреплены в типовом протоколе к инвестиционным договорам (Memorandum of Understanding (MoU)), разработанном под эгидой ЮНСИТРАЛ. Положение, устанавливающее принципы, предлагается сформулировать следующим образом:

¹⁷ International Court of Justice: Gabčíkovo-Nagymaros Project (Hungary v. Slovakia). Judgment of 25 September 1997. – *I.C.J. Reports*. 1997. Para 53 URL: <https://www.icj-cij.org/public/files/case-related/92/092-19970925-JUD-01-00-EN.pdf> (accessed 30.10.2021).

¹⁸ ICSID: *Sempra Energy International v. Argentine Republic*. Case No ARB/02/16. Award of 28 September 2007. Para 348 URL: <https://www.italaw.com/cases/1002> (accessed 30.10.2021).

¹⁹ ICSID: *AWG Group Ltd v. Argentine Republic*. Case No ARB/03/19. Decision on Liability of 30 July 2010. Para 258. URL: <https://www.italaw.com/cases/1057> (accessed 30.10.2021)

²⁰ ICSID: *Impregilo v. Argentina Impregilo SpA v. Argentine Republic*. Case No ARB/07/17. Award of 21 June 2011. Para 346. URL: <https://www.italaw.com/cases/554> (accessed 30.10.2021).

«Меры, принятые государствами в связи с пандемией вируса COVID-19, не являются нарушением прав и гарантий, предоставленных иностранным инвесторам международными соглашениями о поощрении и защите капиталовложений, инвестиционными контрактами или национальным законодательством, если такие меры:

- являются законными;
- приняты с целью защиты и охраны здоровья населения;
- являются пропорциональными цели и
- не являются дискриминационными».

Анализ практики государств по введению ограничительных мер и влияние этих мер на инвесторов позволят сформировать единое понимание критериев, оценку которых необходимо проводить для формирования вывода об отсутствии или наличии нарушения прав инвесторов по инвестиционным договорам. Такой анализ мог бы быть проведен Секретариатом ЮНСИ-ТРАЛ. Российские суды в своей практике руководствуются обзорами, подготовленными Верховным Судом РФ (далее – Обзоры)²¹.

Обзоры имеют схожую структуру и раскрывают вопросы применения процессуального за-

конодательства, гражданского законодательства, законодательства о банкротстве, уголовного законодательства, законодательства об административных правонарушениях и др. В Обзоре № 3 отдельно также разъясняются некоторые вопросы законодательства о налогах и сборах, а также дополнительные гарантии медицинским и иным работникам медицинских организаций. При этом в Обзорах напрямую не затрагиваются вопросы защиты иностранных инвестиций или иностранных инвесторов. Несмотря на отсутствие разъяснений о влиянии вводимых ограничительных мер на деятельность иностранных инвесторов, Обзоры содержат важные положения, в частности, в сфере арендных отношений²² и в части особенностей квалификации COVID-19 как обстоятельства непреодолимой силы²³.

Кроме того, важными для анализа правомерности тех или иных вводимых государством ограничительных мер в России являются разъяснения Конституционного Суда РФ. Одним из первых актов Конституционного суда РФ в данной сфере стало Постановление от 25 декабря 2020 г. № 49-П²⁴. Протвинским городским судом Московской области рассматривалось дело о нарушении гражданином положения пп. 3 п. 5 По-

²¹ См.: Обзор по отдельным вопросам судебной практики, связанным с применением законодательства и мер по противодействию распространению на территории Российской Федерации новой коронавирусной инфекции (COVID-19) № 1. Утв. Президиумом Верховного Суда РФ 21.04.2020. *Справочно-правовая система КонсультантПлюс*. Доступ: http://www.consultant.ru/document/cons_doc_LAW_350813/ (дата обращения: 30.10.2021); Обзор по отдельным вопросам судебной практики, связанным с применением законодательства и мер по противодействию распространению на территории Российской Федерации новой коронавирусной инфекции (COVID-19) № 2. Утв. Президиумом Верховного Суда РФ 30.04.2020. *Справочно-правовая система КонсультантПлюс*. Доступ: http://www.consultant.ru/document/cons_doc_LAW_351691/ (дата обращения: 30.10.2021); Обзор по отдельным вопросам судебной практики, связанным с применением законодательства и мер по противодействию распространению на территории Российской Федерации новой коронавирусной инфекции (COVID-19) № 3. Утв. Президиумом Верховного Суда РФ 17.02.2021. *Справочно-правовая система КонсультантПлюс*. Доступ: http://www.consultant.ru/document/cons_doc_LAW_377296/ (дата обращения: 30.10.2021)

²² Обзор по отдельным вопросам судебной практики, связанным с применением законодательства и мер по противодействию распространению на территории Российской Федерации новой коронавирусной инфекции (COVID-19) № 2. Утв. Президиумом Верховного Суда РФ 30.04.2020. Вопросы 3–6. *Справочно-правовая система КонсультантПлюс*. Доступ: http://www.consultant.ru/document/cons_doc_LAW_351691/ (дата обращения: 30.10.2021); Обзор по отдельным вопросам судебной практики, связанным с применением законодательства и мер по противодействию распространению на территории Российской Федерации новой коронавирусной инфекции (COVID-19) № 3. Утв. Президиумом Верховного Суда РФ 17.02.2021. Вопросы № 4, 5. *Справочно-правовая система КонсультантПлюс*. Доступ: http://www.consultant.ru/document/cons_doc_LAW_377296/ (дата обращения: 30.10.2021)

²³ Обзор по отдельным вопросам судебной практики, связанным с применением законодательства и мер по противодействию распространению на территории Российской Федерации новой коронавирусной инфекции (COVID-19) № 1. Утв. Президиумом Верховного Суда РФ 21.04.2020. Вопрос №7. *Справочно-правовая система КонсультантПлюс*. Доступ: http://www.consultant.ru/document/cons_doc_LAW_350813/ (дата обращения: 30.10.2021).

