

ЦЕЛИ И ЗАДАЧИ

Московский журнал международного права является профессиональной трибуной, открытой для различных точек зрения по вопросам толкования и применения норм современного международного права. Журнал нацелен на консолидацию творческих усилий юристов, представляющих российскую и зарубежную науку международного права в ее прогрессивном развитии и позитивном воздействии на международно-правовую практику. В журнале публикуются также результаты исследований национального права, в том числе иностранного, в общем контексте действия международного права.

ГЛАВНЫЙ РЕДАКТОР

ВЫЛЕГЖАНИН Александр Николаевич

Заслуженный юрист Российской Федерации, доктор юридических наук, профессор, заведующий кафедрой международного права, Московский государственный институт международных отношений (Университет) МИД России (Москва, Российская Федерация)

ЗАМЕСТИТЕЛИ ГЛАВНОГО РЕДАКТОРА

ИВАНОВ Дмитрий Владимирович

(первый заместитель) кандидат юридических наук, доцент, доцент кафедры международного права, Московский государственный институт международных отношений (Университет) МИД России (Москва, Российская Федерация)

ТУЗМУХАМЕДОВ Бахтияр Раисович

Заслуженный юрист Российской Федерации, кандидат юридических наук, ведущий научный сотрудник, Дипломатическая академия МИД России (Москва, Российская Федерация)

РЕДАКЦИОННАЯ КОЛЛЕГИЯ

АБАШИДЗЕ Аслан Хусейнович

Заслуженный юрист Российской Федерации, доктор юридических наук, профессор, заведующий кафедрой международного права, Российский университет дружбы народов (Москва, Российская Федерация)

БАТЛЕР Уильям

доктор права, Заслуженный профессор Школы права и международных отношений им. Джона Эдварда Фуллера, Университет штата Пенсильвания (Юниверсити-Парк, США)

БЕРКМАН Пол

профессор, Школа права и политики, Университет Тафтса (Медфорд, США)

БОРИСОВ Алексей Николаевич

кандидат политических наук, заведующий кафедрой ЮНЕСКО, Московский государственный институт международных отношений (Университет) МИД России (Москва, Российская Федерация)

ВЕРЕИНА Лариса Владиславовна

кандидат юридических наук, доцент, доцент кафедры международного права, Московский государственный институт международных отношений (Университет) МИД России (Москва, Российская Федерация)

ЕГОРОВ Сергей Алексеевич

доктор юридических наук, профессор, профессор кафедры международного права, Дипломатическая академия МИД России (Москва, Российская Федерация)

ИВАНЧАК Анна Ивановна

доктор юридических наук, профессор, профессор кафедры международного частного и гражданского права им. С.Н. Лебедева, Московский государственный институт международных отношений (Университет) МИД России (Москва, Российская Федерация)

КАРТАШКИН Владимир Алексеевич

Заслуженный юрист Российской Федерации, доктор юридических наук, профессор, главный научный сотрудник сектора прав человека, Институт государства и права, Российская академия наук (Москва, Российская Федерация)

ПРЕДСЕДАТЕЛЬ РЕДАКЦИОННОГО СОВЕТА

ТОРКУНОВ Анатолий Васильевич

Академик Российской академии наук, ректор МГИМО МИД России, доктор политических наук, профессор, Московский государственный институт международных отношений (Университет) МИД России (Москва, Российская Федерация)

РЕДАКЦИОННЫЙ СОВЕТ

АКУЕВ Николай Ильич

доктор юридических наук, профессор, Академия государственного управления при Президенте Республики Казахстан (Астана, Казахстан)

АЛИМОВ Кадыр Захидович

доктор юридических наук, профессор, заведующий кафедрой международного права, Национальный университет Узбекистана (Ташкент, Узбекистан)

БЕЙШЕМБИЕВ Эсенгул Жумашевич

доктор юридических наук, профессор, Кыргызский национальный университет им. Жусупа Баласагына (Бишкек, Кыргызстан)

БИРЮКОВ Михаил Михайлович

доктор юридических наук, профессор, профессор кафедры европейского права, Московский государственный институт международных отношений (Университет) МИД России (Москва, Российская Федерация)

ИВАНЕНКО Виталий Семенович

кандидат юридических наук, доцент, доцент кафедры международного права, Санкт-Петербургский государственный университет (Санкт-Петербург, Российская Федерация)

КОЛОСОВА Светлана Юрьевна

магистр права, полковник юстиции в отставке, Государственно-общественное объединение «Московский Дом ветеранов войн и Вооруженных Сил» (Москва, Российская Федерация)

КУЛЕБЯКИН Вячеслав Николаевич

кандидат юридических наук, доцент кафедры международного права, Московский государственный институт международных отношений (Университет) МИД России (Москва, Российская Федерация)

МУРАНОВ Александр Игоревич

кандидат юридических наук, доцент, доцент кафедры международного частного и гражданского права им. С.Н. Лебедева, Московский государственный институт международных отношений (Университет) МИД России (Москва, Российская Федерация)

ПАВЛОВА Людмила Васильевна

кандидат юридических наук, доцент, профессор кафедры международного права факультета международных отношений, Белорусский государственный университет (Минск, Белоруссия)

РАДЖАБОВ Саитумбар Адинаевич

доктор юридических наук, заведующий отделом международного права, Институт философии, политологии и права им. А.М. Баховаддинова Академии наук Республики Таджикистан (Душанбе, Таджикистан)

САВАСЬКОВ Павел Васильевич

кандидат юридических наук, старший научный сотрудник, Московский государственный институт международных отношений (Университет) МИД России (Москва, Российская Федерация)

САИДОВ Акмаль Холматович

доктор юридических наук, профессор, директор, Институт (Национальный центр) по правам человека Республики Узбекистан (Ташкент, Узбекистан)

КОСТИН Алексей Александрович

кандидат юридических наук, профессор, заведующий кафедрой международного частного и гражданского права им. С.Н. Лебедева, Московский государственный институт международных отношений (Университет) МИД России (*Москва, Российская Федерация*)

КОТЛЯРОВ Иван Иванович

доктор юридических наук, профессор, профессор кафедры международного права, Московский университет МВД России им. В.Я. Кикотя (*Москва, Российская Федерация*)

КУРДЮКОВ Геннадий Иринархович

доктор юридических наук, профессор, профессор кафедры международного и европейского права, Казанский (Приволжский) федеральный университет (*Казань, Российская Федерация*)

ЛАБИН Дмитрий Константинович

доктор юридических наук, профессор кафедры международного права, Московский государственный институт международных отношений (Университет) МИД России (*Москва, Российская Федерация*)

ЛАЗУТИН Лев Александрович

доктор юридических наук, профессор, заведующий кафедрой международного и европейского права, Уральский государственный юридический университет (*Екатеринбург, Российская Федерация*)

ЛЯХОВ Евгений Григорьевич

доктор юридических наук, профессор, профессор кафедры конституционного и международного права, Российская таможенная академия (*Москва, Российская Федерация*)

МОИСЕЕВ Алексей Александрович

доктор юридических наук, вице-президент, Российская ассоциация международного права (*Москва, Российская Федерация*)

МОНАСТЫРСКИЙ Юрий Эдуардович

кандидат юридических наук, партнер, юридическая фирма «Монастырский, Зюба, Степанов и Партнеры» (*Москва, Российская Федерация*)

МЮЛЛЕРСОН Рейн

доктор юридических наук, профессор, президент Академии права, Таллинский университет (*Таллин, Эстония*)

МЯЛКСОО Лаури

профессор международного права, Университет г. Тарту (*Таллин, Эстония*)

НЕФЕДОВ Борис Иванович

доктор юридических наук, доцент, профессор кафедры международного права, Московский государственный институт международных отношений (Университет) МИД России (*Москва, Российская Федерация*)

ПОТЬЕ Тим

доктор права, приглашенный профессор, Московский государственный институт международных отношений (Университет) МИД России (*Москва, Российская Федерация*)

ХЛЕСТОВ Олег Николаевич

Заслуженный юрист Российской Федерации, кандидат юридических наук, профессор, профессор кафедры международного права, Дипломатическая академия МИД России (*Москва, Российская Федерация*)

ШУМИЛОВ Владимир Михайлович

доктор юридических наук, профессор, заведующий кафедрой международного права, Всероссийская академия внешней торговли Министерства экономического развития России (*Москва, Российская Федерация*)

ЭНТИН Марк Львович

доктор юридических наук, профессор, заведующий кафедрой европейского права, Московский государственный институт международных отношений (Университет) МИД России (*Москва, Российская Федерация*)

ОТВЕТСТВЕННЫЙ СЕКРЕТАРЬ**ЕФИМОВА Анна Ивановна**

Ph.D. (политические науки), доцент департамента политической науки, Национальный исследовательский университет «Высшая школа экономики» (*Москва, Российская Федерация*)

САРСЕМБАЕВ Марат Алдангорович

доктор юридических наук, профессор, Центральная избирательная комиссия Республики Казахстан (*Астана, Казахстан*)

САФАРОВ Низами Абдулла оглу

доктор юридических наук, заведующий отделом административного и военного законодательства, Аппарат Милли Меджлиса (Парламента) Азербайджанской республики (*Баку, Азербайджан*)

ТИМЧЕНКО Леонид Дмитриевич

доктор юридических наук, профессор кафедры международного права, Национальный университет Государственной налоговой службы Украины (*Киев, Украина*)

ТОЛСТОПЯТЕНКО Геннадий Петрович

доктор юридических наук, профессор, декан международно-правового факультета, Московский государственный институт международных отношений (Университет) МИД России (*Москва, Российская Федерация*)

ТРЕБКОВ Андрей Адамович

Заслуженный юрист СССР, кандидат юридических наук, председатель, Международный союз юристов (*Москва, Российская Федерация*)

УСТИНОВ Владимир Васильевич

Заслуженный юрист Российской Федерации, доктор юридических наук, Полномочный представитель Президента Российской Федерации в Южном федеральном округе (*Ростов-на-Дону, Российская Федерация*)

ХАИТОВ Мурад Овезгельдыевич

доктор юридических наук, профессор, профессор кафедры конституционного права, Туркменский государственный университет им. Махтумкули (*Ашхабад, Туркмения*)

Московский журнал международного права зарегистрирован Федеральной службой по надзору в сфере связи и массовых коммуникаций 09.12.2000, свидетельство о регистрации: № 77-5895

ISSN (print): 0869-0049

ISSN (online): 2619-0893

Журнал входит в Перечень ведущих рецензируемых научных журналов и изданий, в которых должны быть опубликованы основные научные результаты диссертаций на соискание ученых степеней кандидата и доктора наук.

Журнал включен в РИНЦ

Подписной индекс в каталоге «Роспечать» 70893

Периодичность: 4 раза в год

Учредители: Международный союз общественных объединений юристов «Международный союз юристов»; Федеральное государственное автономное образовательное учреждение высшего образования «Московский государственный институт международных отношений (университет) Министерства иностранных дел Российской Федерации»

Сайт: <http://mjil.ru>

Адрес: 119454, Российская Федерация, пр. Вернадского, д. 76, ком. 146

E-mail: mjil2@mail.ru

Тел.: +7 (495) 229-38-23

Подписано в печать 20.12.2018 г.

Тираж: 1000 экземпляров

Заказ № 143

Отпечатано в отделе оперативной полиграфии

и множительной техники МГИМО МИД РФ

119454, Москва, пр. Вернадского, 76

Выпускающий редактор – Д.В. Иванов

Верстка – Д.Е. Волков

© «Московский журнал международного права», 2018

ABOUT THE JOURNAL

The Moscow Journal of International Law is a professional tribune open for various points of view on the interpretation and application of the norms of modern international law. The Journal is aimed at consolidation of creative efforts by lawyers who represent the Russian and foreign science of international law in its progressive development and positive impact on international legal practice. The journal also publishes the results of studies of national law, including foreign law, in the general context of application of international law.

EDITORIAL BOARD

EDITOR-IN-CHIEF

Alexander Nikolaevich Vylegzhanin

Doctor of Laws, Professor, Head of the International Law Department, Moscow State Institute of International Relations (University) of the Ministry of Foreign Affairs of Russia (*Moscow, Russian Federation*)

DEPUTY EDITORS-IN-CHIEF

Dmitry Vladimirovich Ivanov

Candidate of Laws, Associate Professor, Associate Professor of the International Law Department, Moscow State Institute of International Relations (University) of the Ministry of Foreign Affairs of Russia (*Moscow, Russian Federation*)

Bakhtiyar Raisovich Tuzmukhamedov

Candidate of Laws, Leading Researcher, Diplomatic Academy of the Ministry of Foreign Affairs of Russia (*Moscow, Russian Federation*)

EDITORIAL BOARD MEMBERS

Aslan Khuseinovich Abashidze

Doctor of Laws, Professor, Head of the International Law Department, Peoples' Friendship University of Russia (*Moscow, Russian Federation*)

William Butler

Doctor of Laws, the John Edward Fowler Distinguished Professor of Law, Pennsylvania State University (*University-Park, USA*)

Paul Berkman

Professor, School of Law and Politics, Tufts University (*Medford, USA*)

Alexey Nikolaevich Borisov

Candidate of Political Sciences, Head of the UNESCO Department, Moscow State Institute of International Relations (University) of the Ministry of Foreign Affairs of Russia (*Moscow, Russian Federation*)

Larisa Vladislavovna Vereina

Candidate of Laws, Associate Professor, Associate Professor of the International Law Department, Moscow State Institute of International Relations (University) of the Ministry of Foreign Affairs of Russia (*Moscow, Russian Federation*)

Sergey Alexeevich Egorov

Doctor of Laws, Professor, Professor of the International Law Department, Diplomatic Academy of the Ministry of Foreign Affairs of Russia (*Moscow, Russian Federation*)

Anna Ivanovna Ivanchak

Doctor of Laws, Professor, Professor of the Private International and Civil Law Department, Moscow State Institute of International Relations (University) of the Ministry of Foreign Affairs of Russia (*Moscow, Russian Federation*)

Vladimir Alexeevich Kartashkin

Doctor of Laws, Professor, Chief Researcher of the Human Rights Sector, Institute of State and Law, Russian Academy of Sciences (*Moscow, Russian Federation*)

EDITORIAL COUNCIL

PRESIDENT

Anatoly Vasilievich Torkunov

Doctor of Political Sciences, Professor, Rector of the Moscow State Institute of International Relations (University) of the Ministry of Foreign Affairs of Russia, Academician of the Russian Academy of Sciences, Moscow, Russian Federation

MEMBERS OF THE EDITORIAL COUNCIL

Nikolai Ilyich Akuev

Doctor of Laws, Professor, Head of the Institute of Justice of the Academy of Public Administration under the President of the Republic of Kazakhstan, Astana, Kazakhstan

Kadyr Zakhidovich Alimov

Doctor of Laws, Professor, Head of the International Law Department of the National University of Uzbekistan, Tashkent, Uzbekistan

Esengul Zhumashevich Bejshembiev

Doctor of Laws, Professor of the Institute of Law of the Kyrgyz National University named after Jusup Balasagyn, Bishkek, Kyrgyzstan

Mikhail Mikhailovich Biryukov

Doctor of Laws, Professor, Professor of the European Law Department, Moscow State Institute of International Relations (University) of the Ministry of Foreign Affairs of Russia, Moscow, Russian Federation

Vitaly Semyonovich Ivanenko

Candidate of Laws, Associate Professor, Associate Professor of the International Law Department of the Saint-Petersburg State University, Saint-Petersburg, Russian Federation

Svetlana Yurievna Kolosova

Master of Laws, Retired Lieutenant Colonel of Justice, Public and Private Partnership Moscow House of Veterans of War and Armed Forces, Moscow, Russian Federation

Vyacheslav Nikolaevich Kulebyakin

Candidate of Laws, Associate Professor of the International Law Department, Moscow State Institute of International Relations (University) of the Ministry of Foreign Affairs of Russia, Moscow, Russian Federation

Alexander Igorevich Muranov

Candidate of Laws, Associate Professor, Associate Professor of the Private International and Civil Law Department, Moscow State Institute of International Relations (University) of the Ministry of Foreign Affairs of Russia, Moscow, Russian Federation

Ludmila Vasilievna Pavlova

Candidate of Laws, Associate Professor, Professor of the International Law Department of the Faculty of International Relations of the Belarusian State University, Minsk, Belarus

Saitumbar Adinaevich Radzhabov

Doctor of Laws, Bakhovaddinov Institute of Philosophy, Political Science and Law of the Academy of Science of the Republic of Tajikistan, Dushanbe, Tajikistan

Akmal Kholmatovich Saidov

Doctor of Laws, Professor, Head of the Human Rights Institute (National Center) of the Republic of Uzbekistan, Tashkent, Uzbekistan

Alexey Alexandrovich Kostin

Candidate of Laws, Professor, Head of the Private International and Civil Law Department, Moscow State Institute of International Relations (University) of the Ministry of Foreign Affairs of Russia (*Moscow, Russian Federation*)

Ivan Ivanovich Kotlyarov

Doctor of Laws, Professor, Professor of the International Law Department, Kikot Moscow University of the Ministry of the Interior of Russia (*Moscow, Russian Federation*)

Gennady Irinarkhovich Kurdyukov

Doctor of Laws, Professor, Professor of the International and European Law Department of the Kazan Federal University (*Kazan, Russian Federation*)

Dmitry Konstantinovich Labin

Doctor of Laws, Professor of the International Law Department, Moscow State Institute of International Relations (University) of the Ministry of Foreign Affairs of Russia (*Moscow, Russian Federation*)

Lev Alexandrovich Lazutin

Doctor of Laws, Professor, Head of the International and European Law Department of the Ural State Law University (*Yekaterinburg, Russian Federation*)

Eugene Grigorievich Lyakhov

Doctor of Laws, Professor, Professor of the Constitutional and International Law Department, Russian Customs Academy (*Moscow, Russian Federation*)

Yuri Nikolaevich Maleev

Doctor of Laws, Professor, Professor of the International Law Department, Moscow State Institute of International Relations (University) of the Ministry of Foreign Affairs of Russia (*Moscow, Russian Federation*)