²⁴ См.: Постановление Конституционного Суда РФ от 25 декабря 2020 г. № 49-П «По делу о проверке конституционности подпункта 3 пункта 5 постановления Губернатора Московской области «О введении в Московской области режима повышенной готовности для органов управления и сил Московской областной системы предупреждения и ликвидации чрезвычайных ситуаций и некоторых мерах по предотвращению распространения новой коронавирусной инфекции (COVID-2019) на территории Московской области» в связи с запросом Протвинского городского суда Московской области». Доступ: <http://publication.pravo.gov.ru/Document/View/0001202012290002> (дата обращения: 30.10.2021).

становления Губернатора Московской области от 12 марта 2020 г. № 108-ПГ. Согласно указанному положению граждане были обязаны в условиях режима повышенной готовности в целях предотвращения распространения коронавирусной инфекции не покидать места проживания (пребывания), за исключением отдельных случаев. Протвинский городской суд Московской области решил обратиться с запросом в Конституционный Суд Российской Федерации на предмет проверки конституционности постановления Губернатора Московской области от 12 марта 2020 года № 108-ПГ с целью исключения необоснованного привлечения граждан к административной ответственности.

Конституционный Суд признал оспоренное положение не противоречащим Конституции Российской Федерации, поскольку его значение и суть были продиктованы объективной необходимостью оперативного реагирования на экстраординарную (беспрецедентную) опасность распространения коронавирусной инфекции (COVID-2019), вводимые им меры не носили характера абсолютного запрета, допуская возможность перемещения граждан при наличии уважительных обстоятельств, были кратковременными, а возможность их установления получила своевременное подтверждение в федеральном законодательстве.

Конституционный Суд также отметил, что «необходимость защиты жизни и здоровья граждан при возникновении чрезвычайных ситуаций или угрозе их возникновения и осуществлении мер по борьбе с эпидемиями и ликвидацией их последствий – учитывая, что **жизнь человека является высшей конституционной ценностью** (выделение наше. – Прим. авт.), без которой реализация гражданских, экономических, социальных и иных прав становится во многом бессмысленна, – предполагает принятие таких правовых актов, которые *не исключают возможности ограничения прав и свобод человека*, в том числе и свободы передвижения, **но только в той мере, в какой это соответствует поставленным целям при соблюдении требований соразмерности и пропорциональности**»²⁵. Таким образом, Кон-

ституционным Судом РФ как единственным органом, полномочным толковать Основной закон государства, установлена правомерность введения ограничений, которые, вне связи со сложившейся экстраординарной ситуацией, нарушали бы права гражданина и человека.

Важно отметить, что при оценке разумности принятых государствами мер, арбитраж может изучать рекомендации ВОЗ, принятые во время пандемии и сопоставлять их с действиями государств, которые в отдельных случаях выходили за рамки таких рекомендаций [Habibi et al. 2020:664–666]. Так, Эаль Бенвенисти отметил, что правительства вышли за рамки Временных рекомендаций Комитета ВОЗ по чрезвычайным ситуациям, вынесенных в соответствии с Международными медико-санитарными правилами (далее – ММСП) в январе 2020 г., которые «не рекомендовали какие-либо ограничения на поездки или торговлю на основе имеющейся текущей информации» [Benvenisti 2020]²⁶.

В то же время под вопросом стоит эффективность и своевременность действий самой ВОЗ. Первая вспышка вирусной пневмонии была официально нотифицирована Китаем 31 декабря 2019 г. ВОЗ признала существование пандемии лишь 11 марта 2020 г., то есть спустя более чем два месяца. Именно ВОЗ должна была предложить процедуры, механизмы и иные решения, способные повысить эффективность практической реализации ММСП. Однако этого не произошло. Как отмечается в литературе, «к счастью, многие страны рекомендациям ВОЗ не последовали, что помогло немного снизить разрушительные последствия пандемии» [Смбатян 2021:113].

Арбитрам при разрешении споров также нужно учитывать, что, сокращая возможные последствия пандемии беспрецедентных масштабов, государства действовали в условиях существенной нормативной и эмпирической неопределенности, без уверенности в эффективности принимаемых мер. Государства стояли перед выбором между вопросами здравоохранения и деловыми интересами иностранных инвесторов. Соответственно, арбитры должны проявлять

²⁵ Там же. Абз. 3. П. 2.

²⁶ См.: World Health Organization: Statement on the second meeting of the International Health Regulations (2005) Emergency Committee regarding the outbreak of novel coronavirus (2019-nCoV). URL: [https://www.who.int/news/item/30-01-2020-statement-on-the-second-meeting-of-the-international-health-regulations-\(2005\)-emergency-committee-regarding-the-outbreak-of-novel-coronavirus-\(2019-ncov\)](https://www.who.int/news/item/30-01-2020-statement-on-the-second-meeting-of-the-international-health-regulations-(2005)-emergency-committee-regarding-the-outbreak-of-novel-coronavirus-(2019-ncov)) (accessed 30.10.2021).

значительное уважение (англ. *great deference*) к принятым органами государств решениям по ограничениям в отношении иностранных инвесторов [Ranjan, Anand 2020:245].

Ниже проведем краткий анализ принципов (критериев), которые могут рассматриваться в инвестиционном трибунале в рамках процедуры оценки мер, принятых государствами.

4.1. Законность принятых мер и пропорциональность мер цели

Оценка законности принимаемых мер может быть осуществлена исходя из правомерности ограничений при чрезвычайных обстоятельствах. Возможность ограничения прав человека при таких обстоятельствах закреплена как в международных договорах о правах человека, в частности, в Конвенции о защите прав человека и основных свобод 1950 г.²⁷, так и в национальном законодательстве государств²⁸. Конституция России также предусматривает (ст. 55), что права и свободы человека и гражданина могут быть ограничены федеральным законом в той мере, в какой это необходимо в целях защиты ряда ценностей (основ конституционного строя, нравственности и пр.), среди которых названо здоровье²⁹.

Необходимо отметить, что государства, вводя ограничительные меры, выполняют свои пу-

бличные функции – обязанности, возложенные Конституцией и национальными законами. Например, в соответствии со ст. 2 Конституции РФ человек, его права и свободы являются высшей ценностью, а признание, соблюдение и защита прав и свобод человека и гражданина – обязанность государства. Действия со стороны государств предпринимаются также в соответствии с возложенными на них обязанностями по соблюдению права человека на наивысший достижимый уровень физического здоровья, которое закреплено в международных договорах³⁰.

Принцип пропорциональности принятых мер означает, что данные меры должны соответствовать цели и быть соразмерны ей. Это также отмечает В.Л. Толстых, ссылаясь на Доклад COVID-19 and Human Rights: we are all in this together (апрель 2020 г.) Генерального Секретаря ООН А. Гутерриша [Толстых 2021:57]. Среди заявленных шести приоритетов в Докладе указано, что «...чрезвычайные меры должны быть временными, пропорциональными и направленными на защиту людей»³¹. Соответственно, необходимо определить, было ли соблюдено справедливое равновесие между интересами общества и требованиями защиты прав инвестора.

Принцип пропорциональности был предметом рассмотрения не только инвестиционных трибуналов³², но и Европейского суда по правам

²⁷ Согласно ст. 15 Конвенции «в случае войны или при иных чрезвычайных обстоятельствах, угрожающих жизни нации, любая из Высоких Договаривающихся Сторон может принимать меры в отступление от ее обязательств по настоящей Конвенции только в той степени, в какой это обусловлено чрезвычайностью обстоятельств, при условии, что такие меры не противоречат другим ее обязательствам по международному праву». См.: Европейская конвенция по правам человека от 4 ноября 1950 г. Доступ: https://www.echr.coe.int/documents/convention_rus.pdf (дата обращения: 30.10.2021). В соответствии со ст. 29 Всеобщей декларации прав человека от 10.12.1948 при осуществлении своих прав и свобод каждый человек должен подвергаться только таким ограничениям, какие установлены законом исключительно с целью обеспечения должного признания и уважения прав и свобод других и удовлетворения справедливых требований морали, общественного порядка и общего благосостояния в демократическом обществе.

²⁸ См., например: Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland. 1949. Art. 19. URL: <https://www.bundestag.de/gg> (accessed 30.10.2021); Federal Constitution of the Swiss Confederation. 1999. Art. 36. URL: <https://www.fedlex.admin.ch/eli/cc/1999/404/en> (accessed 30.10.2021); The Instrument of Government 1974. Art. 12. URL: <http://www.parliament.am/library/sahmanadrutyunner/Sweden.pdf> (accessed 30.10.2021)

²⁹ В Постановлении Конституционного Суда РФ от 25 декабря 2020 г. № 49-П установлена легальность введения ограничительных мер не только федеральным законом, но и постановлением высшего должностного лица субъекта РФ.

³⁰ Например, см.: Международный пакт об экономических, социальных и культурных правах от 16 декабря 1966 г., пп. «с» п. 2. ст. 12. Доступ: https://www.un.org/ru/documents/decl_conv/conventions/pactecon.shtml (дата обращения: 30.10.2021).

³¹ UN: COVID-19 and Human Rights: we are all in this together. 2020. P. 15 URL: https://www.un.org/sites/un2.un.org/files/un_policy_brief_on_human_rights_and_covid_23_april_2020.pdf (accessed 30.10.2021).

³² Например, ICSID: Philip Morris Brand Sàrl (Switzerland), Philip Morris Products S.A. (Switzerland) and Abal Hermanos S.A. (Uruguay) v. Oriental Republic of Uruguay. Case No. ARB/10/7. Award of 8. July 2016. §109–112, 121, 309, 410, 418, 420, 429–430. URL: <https://www.italaw.com/cases/460> (accessed 30.10.2021). В данном деле арбитраж отклонил требования инвестора: регламент 80 / 80 был разумной мерой; эта мера была применена добросовестно с целью выполнения обязательств, принятых на себя Уругваем согласно Рамочной конвенции Всемирной организации здравоохранения по борьбе против табака.