Alexey Alexandrovich Moiseev

Doctor of Laws, Vice-President, Russian International Law Association (*Moscow, Russian Federation*)

Yuri Eduardovich Monastyrsky

Candidate of Laws, Partner, Monastyrsky, Zyuba, Stepanov & Partners Law Firm (*Moscow, Russian Federation*)

Rein Müllerson

Doctor of Laws, Professor, President of Law School, Tallinn University (*Tallinn, Estonia*)

Lauri Mälksoo

Professor of International Law, University of Tartu (*Tallinn, Estonia*)

Boris Ivanovich Nefyodov

Doctor of Laws, Associate Professor, Professor of the International Law Department, Moscow State Institute of International Relations (University) of the Ministry of Foreign Affairs of Russia (*Moscow, Russian Federation*)

Tim Potier

Doctor of Laws, Invited Professor, Moscow State Institute of International Relations (University) of the Ministry of Foreign Affairs of Russia (*Moscow, Russian Federation*)

Oleg Nikolaevich Khlestov

Candidate of Laws, Professor, Professor of the International Law Department, Diplomatic Academy of the Ministry of Foreign Affairs of Russia (*Moscow, Russian Federation*)

Vladimir Mikhailovich Shumilov

Doctor of Laws, Professor, Head of the International Law Department, Russian Foreign Trade Academy of the Ministry for Economic Development of Russia (*Moscow, Russian Federation*)

Mark Lvovich Entin

Doctor of Laws, Professor, Head of the European Law Department, Moscow State Institute of International Relations (University) of the Ministry of Foreign Affairs of Russia (*Moscow, Russian Federation*)

ASSISTANT EDITOR**Anna Ivanovna Yefimova**

Ph.D. in Political Science, Associate Professor of the Political Science Department, National Research University Higher School of Economics (*Moscow, Russian Federation*)

Marat Aldangorovich Sarsembaev

Doctor of Laws, Professor, member of the Central Election Commission of the Republic of Kazakhstan, Astana, Kazakhstan

Nizami Abdulla oglu Safarov

Doctor of Laws, Head of the Administrative and National Defense Legislation of the Secretariat of the Milli Majilis (Parliament) of the Republic of Azerbaijan, Baku, Azerbaijan

Pavel Vasilievich Savas'kov

Candidate of Laws, Senior Researcher, Moscow State Institute of International Relations (University) of the Ministry of Foreign Affairs of Russia, Moscow, Russian Federation

Leonid Dmitrievich Timchenko

Doctor of Laws, Professor of the International Law Department of the National University of the State Fiscal Service of Ukraine, Kyiv, Ukraine

Gennady Petrovich Tolstopyatenko

Doctor of Laws, Professor, Dean of the International Law Faculty, Moscow State Institute of International Relations (University) of the Ministry of Foreign Affairs of Russia, Moscow, Russian Federation

Andrey Adamovich Trebkov

Candidate of Laws, Head of the International Union of Lawyers, Moscow, Russian Federation

Vladimir Vasilievich Ustinov

Doctor of Laws, Presidential Envoy to the Southern Federal District, Rostov-on-Don, Russian Federation

Murad Ovezgeldyevich Khaitov

Doctor of Laws, Professor, Professor of the Constitutional Law Department of the Turkmen State University named after Magtymguly, Ashgabat, Turkmenistan

Moscow Journal of International Law was registered as mass media by the Federal Service for Supervision in the Sphere of Telecom, Information Technologies and Mass Communications on the 9th of December, 2000.

Registration certificate: № 77–5895

ISSN (print): 0869-0049

ISSN (online): 2619-0893

The Journal is on the List of leading peer-reviewed academic journals and editions where key scholarly results of Cand. Sci. and Dr. Sci. theses should be published.

The Journal has been included in the Russian Science Citation Index (RSCI).

Subscription Index: 70893

Publication Frequency: Quarterly

Founders: International Union of Lawyers; Moscow State Institute of International Relations (University) of the Ministry of Foreign Affairs of Russia

Web-site: <http://mjil.ru>

Address: 76, pr. Vernadskogo, Moscow, Russian Federation, 119454

E-mail: mjil2@mail.ru

Tel.: +7 (495) 229-38-23

Circulation: 1000 copies

Executive editor – Dmitry V. Ivanov

Typography – Dmitry E. Volkov

© «Moscow Journal of International Law», 2018

СОДЕРЖАНИЕ

ВОПРОСЫ ТЕОРИИ МЕЖДУНАРОДНОГО ПРАВА

Вылегжанин А.Н., Зинченко О.И.
Юрисдикция Международного суда ООН:
некоторые теоретические вопросы

ИСТОРИЯ МЕЖДУНАРОДНОГО ПРАВА

Исаев М.А.
К вопросу о международно-правовом статусе
Великого княжества Финляндского

МЕЖДУНАРОДНОЕ ЭКОНОМИЧЕСКОЕ ПРАВО

Данельян А.А., Магомедова О.С.
Толкование и применение инвестиционных мер
в практике международного инвестиционного
арбитража

Лабин Д.К., Муратова Р.Р.
Новые подходы в соотношении права на защиту
инвестиций и права на регулирование в рамках
мегарегиональных соглашений

Георгиу Н.А.
Развитие единого рынка за пределами ЕС:
распространение *acquis* в сфере энергетики и его
последствия для ПАО «Газпром»

Старшинова О.С.
Реформа Договоренности о правилах и процедурах
разрешения споров ВТО

МЕЖДУНАРОДНОЕ ПРАВО И ОКРУЖАЮЩАЯ СРЕДА

Дудыкина И.П.
Орхусская конвенция: российские и зарубежные док-
тринальные оценки

НЕКРОЛОГ

Ильин Юрий Дмитриевич (1933-2018)

CONTENTS

ISSUES OF THEORY OF INTERNATIONAL LAW

- 6 *Alexander N. Vylegzhanin, Olga I. Zinchenko*
The Jurisdiction of the International Court of Justice:
some theoretical issues

HISTORY OF INTERNATIONAL LAW

- 33 *Maxim A. Isaev*
On the Elaboration of the Legal Status of the Great
Duchy of Finland

INTERNATIONAL ECONOMIC LAW

- 44 *Andrey A. Danelyan, Olga S. Magomedova*
Interpretation and Application of Investment Measures
in Practice of International Investment Arbitration

- 54 *Dmitry K. Labin, Renata R. Muratova*
New Approaches to the Balance between Investor
Protection and the Right to Regulate within
Megaregional Agreements

- 64 *Natasha A. Georgiou*
The External Dimension of the EU's Internal Market:
exporting the energy *acquis* and its implications for
Gazprom

- 82 *Olga S. Starshinova*
Negotiations on Improvements and Clarifications of the
WTO Dispute Settlement Understanding

INTERNATIONAL ENVIRONMENTAL LAW

- 96 *Inna P. Dudykina*
The Aarhus Convention in Russian and Foreign
International Legal Doctrines

OBITUARY

- 110 *Yuri D. Ilyin (1933-2018)*

ВОПРОСЫ ТЕОРИИ МЕЖДУНАРОДНОГО ПРАВА

DOI: 10.24833 / 0869-0049-2018-4-6-32

Александр Николаевич ВЫЛЕГЖАНИН

Московский государственный институт международных отношений (Университет) МИД России
Проспект Вернадского, д. 76, Москва, 119454, Российская Федерация
danilalvy@mail.ru
ORCID: 0000-0003-4833-2525

Ольга Игоревна ЗИНЧЕНКО

Министерство иностранных дел Российской Федерации
Смоленская-Сенная пл., д. 32/34, Москва, 119200, Российская Федерация
oizinchenko@mid.ru
ORCID: 0000-0003-0864-249X

ЮРИСДИКЦИЯ МЕЖДУНАРОДНОГО СУДА ООН: НЕКОТОРЫЕ ТЕОРЕТИЧЕСКИЕ ВОПРОСЫ

ВВЕДЕНИЕ. *Международный суд ООН, единственный из международных судебных органов, учрежден Уставом ООН, причем «в качестве главного судебного органа Объединенных Наций». Обязательства государств по Уставу ООН имеют преимущественную силу в отношении обязательств по любому другому международному договору (ст. 103 Устава ООН). Исполнение решений Суда может обеспечиваться Советом Безопасности ООН (ст. 94 Устава ООН). Все государства – члены ООН, в том числе Российская Федерация, являются участниками Статута Международного суда ООН, который, в свою очередь, составляет часть Устава ООН (ст. 92).*

В настоящей работе предметно исследуются с точки зрения теории международного права те возникающие в современной практике вопросы, которые связаны с установлением юрисдикции Международного суда ООН, прежде всего по делам, переданным ему по согласию спорящих государств. Выявляются особенности, преимущества и недостатки каждого из способов

установления юрисдикции Суда в контексте его современной практики и правовых позиций государств.

МАТЕРИАЛЫ И МЕТОДЫ. *Настоящая статья основывается на анализе документов Суда, относящихся к установлению его юрисдикции по международным спорам, в том числе тем, которые переданы на его рассмотрение одним из спорящих государств при изначальной неясности позиции другой спорящей стороны. При этом исследуется практика государств в области признания юрисдикции Суда согласно его Статуту, а также относящиеся к теме научные труды российских и зарубежных правоведов-международников. В качестве методов исследования использованы общенаучные и специальные (известные юриспруденции) методы познания, в том числе формально-логический, историко-правовой и сравнительно-правовой.*

РЕЗУЛЬТАТЫ ИССЛЕДОВАНИЯ. *В настоящей статье показано, что с юридической точки зрения некорректно считать тождествен-*

ными используемые в Статуте Международного суда ООН понятия «компетенция Суда» и «юрисдикция Суда», хотя такое отождествление и проводится авторитетными зарубежными правоведами. По смыслу Устава ООН понятие «компетенция Суда» шире, чем термин «юрисдикция Суда», причем последний востребован только в связи со спорами государств, разрешаемыми Международным судом ООН, а точнее, в связи с установлением подсудности спора, переданного Суду.

В статье способы выражения государствами согласия на юрисдикцию Суда, предусмотренные его Статутом, разделены на три основные категории: 1) передачу дела Суду посредством специального соглашения, заключенного между спорящими государствами; 2) юрисдикцию Суда по спорам, переданным ему на основе международных договоров; 3) признание государством юрисдикции Суда путем одностороннего заявления. В контексте практики государств и Суда выявлены особенности разных способов выражения согласия государств с юрисдикцией Суда.

ОБСУЖДЕНИЕ И ВЫВОДЫ. В качестве наглядных примеров исследуются конкретные межгосударственные споры, в которых перед Судом ставился вопрос о наличии или отсутствии по ним его юрисдикции. При анализе практики выражения государствами согласия с юрисдикцией Суда посредством специального соглашения (или «компромисса») показано, что данный способ характерен для рассмотрения уже сформировавшегося спора, наличие которого государства – стороны дела не оспаривают. Более того, передача спора на рассмотрение Суда ожидаема и для государства-ответчика. Выявлены правовые плюсы и минусы для участвующих в споре государств, присущие данному способу.

По результатам исследования охарактеризованы юридически привлекательные и проблемные аспекты рассмотрения Судом споров на основе юрисдикционных договорных клаузул.

Особое внимание в статье уделено анализу односторонних заявлений государств о признании юрисдикции Суда, безусловных или на условиях, согласно Статуту Суда. Именно практика государств по формулированию юридически изолированных условий объективно привела к услож-

нению всей системы факультативной клаузулы, предусмотренной Уставом ООН. В частности, показаны трудности толкования и применения «темпоральных условий»; сложности правовой оценки содержания некоторых условий, обозначенных государством в его заявлении о признании юрисдикции Суда; случаи, когда заявление государством чрезмерно широких условий сводит на нет само признание им юрисдикции Суда.

В порядке выводов констатируется, что каждому из исследованных способов согласия государства с юрисдикцией Международного суда ООН присущи свои особенности, преимущества и проблемные характеристики. Практика реализации созданной Уставом ООН системы юрисдикции Суда показывает большую эффективность лишь при интегрированном учете всех юридических оснований, предусмотренных в ст. 36 Статута Суда, при неукоснительном соблюдении международно-правовых норм, закрепленных в целом в Уставе ООН, и – особенно – при уважении основных принципов международного права, отраженных в Уставе. Недопустимо избирательное, фрагментарное толкование правовых норм, применимых к установлению юрисдикции Суда. Каждый из способов признания такой юрисдикции выполняет свою полезную функцию только в целостном контексте прав и обязательств государств по Уставу ООН, является эффективным в конкретных обстоятельствах, будучи приемлемым для спорящих государств и действуя согласованно с их суверенными волями.

КЛЮЧЕВЫЕ СЛОВА: Международный суд ООН, Постоянная палата международного правосудия, юрисдикция государства, юрисдикция Международного суда ООН, компетенция Международного суда ООН, ст. 36 Статута Международного суда ООН, специальное соглашение, компромисс, договорная юрисдикционная клаузула, заявление о признании юрисдикции Международного суда ООН, система факультативной клаузулы

ДЛЯ ЦИТИРОВАНИЯ: Вылегжанин А.Н., Зинченко О.И. 2018. Юрисдикция Международного суда ООН: некоторые теоретические вопросы. – Московский журнал международного права. № 4. С. 6-32.

DOI: 10.24833 / 0869-0049-2018-4-6-32

ISSUES OF THEORY OF INTERNATIONAL LAW

DOI: 10.24833 / 0869-0049-2018-4-6-32

Alexander N. VYLEGZHANIN

Moscow State Institute of International Relations (University) MFA of Russia
76, pr. Vernadskogo, Moscow, Russian Federation, 119454
danilalvy@mail.ru
ORCID: 0000-0003-4833-2525

Olga I. ZINCHENKO

Ministry of Foreign Affairs of the Russian Federation
32/34, Smolenskaya-Sennaya Square, Moscow, Russian Federation, 119200
oizinchenko@mid.ru
ORCID: 0000-0003-0864-249X

THE JURISDICTION OF THE INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE: SOME THEORETICAL ISSUES

INTRODUCTION. *The International Court of Justice is the only international judicial body established by the Charter of the United Nations as “the principal judicial organ of the United Nations”; and the obligations of States under the Charter of the United Nations shall prevail over obligations under any other international agreement (Art. 103 of the Charter of the United Nations); the execution of the decisions of the Court may be ensured by the UN Security Council (Art. 94 of the Charter of the United Nations). All UN member States, including the Russian Federation, are parties to the Statute of the International Court of Justice, and its Statute forms an integral part of the UN Charter (Art. 92).*

The present article explores in detail the theoretical and practical issues related to the establishment of the jurisdiction of the International Court of Justice. It contains the analysis of the features, advantages and disadvantages of the methods of establishing the jurisdiction of the Court in the context of the current practice of the Court and the legal positions of States.

MATERIALS AND METHODS. *The article is based on the analysis, first of all, of the documents of the Court related to the establishment of its juris-*

diction in international disputes referred to it. This study also examines the practice of States in the field of recognition of the Court's jurisdiction under the Statute, as well as related scientific works of Russian and foreign scholars in the field of international law. The methods used in the course of this study include general and specific (existing in the legal science) scientific cognition methods, including the methods of formal logic, legal history and comparative legal research.

RESEARCH RESULTS. *The article shows that it is not legally correct to give identical meaning to the terms “competence of the Court” and “jurisdiction of the Court” used in the Statute of the International Court of Justice, although some authoritative foreign jurists do so. Within the meaning of the UN Charter, the term “competence of the Court” is broader in its meaning than the term “jurisdiction of the Court”: the latter is used only in connection with disputes of States that are resolved by the International Court of Justice, i.e. with the establishment of the jurisdiction over the dispute referred to the Court.*

The article classifies the ways in which States express their consent to the jurisdiction of the Court under

its Statute into three main categories: (1) referral of a case to the Court by means of a special agreement concluded between the contesting States; (2) jurisdiction of the Court over disputes submitted to it on the basis of international agreements; (3) recognition by the State of the jurisdiction of the Court by means of a unilateral declaration. The article indicates the features of different ways of expressing the consent of States to the jurisdiction of the Court in the context of the practice of States and of the Court.

DISCUSSION AND CONCLUSIONS. By means of illustration the authors refer to inter-state disputes, where jurisdictional issues were raised at the Court. The analysis of the use of special agreement (or "compromis") shows that this method of consent to the jurisdiction of the Court is typical for the consideration of an already formed dispute, the existence of which the relevant States do not contest, and its transfer to the Court is expected by the respondent State. The article also reveals the legal disadvantages inherent in this method.

The article reveals legally advantageous as well as problematic aspects related to disputes referred to the Court on the basis of jurisdictional clauses of treaties. Attention is devoted to the analysis of unilateral declarations of States recognizing the jurisdiction of the Court, which may be conditional. It is the practice of States to formulate legally sophisticated conditions that has objectively complicated the whole "Optional Clause" system provided for by the UN Charter. In particular, the article indicates the difficulties of interpretation and application of temporal conditions; difficulties of legal assessment of the content of some conditions made by States in their declarations recognizing the jurisdiction of the Court; cases when exces-

sively broad conditions nullify the recognition of the jurisdiction of the Court.

The authors conclude that each of the named methods of expressing States' consent to the jurisdiction of the International Court of Justice has its own characteristics, advantages and disadvantages. The system of the Court's jurisdiction established by the UN Charter shows its efficiency only when all legal possibilities provided for in Art. 36 of the Statute are taken into account, and when international legal norms provided in the UN Charter, especially the core principles of international law, are strictly complied with. Selective, fragmentary interpretation of the legal norms applicable to the establishment of the jurisdiction of the Court is not permitted. Each of the methods of recognizing its jurisdiction performs its function only in the general context of the rights and obligations of States under the UN Charter; every method is effective in concrete circumstances and acceptable to disputing States in accordance with their sovereign will.