человека, например, в части нарушения права собственности посредством налогообложения [анализ решений ЕСПЧ – Воробьева 2013: 32–39; Пак, Яценко 2004:115], а также Органа разрешения спора ВТО³³. При этом в рамках ВТО сформировался подход, согласно которому оценка «необходимости» принятых мер является исключительной прерогативой государства. В то же время Третейская группа вправе проанализировать, «не являются ли принятые меры настолько удаленными от... чрезвычайной ситуации или не связанными с ней», что их применение для целей защиты существенных интересов безопасности кажется неправдоподобным³⁴.

4.2. Цель – защита здоровья

Введение ограничительных мер государством всегда должно сопровождаться обоснованием цели / назначения таких мер. В некоторых двусторонних инвестиционных соглашениях государств предусмотрена оговорка о «существенных интересах безопасности» (англ. *essential security interest clause*)³⁵. Первым элементом для установления при применении таких оговорок является допустимая цель [Kabra 2019:726–727]. Следовательно, наличие цели является устоявшимся принципом в инвестиционном праве.

Принятые государствами меры должны быть непосредственно направлены на защиту здоровья населения. Практика инвестиционных арбитражей имеет достаточно примеров, когда меры, принятые государством с целью защиты и охраны здоровья граждан, были оправданы и признаны не нарушающими права инвесторов³⁶.

Кроме того, некоторые недавно заключенные международно-правовые договоры, включающие положения по защите инвестиций, содержат исключения, которые прямо указывают, что недискриминационные регулирующие меры не являются «косвенной экспроприацией». Например, в Торговом соглашении Канада – ЕС (СЕТА) указывается, что недискриминационные регулирующие меры, разработанные и применяемые для защиты законных целей общественного благосостояния, включая здравоохранение, не представляют собой косвенную экспроприацию, за исключением «редких обстоятельств»³⁷. В некоторых договорах предусматривается, что недискриминационные меры для «законных целей общественного благосостояния в области общественного здравоохранения ... не должны быть предметом претензий» со стороны инвестора³⁸. Такие нормы освобождают государства от ответственности за антиковидные меры по международным договорам о защите инвестиций.

Большинство двусторонних инвестиционных договоров Российской Федерации не предусматривают аналогичных положений. Однако, например, в п. 3 ст. 3 Соглашения между Правительством Российской Федерации и Правительством Королевства Швеции о поощрении и взаимной защите капиталовложений указано, что государства-участники могут предусматривать в своем законодательстве изъятия ограничительного характера из предоставляемого Соглашением национального режима. Любое новое изъятие не будет применяться в отношении капиталовложений до вступления такого изъятия в силу, за

³³ WTO: Russia – Measures Concerning Traffic in Transit. Panel Report. Adopted 5 April 2019. § 7.139. URL: https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/cases_e/ds512_e.htm (accessed 30.10.2021). Третейская группа указала на необходимость установления связи между принятыми мерами и охраняемым статьей XXI ГАТТ интересом, на защиту которого направлены такие меры (то есть меры, «которые Россия считает необходимыми для защиты существенных интересов своей безопасности»). Данный критерий рассматривался Третейской группой также сквозь призму принципа добросовестности (§ 7.138).

³⁴ Там же. § 7.139.

³⁵ Например, см. Agreement between the Government of the Republic of India and the Government of the Republic of Mauritius for the promotion and protection of investments. 1998. Art. 11. URL: <https://dea.gov.in/sites/default/files/Mauritius.pdf> (accessed 30.10.2021).

³⁶ Например, ICSID: Philip Morris Brand Sàrl (Switzerland), Philip Morris Products S.A. (Switzerland) and Abal Hermanos S.A. (Uruguay) v. Oriental Republic of Uruguay. Case No. ARB/10/7. Award of 8 July 2016. URL: <https://www.italaw.com/cases/460> (accessed 30.10.2021); Ad Hoc NAFTA Arbitration under UNCITRAL Rules: Chemtura Corporation v. Government of Canada, UNCITRAL (formerly Crompton Corporation v. Government of Canada). Award of 2 August 2010. URL: https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0149_0.pdf (accessed 30.10.2021).

³⁷ The Comprehensive and Economic Trade Agreement, or CETA. 2016. Annex 8-A. URL: <https://ec.europa.eu/trade/policy/in-focus/ceta/ceta-chapter-by-chapter/> (accessed 30.10.2021).

³⁸ The China–Australia Free Trade Agreement (ChAFTA). 2015. Art. 9.11. URL: <https://www.dfat.gov.au/sites/default/files/chافتa-chapter-9-investment.pdf> (accessed 30.10.2021).

исключением случаев, когда изъятие необходимо в целях обеспечения обороны, национальной безопасности, общественного порядка, охраны окружающей среды, защиты нравственности и **здоровья населения**³⁹.

Некоторые двусторонние инвестиционные договоры РФ допускают полное изъятие отдельных мер государств из-под действия таких договоров. Например, согласно п. 3 ст. 2 Соглашения между Правительством Российской Федерации и Правительством Венгерской Республики о поощрении и взаимной защите капиталовложений «настоящее соглашение не будет препятствовать применению любой из Договаривающихся Сторон мер, необходимых для обеспечения обороны, национальной безопасности, общественного порядка, охраны окружающей среды, защиты нравственности и **здоровья населения**»⁴⁰.