KEYWORDS: International Court of Justice, Permanent Court of International Justice, jurisdiction of the State, jurisdiction of the International Court of Justice, competence of the International Court of Justice, Art. 36 of the Statute of the International Court of Justice, special agreement, compromis, treaty jurisdictional clause, declaration recognizing the jurisdiction of the International Court of Justice, Optional Clause system

FOR CITATION: Vylegzhanin A.N., Zinchenko O.I. The Jurisdiction of the International Court of Justice: some theoretical issues. – *Moscow Journal of International Law*. 2018. No. 4. P. 6-32.

DOI: 10.24833/0869-0049-2018-4-6-32

1. Актуальность и новизна исследования

Международный суд ООН (далее также – Суд) уполномочен рассматривать споры между государствами и выносить консультативные заключения по запросам Генеральной Ассамблеи, Совета Безопасности и (при соблюдении определенных условий) некоторых других органов ООН, а также ее специализированных учреждений по вопросам их деятельности, если Генеральная Ассамблея ООН дала на это разрешение. В целом Суду, особенно его организации и практике, посвящено множество исследований, в том числе в русскоязычной международно-

правовой литературе [Полянский 1951; Крылов 1958; Кожевников, Шарманазашвили 1971], чего не скажешь о достаточно часто дискутируемой проблеме – о его юрисдикции. Ее актуальность, как показывают ожесточенные юридические поединки в Суде, обусловлена тем, что исход решения вопроса о юрисдикции Суда имеет большое значение для спорящих государств.

2. Понятия «юрисдикция Суда» и «компетенция Суда»

Многие правоведы исходят из тождественности используемых в Статуте Международ-

ного суда ООН понятий «компетенция» Суда и его «юрисдикция», причем такое отождествление проводится и авторитетными зарубежными авторами. Так, в книге главного юридического советника Международного суда ООН, проф. Х. Терлвея *The International Court of Justice*, изданной в 2016 г., утверждается, что полномочие установить юрисдикцию (*jurisdiction*) присуще не только судебным и арбитражным органам, но также и «политическим органам» (*political organs*), хотя здесь «значимость этого термина уже другая» (*though the term jurisdiction then has a different significance*) [Thirlway 2016:38]. В подтверждение своей точки зрения автор ссылается на то, что в ООН «каждый орган должен определить свою юрисдикцию» (*determine its own jurisdiction*)¹, но «к юрисдикции политического органа не может относиться принятие обязывающих решений» (*but the jurisdiction of a political organ may not be to make binding decisions*) [Thirlway 2016:38].

Как представляется, такой подход юридически небезупречный. Для большей точности автору следовало бы в отношении круга ведения политических органов использовать термин «компетенция» (*competence*), а не «юрисдикция»². В отношении Международного суда ООН в одних случаях корректно употреблять термин «компетенция», а в других – «юрисдикция».

Та же путаница в терминах допущена, на наш взгляд, и в 8-м издании *International Law* М. Шоу, названного в англоязычной международно-правовой литературе «лучшим учебником по международному праву» (*the best textbook on international law*). Авторитетный английский правовед в разделе, названном «Юрисдикция Суда» (*Jurisdiction of the Court*), рассматривает вопросы, выходящие за рамки понятия «юрисдикция Суда»: об источниках международного права; о понятии «спор»; о консультативных заключениях Суда [Shaw 2017:808–816].

Отметим в порядке научной критики такого смешения понятий, что Устав ООН предусматри-

вает положения о «юрисдикции Суда» – и в английском, и в русском, и во французском текстах – именно в ст. 36, в которой речь идет о спорах, переданных Суду государствами (тем или иным способом). А реализация функций Секретариата ООН, в том числе Генерального секретаря ООН – это не осуществление юрисдикции по смыслу Устава ООН. Даже Совет Безопасности, согласно Уставу, имеет обозначенные этим международным договором полномочия и функции (*Functions and Powers*), но не юрисдикцию (*Jurisdiction*). И этот подход обоснован не только в контексте русского юридического языка. В наиболее популярном в англоязычной литературе юридическом энциклопедическом словаре дана такая дефиниция термина *jurisdiction*: “A term of comprehensive import embracing every kind of judicial action” («термин всеобъемлющего значения, охватывающий всякую разновидность судебного действия»)³. Ни Секретариат ООН, ни Совет Безопасности, ни любой иной главный орган ООН не осуществляют согласно Уставу ООН «судебные действия».

Обозначенная научная дискуссия с англоязычными правоведами, не читающими по-русски, не может быть плодотворной, но как указание на источник путаницы в терминах, проявившейся и в русскоязычной международно-правовой литературе, заслуживает внимания. Ибо это вопрос о юридической чистоте использования понятийного аппарата.

В римском праве слово «юрисдикция» (от лат. *jus* – «право» и *dico* – «говорю») означало судопроизводство. В современном международном праве термин «юрисдикция государства», связанный с понятием суверенитета государства, означает, как верно отмечено проф. И.И. Лукашук, «осуществление государством властных полномочий»⁴. Такое же по сути определение дает и проф. Я. Броунли, по мнению которого юрисдикция государства включает в себя и «компетенцию осуществлять властные законодательные полномочия (*legislative competence*)» [Crawford 2012:448]. Эти властные полномочия (законода-

¹ Certain Expenses of the United Nations (Article 17, paragraph 2, of the Charter). Advisory Opinion of 20 July 1962. – *I.C.J. Reports*. 1962. P. 168.

² Впрочем, и в английских текстах документов Суда термины «компетенция» и «юрисдикция» не всегда используются с филигранной юридической точностью. Нередко эти слова и здесь применяются как взаимозаменяемые. В вышепротитированном Консультативном заключении читаем, например: “As anticipated in 1945, therefore, each organ must, in the first place at least, determine its own *jurisdiction*. If the Security Council, for example, adopts a resolution purportedly for the maintenance of international peace and security and if, in accordance with a mandate or authorization in such resolution, the Secretary-General incurs financial obligations, these amounts must be presumed to constitute ‘expenses of the Organization’” (курсив наш – А.В. и О.З.).

³ Black’s Law Dictionary. Definitions of the Terms and Phrases of American and English Jurisprudence, Ancient and Modern. 6th ed. West Publishing Company. 1990. P. 847.

⁴ Юридическая энциклопедия. Под ред. Б.Н. Топорнина. М.: Юрист. 2001. С. 1224.

тельные, судебные и др.) могут осуществляться территориальным сувереном и за пределами его государственной территории, например в исключительной экономической зоне соответствующего прибрежного государства или на его континентальном шельфе, – в объеме, установленном международным правом.

В отличие от термина «юрисдикция государства» (в основном единообразно понимаемого, как изложено выше) использованные в Уставе ООН термины «юрисдикция Суда» и «компетенция Суда» истолкованы далеко не единообразно в международно-правовых доктринах.

Поясним в связи с этим, что и в русском, и в английском, и во французском текстах Устава ООН гл. II Статута Суда (ст. 34–38) названа «Компетенция Суда» (*Competence of the Court*, *Compétence de la Cour*). В этой главе раскрывается содержание такой компетенции: только государства могут быть сторонами по делам, разбираемым Судом; Суд может запрашивать у международных организаций информацию, относящуюся к таким делам; Суд открыт для государств – участников Статута, и т.д. В тех положениях о компетенции Суда, которые предусмотрены в ст. 34 и 35, термин «юрисдикция» вообще не используется.

Термин «юрисдикция Суда», однако, является стержневым в ст. 36 Статута (в той же гл. II о компетенции Суда). Статья 36 начинается со слов: «К ведению Суда относятся все дела, которые будут переданы ему сторонами» (*the jurisdiction of the Court comprises all cases which the parties refer to it*). То есть по смыслу Статута понятие «компетенция Суда» юридически не тождественно термину «юрисдикция Суда»: первое шире и включает в свой объем второе. Вопрос о юрисдикции Суда возникает только в связи со спорами государств, разрешаемыми Международным судом ООН. Ведь чтобы вынести по спору решение, надо сначала установить, подсуден ли Суду данный спор.

Вопрос о компетенции Суда может возникнуть и в иных случаях: например, когда международная организация предоставляет по своей инициативе согласно ст. 34 Статута информацию, которая, по мнению этой организации, относится к делу, рассматриваемому Судом (не факт, что

мнение Суда будет таким же). Или когда какое-либо учреждение, уполномоченное делать запрос, испрашивает у Суда консультативное заключение согласно ст. 65 Статута. Вопросы, по которым испрашивается этим учреждением такое заключение, могут не иметь никакого отношения к спору государств. Поэтому в данном случае неприменимы положения ст. 36 Статута о юрисдикции Суда.

На фоне вышеизложенного не представляется корректным согласиться с проф. М. Шоу в том, что юрисдикция Суда включает в себя «его способность давать консультативные заключения» (*its capacity to give advisory opinions*) [Shaw 2017:812]. Да, консультативные заключения Суда могут быть связаны с конкретным спором государств. Но могут и не быть. Согласно Уставу ООН консультативные заключения могут быть запрошены «по любому юридическому вопросу» Советом Безопасности, Генеральной Ассамблеей ООН или – с ее разрешения – другим органом ООН либо ее специализированным учреждением (ст. 96 Устава ООН). Но ни в Уставе ООН, ни в гл. IV Статута «Консультативные заключения» не используется термин «юрисдикция Суда». То есть Суд компетентен, согласно Уставу ООН, давать консультативные заключения. Но это не «юрисдикция Суда».