Следует также отметить исключение из дискриминационных мер в одном из двусторонних инвестиционных договоров РФ. Согласно пп. «с» п. 2 Протокола к Договору Союза Советских Социалистических Республик и Федеративной Республики Германии о содействии осуществлению и взаимной защите капиталовложений «меры, принимаемые в интересах общественного порядка и безопасности, нравственности или **охраны здоровья**, не считаются дискриминационными мерами»⁴¹. Вместе с тем большинство двусторонних инвестиционных договоров РФ не предусматривают возможности для договаривающихся государств исключить действие положе-

ний договоров в таких исключительных случаях, как пандемия COVID-19.

При этом, согласно п. 59 Общих подходов к заключению международных договоров Российской Федерации по вопросам поощрения и защиты инвестиций, приложенных к Регламенту, утвержденному Постановлением Правительства от 30.09.2016 № 992, положения договора не должны препятствовать сторонам договора *предпринимать на недискриминационной основе меры*, необходимые для защиты жизни и здоровья людей⁴². Более того, в соответствии с п. 63 такие меры не могут быть *предметом арбитражного разбирательства* в случае возникновения споров между инвестором одной стороны договора и другой стороной договора. Следовательно, данным актом предусмотрено изъятие мер, направленных на защиту здоровья населения, из сферы арбитражного разбирательства. Тем не менее, инвесторы, которым предоставлен национальный режим, вправе оспорить принятые меры в порядке, предусмотренном для граждан соответствующего государства (посредством обращения в административные и судебные органы).

4.3. Недискриминация

«Недискриминация» является обобщенной категорией, которая раскрывается посредством различных принципов, закрепленных в международных договорах и в национальном законодательстве⁴³.

³⁹ Соглашение между Правительством Российской Федерации и Правительством Королевства Швеции о поощрении и взаимной защите капиталовложений от 19 апреля 1995 г. *Справочно-правовая система КонсультантПлюс*. Доступ: http://www.consultant.ru/document/cons_doc_LAW_126441/ (дата обращения: 30.10.2021); Аналогичное положение закреплено в п. 3 ст. 3 Соглашения между Российской Федерацией и Государством Кувейт о поощрении и взаимной защите капиталовложений от 21 ноября 1994 г. *Справочно-правовая система КонсультантПлюс*. Доступ: http://www.consultant.ru/document/cons_doc_LAW_128818/ (дата обращения: 30.10.2021).

⁴⁰ Соглашение между Правительством Российской Федерации и Правительством Венгерской Республики о поощрении и взаимной защите капиталовложений от 6 марта 1995 г. – *Справочно-правовая система Гарант*. Доступ: <https://base.garant.ru/2540927/> (дата обращения: 30.10.2021). Аналогичное положение закреплено в п. 3 ст. 3 Соглашения между Правительством Российской Федерации и Правительством Республики Индия о поощрении и взаимной защите капиталовложений от 23.12.1994 (прекратило действие 27.04.2017). Доступ: https://www.economy.gov.ru/material/file/84586d6df15983b84d1d2c0c5febeb3b/India_1994_ru.pdf (дата обращения: 30.10.2021).

⁴¹ Договор Союза Советских Социалистических Республик и Федеративной Республики Германии о содействии осуществлению и взаимной защите капиталовложений (вместе с Протоколом) от 13 июня 1989 г. *Справочно-правовая система КонсультантПлюс*. Доступ: http://www.consultant.ru/document/cons_doc_LAW_131322/f (дата обращения: 30.10.2021).

⁴² Постановление Правительства РФ от 30 сентября 2016 г. № 992 «О заключении международных договоров Российской Федерации по вопросам поощрения и защиты инвестиций» (вместе с «Регламентом заключения международных договоров Российской Федерации по вопросам поощрения и защиты инвестиций»). *Справочно-правовая система КонсультантПлюс*. Доступ: http://www.consultant.ru/document/cons_doc_LAW_205559/ (дата обращения: 30.10.2021).

⁴³ Например, «справедливый и равноправный режим» в п. 1 ст. 10 Договора к Энергетической Хартии 2004 г.; ст. 3 Соглашения между Правительством Российской Федерации и Правительством Государства Палестина о поощрении и взаимной защите капиталовложений от 11 ноября 2016 г.; «полная защита и безопасность» в ст. 2 Соглашения между

В ДИДах РФ условие «о недискриминации» нередко дополняется указанием на то, что при этом режим должен быть не менее благоприятным, чем тот, который предоставляется:

- «капиталовложениям собственных инвесторов» (национальный режим)⁴⁴;
- «капиталовложениям собственных инвесторов или любого третьего государства» (национальный режим и режим наибольшего благоприятствования)⁴⁵;
- «капиталовложениям собственных инвесторов или любого третьего государства в зависимости от того, какой из них является более благоприятным»⁴⁶.

В литературе указывается, что в контексте принятия мер реагирования государств на COVID-19 вопрос наличия дискриминации по отношению к иностранным инвесторам может возникнуть ввиду установления некоторыми развивающимися странами налоговых отсрочек и уступок с целью устранения негативных экономических последствий кризиса. Такие действия могут нарушить принцип недискриминации, если налоговые меры применяются таким образом, чтобы собственные граждане оказались в более выгодном положении, чем иностранные инвесторы, даже если такие меры являются вынужденными [Hagemann 2021:57-58].