Вышеобозначенное филигранное юридическое различие не столь значимо, однако, когда речь идет о толковании и применении последующих статей в гл. II Статута (ст. 36–38), согласно которым решается вопрос о подсудности дела Международному суду ООН и о применимом праве. Здесь, действительно, главная исходная составляющая компетенции Суда – установление его юрисдикции (*the jurisdiction, la juridiction*).

Юрисдикция Суда основана, коротко выражаясь, на согласии затронутых государств [Thirlway 2016:35; Mackenzie et al. 2010:14; Higgins 1995:186]⁵. Такое согласие может быть выражено как разовое – для данного спора, уже возникшего – или же для многократных обращений в Суд (например, согласно договору, предусматривающему урегулирование споров в Суде). При этом юридическая сила согласия государства на юрисдикцию

⁵ Например, см.: *Anglo-Iranian Oil Co. case (UK v. Iran)*. Jurisdiction, Judgment of 22 July 1952. – *I.C.J. Reports*. 1952. P. 102–103; *Case of the monetary gold removed from Rome in 1943 (Italy v. France, UK and US)*. Preliminary Question, Judgment of 15 June 1954. – *I.C.J. Reports*. 1954. P. 32; *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*. Jurisdiction and Admissibility, Judgment. – *I.C.J. Reports*. 1984. P. 431; *Certain Phosphate Lands in Nauru (Nauru v. Australia)*. Preliminary Objections. – *I.C.J. Reports*. 1992. P. 259–262; *East Timor (Portugal v. Australia)*. – *I.C.J. Reports*. 1995. P. 101; *Fisheries Jurisdiction (Spain v. Canada)*. Jurisdiction of the Court, Judgment. – *I.C.J. Reports*. 1998. P. 453, 456.

Суда не зависит от того, каким образом такое согласие выражено⁶, что обусловлено уважением суверенитета государств [Crawford 2012:724].

Суд исследует основания его юрисдикции в каждом конкретном деле⁷. Государство не может принуждаться к признанию юрисдикции Суда вне рамок выраженного его согласия: такой подход принял Комитет юристов, которому была поручена разработка проекта Статута Суда [The Statute... 2012:638, 639].

В ст. 36 Статута Суда предусмотрены следующие способы выражения государствами согласия на юрисдикцию Суда: 1) передача дела Суду сторонами посредством специального соглашения, заключенного между спорящими государствами; 2) под нее подпадают «все вопросы, специально предусмотренные Уставом Объединенных Наций», а также иными действующими международными договорами; 3) одностороннее заявление (declaration) государства о признании юрисдикции Суда.

3. Специальное соглашение

Специальное соглашение, или компромисс (special agreement, compromis), названо «привлекательным для государств» способом согласия с юрисдикцией Суда по уже сформировавшемуся спору [Crawford 2012:726]. Ведь при такой передаче спора Суду государство-ответчик не будет «застигнуто врасплох» и часто не оспаривает юрисдикцию Суда в предварительных возражениях (preliminary objections) [Thirlway 2016:43; The Statute... 2012:656, 662]. Однако указанному способу присущи и некоторые минусы.

В первую очередь, как отмечено зарубежными авторами, на практике к специальным соглашениям государства прибегают преимущественно для разрешения лишь территориальных споров [The Statute... 2012:662; Mackenzie et al. 2010:36]. По внутривластным причинам власти госу-

дарства могут передать территориальный спор на рассмотрение Суда: переход части территории другому государству по решению Международного суда не столь рискованная мера с точки зрения потенциальной критики правительства со стороны оппозиции по сравнению с передачей такой части по результатам переговоров. Например, отечественные ученые указали на то, что в деле о заливе Мэн (Канада против США)⁸ ввиду давления со стороны внутреннего электората в затронутых районах США и Канады переговоры сторон были безуспешными [Вылегжанин 2004:79; Тимохин 2007:202]. Обращение в Суд посредством заключения специального соглашения позволило правительствам спорящих государств не только урегулировать спор и разграничить морские пространства, но и «не потерять лицо» перед избирателями, показав, что они приняли необходимые меры, но «вынуждены» выполнять решение Суда [Collier, Lowe 2000:9].

Передача спора в Суд посредством специального соглашения эффективна применительно к разногласиям, в урегулировании которых обе стороны имеют реальный интерес. Даже в случаях, когда существуют другие основания юрисдикции Суда, стороны иногда заключают специальное соглашение, чтобы изначально снизить состязательность. В таких соглашениях нередко предусматривается и одновременная подача заявлений в Суд (что, впрочем, не приветствуется самим Судом ввиду усложнения вопроса о бремени доказывания⁹).

Постановление Суда по спору между Венгрией и Словакией относительно проекта «Габчикovo-Надьмарош»¹⁰ является примером того, как государства по прошествии длительных двусторонних переговоров и тщетной попытки обращения в Суд в одностороннем порядке¹¹ [Alexandrov 1995:6] в июле 1993 г. совместно обратились в Суд посредством заключения в апреле 1993 г. компромисса¹².

⁶ Rosenne S. International Courts and Tribunals, Jurisdiction and Admissibility of Inter-State Applications. – *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*. Ed. by R. Wolfrum. 2006. Accessed from the Scientific Library of MGIMO-University on August 25, 2018.

⁷ Mavrommatis Palestine Concessions. Judgment. – *P.C.I.J.* 1924. Series A. No. 2. P. 16.

⁸ Delimitation of the Maritime Boundary in the Gulf of Maine Area. Judgment. – *I.C.J. Reports*. 1984. P. 246.

⁹ I.C.J. Practice Directions (as amended on 20 January 2009 and 21 March 2013). – *Practice Direction I*. URL: <https://www.icj-cij.org/en/practice-directions> (accessed date: 06.08.2018).

¹⁰ Gabčíkovo-Nagymaros Project (Hungary / Slovakia). Judgment. – *I.C.J. Reports*. 1997. P. 7.

¹¹ Ввиду отсутствия оснований для юрисдикции (см.: Gabčíkovo-Nagymaros Project (Hungary/ Slovakia). Communiqué No. 92/25 of October 26, 1992. URL: <https://www.icj-cij.org/files/case-related/92/092-19921026-PRE-01-00-EN.pdf> (accessed date: 23.07.2018)).

¹² Special Agreement between the Republic of Hungary and the Slovak Republic for Submission to the International Court of Justice of the Differences between them concerning the Gabčíkovo-Nagymaros Project. Signed at Brussels on April 7, 1993. URL: <https://treaties.un.org/doc/Publication/UNTS/Volume%201725/volume-1725-I-30113-English.pdf>

Вторым недостатком, присущим механизму передачи спора в Суд посредством специальных соглашений, выступает наличие некоторой неопределенности для спорящих государств. Установленной формы специального соглашения не предусмотрено. В 2014 г., впрочем, был разработан вспомогательный документ – «Справочник по вопросам признания юрисдикции Международного суда ООН: типовые клаузулы и формы»¹³.

В деле о делимитации морской границы между Катаром и Бахрейном и о территориальных вопросах¹⁴ Суд квалифицировал как специальное соглашение протокол, подписанный министрами иностранных дел Бахрейна, Катара и Саудовской Аравии по итогам переговоров, вопреки заявлениям Бахрейна о том, что данный документ являлся лишь записью переговоров. А в деле о континентальном шельфе Эгейского моря Суд отказал признавать в качестве специального соглашения совместное коммюнике глав правительств Греции и Турции, хотя и отметил, что «не знает ни одной нормы международного права, которая бы препятствовала признанию совместного коммюнике в качестве международного соглашения о передаче спора в арбитраж или суд»¹⁵.

Разные позиции Суда объяснимы в контексте анализа положений применимых документов и обстоятельств их составления. Так, в споре Катара и Бахрейна Суд указал на то, что соответствующий протокол касался консультаций между министрами иностранных дел Бахрейна и Катара в присутствии министра иностранных дел Саудовской Аравии; в документе констатируется то, о чем стороны «договорились»; в протоколе подтверждаются ранее принятые обязательства, предусматривается продолжение оказания добрых услуг королем Саудовской Аравии, рассматриваются обстоятельства, при которых спор может быть передан в Суд, указывается на необ-

ходимость отозвать обращение в Суд в случае, если решение спора будет достигнуто в период его рассмотрения Судом. Протокол 1990 г. включает в себя, по мнению Суда, подтверждение ранее принятых обязательств.

Таким образом, как Суд установил, протокол заседания не был простым отчетом о заседании, а по своему содержанию являлся международным соглашением¹⁶. При этом Суд не воспринял аргументы Бахрейна о том, что, подписывая протокол, стороны не намеревались заключать международный договор, так как не были выполнены соответствующие внутригосударственные процедуры.

Еще одним недостатком специальных соглашений является то, что, хотя наличие юрисдикции Суда в большинстве случаев не оспаривается, не исключены разногласия относительно того, какие именно вопросы передаются на рассмотрение Суда.