Требование по соблюдению принципа недискриминации является выполненным применительно к ситуации с COVID-19, в случае если такая дискриминация осуществлялась по критерию распространения заболевания (например, ограничения по отношению к инвестициям

из Китая в первый период пандемии). Другими словами, необходимо установить наличие связи между принятыми ограничительными мерами в отношении граждан отдельного государства и степенью распространения заболевания в нем.

Кроме того, определенные сферы инвестирования были менее ограничены в связи с характером деятельности. Например, на территории РФ ограничительные и иные меры, связанные с COVID-19, не распространялись на медицинские и аптечные организации, организации, обеспечивающие население продуктами питания и товарами первой необходимости.⁴⁷

5. Заключение

В заключение подчеркнем, что принятые государствами ограничительные меры в период пандемии могут привести к многочисленным требованиям инвесторов о взыскании компенсации за нарушения двусторонних или многосторонних инвестиционных договоров. В связи с этим предлагается создание на уровне UNCITRAL универсального инструмента, устанавливающего принципы, которым должны соответствовать ограничительные меры. Соблюдение таких принципов позволит государствам избежать выплаты инвесторам значительных компенсаций и является своеобразной превентивной мерой. В целом выработка такого инструмента создаст предсказуемость и определенность инвестиционного режима в международно-правовом регулировании в период пандемии.

Список литературы

1. Боклан Д.С., Шауберт М.В. 2019. Спор Россия – Меры, связанные с транзитом грузов: исторический доклад Третейской группы Органа по разрешению споров

ВТО. – *Международное правосудие*. №2. С. 20–30. DOI: 10.21128/2226-2059-2019-2-20-30

2. Воробьева. Н.Н. 2013. Налогообложение и право собственности: позиции Европейского Суда по правам человека. – *Международное правосудие*. №4. С. 32–39.

Правительством Российской Федерации и Правительством Арабской Республики Египет о поощрении и взаимной защите капиталовложений от 23 сентября 1997 г.

⁴⁴ Соглашение между СССР и Испанией о содействии осуществлению и взаимной защите капиталовложений от 28 ноября 1991 г. Ст. 5. П. 4. Доступ: https://www.economy.gov.ru/material/file/fd58cca5902a38dfc3365c2a0cb43a7a/Spain_1990_ru.pdf (дата обращения: 30.10.2021)

⁴⁵ Договор между Правительством Российской Федерации и Правительством Республики Болгария о поощрении и взаимной защите капиталовложений от 19 декабря 2005 г. Ст.3. П. 2. Доступ: https://www.economy.gov.ru/material/file/5404616d795209392342342e20c6da94/Bulgaria_1993_ru.pdf (дата обращения: 30.10.2021).

⁴⁶ Соглашение между Правительством Российской Федерации и Правительством Греческой Республики о поощрении и взаимной защите капиталовложений от 30 июня 1993 г. Ст. 3. П.1. Доступ: https://www.economy.gov.ru/material/file/9cab13c4d047a2753ebfc434f9d8cb9a/Greece_1993_ru.pdf (дата обращения: 30.10.2021).

⁴⁷ Указ Президента РФ от 2 апреля 2020 г. № 239 П. 4-5.

3. Пак В., Яценко И. 2004. Практика Европейского Суда по правам человека в отношении дел, связанных со спорами фискального характера. – *Сравнительное конституционное обозрение*. №4. С. 113–118.
4. Сибатян А.С. 2021. Международные медико-санитарные правила: эволюция и современное состояние. – *Российский юридический журнал*. №1. С. 103–114. DOI: 10.34076/20713797_2021_1_103
5. Толстых В.Л. 2021. COVID-19 и международное право: общие вопросы. – *Московский журнал международного права*. №3. С. 45–62. DOI: <https://doi.org/10.24833/08690049-2021-3-45-62>
6. Alcolea L. C. 2020. The COVID-19 Crisis: Core Investment Law Issues Revisited. – *Transnational Dispute Management*. No.2. URL: www.transnational-dispute-management.com/article.asp?key=2803 (accessed 30.10.2021).
7. Benvenisti E. 2020. The Coronavirus Tests the Limits of International Law. – *Lauterpacht Centre News*. Issue 30. P. 3–5. URL: https://www.lcil.cam.ac.uk/sites/www.law.cam.ac.uk/files/images/www.lcil.law.cam.ac.uk/Documents/LCN/lcn_issue_30_newsletter_lent_2020_interactive.pdf (accessed: 30.10.2021).
8. Bernasconi-Osterwalder N, Brewin S, Maina N. 2020. Protecting Against Investor-State Claims Amidst COVID-19: A Call to Action for Governments. 10 p. URL: <https://www.iisd.org/system/files/publications/investor-state-claims-covid-19.pdf> (accessed 30.10.2021).
9. Boklan D., Bahri A. 2020. The First WTO's Ruling on National Security Exception: Balancing Interests or Opening Pandora's Box?. – *World Trade Review*. Vol. 19. Issue 1. P. 123–136. DOI: <https://doi.org/10.1017/S1474745619000430>
10. Burke-White W. 2008. The Argentine Financial Crisis: State Liability Under BITs and the Legitimacy of the ICSID System. – *Asian Journal of WTO & International Health Law and Policy*. Vol. 3. Issue 1. P. 199–234.
11. Cristani F. 2021. How the Coronavirus Crisis Challenges International Investment (Customary) Law Rules: Which Role for the Necessity Defense?. – *Case Western Reserve Journal of International Law*. Vol. 53. Issue 1–2. P. 89–116.
12. Habibi R. [et al.]. 2020. Do not violate the International Health Regulations during the COVID-19 outbreak. – *Lancet*. Vol. 395. Issue 10225. P. 664–666. DOI: [https://doi.org/10.1016/S0140-6736\(20\)30373-1](https://doi.org/10.1016/S0140-6736(20)30373-1)
13. Hagemann T. 2021. Corporate Wealth Over Public Health? Assessing the Resilience of Developing Countries' COVID-19 Responses Against Investment Claims and the Implications for Future Public Health Crises. – *Pace International Law Review*. Vol. 34 Issue 1. P. 25–80.
14. Kabra R. 2019. Return of the Inconsistent Application of the 'Essential Security Interest' Clause in Investment Treaty Arbitration: *CC/Devas v India and Deutsche Telekom v India*. – *ICSID Review – Foreign Investment Law Journal*. Vol. 34. Issue 3. P. 723–753. DOI: <https://doi.org/10.1093/icsidreview/siz021>
15. Katsikis D. 2021. Necessity due to COVID-19 as a Defence to International Investment Claims. – *ICSID Review – Foreign Investment Law Journal*. Vol. 36. Issue 1. P. 46–69. DOI: <https://doi.org/10.1093/icsidreview/siab009>
16. Ranjan P., Anand P. 2020. Covid-19, India, and investor-State dispute settlement (ISDS): will India be able to defend its public health measures? – *Asia Pacific Law Review*. Vol. 28. Issue 1. P. 225–247. DOI: <https://doi.org/10.1080/10192557.2020.1812255>
17. Schill S.W., Briebe R. 2009. If the State Considers: Self-Judging Clauses in International Dispute Settlement. – *Max Planck Yearbook of United Nations Law*. Vol. 13. P. 61–140.
18. Sefriani S., Monteiro S. 2021. Potential investor claims and possible state defences during the COVID-19 emergency. – *Sriwijaya Law Review*. Vol. 5. Issue 2. P. 236–246. DOI: <http://dx.doi.org/10.28946/slrev.Vol5.Iss2.1067>. P. 236–246
19. Tejpar A., Hoffman S. 2017. Canada's Violation of International Law during the 2014–16 Ebola Outbreak. – *Canadian Yearbook of International Law*. Vol. 54. P. 366–383.
20. Tzouvala N., Knox R. 2021. *International Law of State Responsibility and COVID-19: an Ideology Critique*. 12 p. URL: <https://ssrn.com/abstract=3930470> (accessed 30.10.2021).
21. Van den Bossche P., Zdouc W. 2022. *The Law and Policy of the World Trade Organization: Text, Cases and Materials*. 5th ed. Cambridge: Cambridge University Press. 1170 p.

References

1. Alcolea L. C. The COVID-19 Crisis: Core Investment Law Issues Revisited. – *Transnational Dispute Management*. 2020. No.2. URL: www.transnational-dispute-management.com/article.asp?key=2803 (accessed 30.10.2021).
2. Benvenisti E. The Coronavirus Tests the Limits of International Law. – *Lauterpacht Centre News*. 2020. Issue 30. P. 3–5. URL: https://www.lcil.cam.ac.uk/sites/www.law.cam.ac.uk/files/images/www.lcil.law.cam.ac.uk/Documents/LCN/lcn_issue_30_newsletter_lent_2020_interactive.pdf (accessed: 30.10.2021).
3. Bernasconi-Osterwalder N, Brewin S, Maina N. Protecting Against Investor-State Claims Amidst COVID-19: A Call to Action for Governments. 2020. 10 p. URL: <https://www.iisd.org/system/files/publications/investor-state-claims-covid-19.pdf> (accessed 30.10.2021).
4. Boklan D., Bahri A. The First WTO's Ruling on National Security Exception: Balancing Interests or Opening Pandora's Box? – *World Trade Review*. 2020. Vol. 19. Issue 1. P. 123–136. DOI: <https://doi.org/10.1017/S1474745619000430>
5. Boklan D.C., Shaubert M.V. Spor Rossiya – Mery, svyazanyye s tranzitom gruzov: istoricheskii doklad Treteiskoi gruppy Organa po razresheniyu sporov VTO [Russian Federation – Measures concerning traffic in transit case: WTO Dispute Settlement Body Panel's historic report]. – *Mezhdunarodnoe pravosudie*. 2019. No. 2. P. 20–30. (In Russ.). DOI: 10.21128/2226-2059-2019-2-20-30.
6. Burke-White W. The Argentine Financial Crisis: State Liability Under BITs and the Legitimacy of the ICSID System. – *Asian Journal of WTO & International Health Law and Policy*. 2008. Vol. 3. Issue 1. P. 199–234.
7. Cristani F. How the Coronavirus Crisis Challenges International Investment (Customary) Law Rules: Which Role for the Necessity Defense? – *Case Western Reserve Journal of International Law*. 2021. Vol. 53. Issue 1–2. P. 89–116.
8. Habibi R. [et al.]. Do not violate the International Health Regulations during the COVID-19 outbreak. – *Lancet*. 2020. Vol. 395. Issue 10225. P. 664–666. DOI: [https://doi.org/10.1016/S0140-6736\(20\)30373-1](https://doi.org/10.1016/S0140-6736(20)30373-1)