В деле «Катар против Бахрейна» существование спора признавалось обеими сторонами, имелось принципиальное согласие на его судебное урегулирование. Разногласия между сторонами сводились к тому, являлись ли некоторые вопросы (например, статус островов Хавар) частью этого спора и, таким образом, должны ли они передаваться на рассмотрение Суда. Суд «предоставил сторонам возможность обеспечить передачу в Суд всего спора» в ходе судебного процесса. Посредством взаимодействия со сторонами Суд определил границы своей юрисдикции в отношении всего спора и впоследствии вынес постановление по его существу [Тимохин 2007:211]¹⁷.

В деле, касающемся пограничного спора (Буркина-Фасо / Нигер), Суд указал, что «в случаях, когда специальное соглашение является единственным основанием для юрисдикции, само собой разумеется, что любое требование стороны в ее окончательных представлениях Суду может

(accessed date: 18.08.2018); см. также: Schrijver N., Prislán V. Gabčíkovo-Nagymaros Case (Hungary / Slovakia). – *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*. Ed. by R. Wolfrum 2006. Accessed from the Scientific Library of MGIMO-University on August 25, 2018.

¹³ Handbook on Accepting the Jurisdiction of the International Court of Justice: Model Clauses and Templates. 2014. URL: http://legal.un.org/avl/pdf/rs/other_resources/Manual%20sobre%20la%20aceptacion%20jurisdiccion%20CIJ-ingles.pdf (accessed date: 19.08.2018).

¹⁴ Maritime Delimitation and Territorial Questions between Qatar and Bahrain (Qatar v. Bahrain). Jurisdiction and Admissibility, Judgment. – *I.C.J. Reports*. 1994. P. 112.

¹⁵ "On the question of form, the Court need only observe that it knows of no rule of international law which might preclude a joint communiqué from constituting an international agreement to submit a dispute to arbitration or judicial settlement" (Aegean Sea Continental Shelf (Greece v. Turkey). Judgment. – *I.C.J. Reports*. 1978. P. 39).

¹⁶ Maritime Delimitation and Territorial Questions between Qatar and Bahrain (Qatar v. Bahrain). Jurisdiction and Admissibility, Judgment. – *I.C.J. Reports*. 1994. P. 121.

¹⁷ Maritime Delimitation and Territorial Questions between Qatar and Bahrain (Qatar v. Bahrain). Merits, Judgment. – *I.C.J. Reports*. 2001. P. 40.

подпадать под его юрисдикцию, если оно остается в рамках, определенных положениями специального соглашения»¹⁸. Понятно, что согласно п. 6 ст. 36 Статута в случае спора вопрос о подсудности решается Судом.

Таким образом, предмет спора (the subject-matter of the dispute) является ключевым элементом, определяющим юрисдикцию судебного органа, рассматривающего спор. Обозначение предмета спора представляет наибольшие трудности при составлении специального соглашения. Их стараются иногда избежать посредством заключения так называемого рамочного соглашения (фр. *accord-cadre*). Так, в *пограничном споре в отношении сухопутных и морских границ (Сальвадор / Гондурас)*¹⁹, хотя сторонам удалось заключить специальное соглашение для передачи спора в Суд, его толкование на протяжении практически всего процесса являлось предметом разногласий; стороны не смогли даже выполнить согласованный перевод испанского текста специального соглашения на один из языков Суда (английский или французский). При подобных обстоятельствах рамочное соглашение названо уместным²⁰.

4. Юрисдикционная клаузула в международном договоре

В Суд поступает все больше обращений, поданных в соответствии с клаузулами в международных договорах [The Statute... 2012:657]. В то же время отмечено, что применение такого способа признания юрисдикции Суда сопряжено с рядом затруднений.

Во-первых, хотя международных договоров, признающих юрисдикцию Суда по спорным во-

просам достаточно много²¹, большинство из них никогда не использовались для привлечения Суда к рассмотрению спора. Далее, многие из таких договоров были заключены несколько десятилетий назад, причем, по данным сайта Суда, подобные юрисдикционные клаузулы не включались в международные договоры вот уже более 12 лет [Thirlway 2016:44; Akande 2016:320].

Это отмечает и судья Международного суда проф. Дж. Кроуфорд: он обращает внимание на то, что лишь пять договоров среди основных многосторонних соглашений по тематике прав человека содержит юрисдикционную клаузулу, обеспечивающую возможность задействовать Суд²². Из этих пяти только *Конвенция о предупреждении преступления геноцида и наказании за него* 1948 г. допускает немедленный доступ к Суду. Данная Конвенция является в то же время и единственным многосторонним договором в сфере прав человека, которым не предусмотрено создания договорного органа по надзору за исполнением государствами-участниками своих обязательств [Simma 2013:586]. Остальные четыре договора: *Конвенция о политических правах женщины*²³, *Международная конвенция о ликвидации всех форм расовой дискриминации*²⁴, *Конвенция о ликвидации всех форм дискриминации в отношении женщин*²⁵ и *Конвенция против пыток и других жестоких, бесчеловечных или унижающих достоинство видов обращения и наказания*²⁶ – наделяют Суд юрисдикцией «на второстепенной основе», т.е. после исчерпания сторонами иных способов мирного разрешения спора.

Можно отметить обратную зависимость между объемом полномочий, предоставляемых Суду в соответствии с юрисдикционной клаузулой международного договора, и количеством

¹⁸ Frontier Dispute (Burkina Faso / Niger). Judgment. – *I.C.J. Reports*. 2013. P. 68.

¹⁹ Case concerning the Land, Island and Maritime Frontier Dispute (El Salvador / Honduras: Nicaragua intervening). Merits, Judgment of 11 September 1992. – *I.C.J. General List*. 1992. No. 75.

²⁰ Thirlway H. Compromis. – *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*. Ed. by R. Wolfrum 2006. Accessed from the Scientific Library of MGIMO-University on August 25, 2018.

²¹ Список таких договоров размещен на сайте Суда: International Court of Justice. Treaties. URL: <https://www.icj-cij.org/en/treaties> (accessed date: 23.18.2018).

²² Crawford J. Interpretation of Human Rights Treaties by the International Court of Justice. – *Brainstorming Seminar on the place of the Convention in the European and international legal order, co-organised by the PluriCourts academic network*. March 29–30, 2017. URL: <https://vodmanager.coe.int/coe/webcast/coe/2017-03-29-3/lang/1> (accessed date: 17.08.2018).

²³ Convention on the Political Rights of Women dated December 20, 1952. Article IX. URL: http://www.un.org.ua/images/Convention_on_the_Political_Rights_of_Women_eng1.pdf (accessed date: 17.08.2018).

²⁴ International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination dated December 21, 1965. Article 22. URL: <https://www.ohchr.org/en/professionalinterest/pages/cerd.aspx> (accessed date: 17.08.2018).

²⁵ Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women dated 18 December 18, 1979. Article 29. URL: <http://www.un.org/womenwatch/daw/cedaw/cedaw.htm> (accessed date: 17.08.2018).

²⁶ Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment dated December 10, 1984. Article 30. URL: <https://www.unhcr.org/protection/migration/49e479d10/convention-against-torture-other-cruel-inhuman-degrading-treatment-punishment.html> (accessed date: 17.08.2018).

государств, ставших его сторонами. Так, многосторонние договоры, предусматривающие широкую юрисдикцию Суда (особенно «по всем юридическим спорам»), не пользуются большой популярностью. Например, *Европейская конвенция о мирном урегулировании споров* 1957 г.²⁷ (далее – Конвенция 1957 г.), разработанная в рамках Совета Европы, «набрала» лишь 14 ратификаций.

Вышеупомянутая Конвенция использовалась для передачи дел в Международный суд. В деле «Германия против Италии (при участии Греции)», Решение по которому часто цитируется при рассмотрении темы юрисдикционных иммунитетов государства [Вылегжанин, Чурилина 2015:42–43], заявитель ссылался на Конвенцию 1957 г. Суд постановил, что обладает юрисдикцией по спору²⁸. В деле, касающемся определенного имущества²⁹, в обоснование юрисдикции Суда в заявлении Княжества Лихтенштейн также содержалась ссылка на эту Конвенцию. Суд согласился, однако, со вторым предварительным возражением Германии³⁰, в соответствии с которым все относившиеся к делу факты и события возникли до вступления Конвенции 1957 г. в силу для сторон, вследствие чего у Суда отсутствовала юрисдикция *ratione temporis*³¹ [Вылегжанин, Алферьева 2016:43].

Отметим действующий в рамках Организации американских государств *Межамериканский договор о мирном разрешении споров* 1948 г.³² (далее – Боготский пакт), ст. XXXI которого предусматривает согласие государств на юрисдикцию Суда по всем возникающим между ними спорам юридического характера. Текст данной статьи отсылает к пар. 2 ст. 36 Статута Суда, т.е. государ-

ства могут рассматривать ст. XXXI Боготского пакта как коллективное заявление о признании юрисдикции Суда по их спорам. В то же время данное положение можно квалифицировать и как юрисдикционную клаузулу многостороннего договора³³: на сайте Суда Боготский пакт указан именно в списке таких международных договоров, а не в разделе, где перечисляются заявления государств о признании юрисдикции Суда. За рубежомными комментаторами отмечено, что отграничение юрисдикции Суда по пар. 1 от юрисдикции по пар. 2 ст. 36 Статута не имеет значения [The Statute... 2012:666].