9. Hagemann T. Corporate Wealth Over Public Health? Assessing the Resilience of Developing Countries' COVID-19 Responses Against Investment Claims and the Implications for Future Public Health Crises. – *Pace International Law Review*. 2021. Vol. 34 Issue 1. P. 25–80.
10. Kabra R. Return of the Inconsistent Application of the 'Essential Security Interest' Clause in Investment Treaty Arbitration: *CC/Devas v India* and *Deutsche Telekom v India*. – *ICSID Review - Foreign Investment Law Journal*. 2019. Vol. 34. Issue 3. P. 723–753. DOI: <https://doi.org/10.1093/icsidreview/siz021>
11. Katsikis D. Necessity due to COVID-19 as a Defence to International Investment Claims. – *ICSID Review - Foreign Investment Law Journal*. 2021. Vol. 36. Issue 1. P. 46–69. DOI: <https://doi.org/10.1093/icsidreview/siab009>
12. Pak V., Yatsenko I. Praktika Evropeiskogo Suda po pravam cheloveka v otnoshenii del, svyazannykh so sporami fiskal'nogo kharaktera [The Practice of the European Court of Human Rights in Relation to Cases Involving Disputes of a Fiscal Nature]. – *Sravnitel'noe konstitutsionnoe obozrenie*. 2004. No. 4. P. 113–118. (In Russ.)
13. Ranjan P., Anand P. Covid-19, India, and investor-State dispute settlement (ISDS): will India be able to defend its public health measures? – *Asia Pacific Law Review*. 2020. Vol. 28. Issue 1. P. 225–247. DOI: <https://doi.org/10.1080/10192557.2020.1812255>
14. Schill S.W., Brieser R. If the State Considers: Self-Judging Clauses in International Dispute Settlement. – *Max Planck Yearbook of United Nations Law*. 2009. Vol. 13. P. 61–140.
15. Sefriani S., Monteiro S. Potential investor claims and possible state defences during the COVID-19 emergency. – *Sriwijaya Law Review*. 2021. Vol. 5. Issue 2. P. 236–246. DOI: <http://dx.doi.org/10.28946/slrev.Vol5.Iss2.1067.pp236-246>
16. Smbatyan A.S. Mezhdunarodnye mediko-sanitarnye pravila: evolyutsiya i sovremennoe sostoyanie [International Health Regulations: evolution and a current state]. – *Rossiiskii yuridicheskii zhurnal*. 2021. No. 1. P. 103–114. (In Russ.). DOI: [10.34076/20713797_2021_1_103](https://doi.org/10.34076/20713797_2021_1_103)
17. Tejpar A., Hoffman S. Canada's Violation of International Law during the 2014–16 Ebola Outbreak. – *Canadian Yearbook of International Law*. 2017. Vol. 54. P. 366–383.
18. Tolstykh V.L. COVID-19 i mezhdunarodnoe pravo: obshchie voprosy [Covid-19 and International Law: general issues]. – *Moscow Journal of International Law*. 2021. No. 3. P. 45–62. (In Russ.). DOI: <https://doi.org/10.24833/08690049-2021-3-45-62>
19. Tzouvala N., Knox R. *International Law of State Responsibility and COVID-19: an Ideology Critique*. 2021. 12 p. URL: <https://ssrn.com/abstract=3930470> (accessed 30.10.2021).
20. Van den Bossche P., Zdouc W. *The Law and Policy of the World Trade Organization: Text, Cases and Materials*. 5th ed. Cambridge: Cambridge University Press. 2022. 1170 p.
21. Vorob'eva. N.N. Nalogooblozhenie i pravo sobstvennosti: pozitsii Evropeiskogo Suda po pravam cheloveka [Taxation and Property Law: positions of the European Court of Human Rights]. – *Mezhdunarodnoe pravosudie*. 2013. No. 4. P. 32–39. (In Russ.)

Информация об авторах

Илья Михайлович Лифшиц,

доктор юридических наук, профессор кафедры международного права, Всероссийская академия внешней торговли Министерства экономического развития Российской Федерации

Российская Федерация, 119285, Российская Федерация, Москва, Воробьевское шоссе, д. 6 А

i.lifshits@edaslawfirm.ru

ORCID: 0000-0002-1228-1183

Анастасия Владимировна Шаталова,

магистр международного частного права, юрист Адвокатского бюро «ЭДАС»

119180, Российская Федерация, Москва, 1-й Голутвинский переулок, д. 1

a.shatalova@edaslawfirm.ru

ORCID: 0000-0002-3771-888X

About the Authors

Ilya M. Lifshits,

Doctor of Juridical Sciences, Professor at the Department of International Law Russian Foreign Trade Academy of the Ministry for Economic Development of the Russian Federation

6 a, Vorobiyovskoye shosse, Moscow, Russian Federation, 119285

i.lifshits@edaslawfirm.ru

ORCID: 0000-0002-1228-1183

Anastasiya V. Shatalova,

Master of Private International Law, Lawyer, EDAS Law Bureau

1, 1-i Golutvinskii pereulok, Moscow, Russian Federation, 119180

a.shatalova@edaslawfirm.ru

ORCID: 0000-0002-3771-888X