Боготский пакт неоднократно использовался в качестве обоснования наличия юрисдикции Суда³⁴. Первым таким разбирательством стал спор между Гондурасом и Никарагуа в отношении Арбитражного решения короля Испании от 1906 г.³⁵ Стороны договорились в июне 1957 г. использовать Пакт для передачи спора на рассмотрение Суда. Впоследствии стороны заключили в Вашингтоне соглашение относительно того, что Гондурас должен обратиться в Суд. В поданном в Суд обращении³⁶ Гондурас, однако, ссылался не на ст. XXXI Пакта, а на вашингтонское соглашение и заявления обоих государств, сделанные согласно пар. 2 ст. 36 Статута Суда.

В 1986 г. Никарагуа на основе ст. XXXI Пакта возбудила одновременно два дела в Суде – против Коста-Рики и Гондураса – относительно пограничных и трансграничных вооруженных действий. Прежде чем Суд смог вынести свое решение, обращение в Суд против Коста-Рики было отозвано Никарагуа в 1987 г. со ссылкой на соглашение, подписанное в этом же году в Гвате-

²⁷ European Convention for the Peaceful Settlement of Disputes dated April 29, 1957. Article 1. URL: <https://rm.coe.int/1680064586> (accessed date: 17.08.2018).

²⁸ *Jurisdictional Immunities of the State* (Germany v. Italy: Greece intervening). Judgment of 3 February 2012. – *I.C.J. Reports*. 2012. P. 99; см. также: Examination of the European Convention for the Peaceful Settlement of Disputes (ETS No. 23). – 47th meeting of the Council of Europe Committee of Legal Advisers on Public International Law. March 20–21, 2014. URL: <https://rm.coe.int/CoERMPublicCommonSearchServices/DisplayDCTMContent?documentId=0900001680078b35> (accessed date: 20.08.2018).

²⁹ Certain Property Case (Liechtenstein v. Germany). Preliminary Objections, Judgment. – *I.C.J. Reports*. 2005. P. 6.

³⁰ Ibid. P. 27.

³¹ Перевод с лат. – «ввиду обстоятельств, связанных со временем».

³² Organization of American States, American Treaty on Pacific Settlement ("Pact of Bogotá") dated April 30, 1948. Article XXXI. URL: http://www.oas.org/en/sla/dil/inter_american_treaties_A-42_pacific_settlement_pact_bogota.asp (accessed date: 20.08.2018).

³³ *Border and Transborder Armed Actions* (Nicaragua v. Honduras). Jurisdiction and Admissibility, Judgment. – *I.C.J. Reports*. 1988. P. 84.

³⁴ Valencia-Ospina E. Bogotá Pact (1948). – *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*. Ed. by R. Wolfrum 2011. Accessed from the Scientific Library of MGIMO-University on August 25, 2018.

³⁵ Case concerning the Arbitral Award made by the King of Spain on 23 December 1906. (Honduras v. Nicaragua). Judgment of 18 November 1960. – *I.C.J. Reports*. 1960. P. 192.

³⁶ Case concerning the Arbitral Award made by the King of Spain on 23 December 1906 (Honduras v. Nicaragua). – *I.C.J. Pleadings*. Vol. 1. P. 8. URL: <https://www.icj-cij.org/files/case-related/39/9171.pdf> (accessed date: 23.08.2018).

мале президентами пяти государств Центральной Америки (соглашение «Эскипулас-II»). Что же касается дела против Гондураса, то в 1988 г. Суд признал наличие своей юрисдикции по этому спору на основании Боготского пакта, отвергнув ряд предварительных возражений, выдвинутых Гондурасом³⁷.

Статья XXXI Пакта была использована Никарагуа для обоснования наличия юрисдикции Суда в *территориальном и морском споре* с Колумбией³⁸. В Решении, вынесенном в декабре 2007 г., Суд согласился с предварительными возражениями Колумбии относительно части спора, касавшейся суверенитета над архипелагом Сан-Андрес, однако установил наличие юрисдикции на основании ст. XXXI Пакта для вынесения решения по другим вопросам³⁹. Суд также не согласился с доводом Колумбии о том, что если заявителем используются два обоснования юрисдикции Суда: а) заявления спорящих государств в рамках системы факультативной клаузулы и б) положения Боготского пакта, то последний, якобы, имеет преимущественный характер⁴⁰. Вопреки этому, Суд отметил, что множественность соглашений, предусматривающих юрисдикцию Суда, служит доказательством того, что стороны имели намерение обеспечить «дополнительный» доступ к Суду⁴¹. Спустя неделю после вынесения Судом Решения по существу спора в 2012 г.⁴² Колумбия решила

выйти из Боготского пакта⁴³ в знак несогласия с позицией Суда [Pineda 2015:391]⁴⁴.

Наконец, в деле *относительно обязательства договориться о доступе к Тихому океану (Боливия против Чили)*⁴⁵ Суд признал свою юрисдикцию по спору на основе ст. XXXI Боготского пакта⁴⁶.

В науке обозначена и *проблема непредсказуемости* (в первую очередь, для государства-ответчика) использования юрисдикционных клаузул, предусмотренных международными договорами. При ограниченности «пула» международных договоров с такими клаузулами государствам, желающим защищать свои интересы через Суд, приходится на помощь то, что часто такие клаузулы в договорах сформулированы «в весьма общих терминах» [Thirlway 2016:42]. И подобных клаузул немало, вот лишь некоторые примеры: «Любой спор... относительно толкования или применения настоящей Конвенции...»⁴⁷; «Споры... по вопросам толкования, применения или выполнения настоящей Конвенции, включая споры относительно ответственности того или другого государства за совершение геноцида или одного из других перечисленных в статье III деяний...»⁴⁸. Зарубежные комментаторы указывают на то, что в отличие от специальных соглашений (закключаемых для разрешения конкретного спора в Суде) в случае с юрисдикционными клаузулами международных договоров четкие конту-

³⁷ Border and Transborder Armed Actions (Nicaragua v. Honduras). Jurisdiction and Admissibility, Judgment. – *I.C.J. Reports*. 1988. P. 69.

³⁸ Territorial and Maritime Dispute (Nicaragua v. Colombia). Application instituting proceedings dated December 6, 2001. – *I.C.J. General List*. 2001. No. 124.

³⁹ Territorial and Maritime Dispute (Nicaragua v. Colombia). Preliminary Objections, Judgment. – *I.C.J. Reports*. 2007. P. 832.

⁴⁰ Ibid. P. 870.

⁴¹ "The multiplicity of agreements concluded accepting the compulsory jurisdiction is evidence that the contracting Parties intended to open new ways of access to the Court rather than to close old ways or to allow them to cancel each other out with the ultimate result that no jurisdiction would remain" (Territorial and Maritime Dispute (Nicaragua v. Colombia). Preliminary Objections, Judgment. – *I.C.J. Reports*. 2007. P. 873). См. также: La Fayette L.A. de. Territorial and Maritime Dispute Case (Nicaragua v. Colombia). – *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*. Ed. by R. Wolfrum. 2009. Accessed from the Scientific Library of MGIMO-University on August 25, 2018; Electricity Company of Sofia and Bulgaria (Belgium v. Bulgaria). Judgment. – *P.C.I.J.* 1939. Series A/B. No. 77. P. 76.

⁴² Territorial and Maritime Dispute (Nicaragua v. Colombia). Judgment. – *I.C.J. Reports*. 2012. P. 624.

⁴³ Colombia Pulls out of International Court over Nicaragua. – *BBC News*. November 28, 2012. URL: <https://www.bbc.co.uk/news/world-latin-america-20533659> (accessed date: 23.12.2018).

⁴⁴ Аналогичный жест сделал Сальвадор в 1973 г.

⁴⁵ Obligation to Negotiate Access to the Pacific Ocean (Bolivia v. Chile). Application Instituting Proceedings dated April 24, 2013. – *I.C.J. General List*. 2013. No. 153. URL: <https://www.icj-cij.org/files/case-related/153/17338.pdf> (accessed date: 23.08.2018).

⁴⁶ Obligation to Negotiate Access to the Pacific Ocean (Bolivia v. Chile). Preliminary Objection, Judgment. – *I.C.J. Reports*. 2015. P. 592.

⁴⁷ Article 22 of the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination dated December 21, 1965. URL: <http://www.un.org/documents/ga/res/51/a51r080.htm> (accessed date: 17.08.2018); Art. 24 of the Convention on Offences and Certain Acts Committed on Board Aircraft dated September 14, 1963. URL: <https://treaties.un.org/doc/db/terrorism/conv1-english.pdf> (accessed date: 17.08.2018).

⁴⁸ Article 9 of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide dated December 9, 1948. URL: <https://www.ohchr.org/en/professionalinterest/pages/crimeofgenocide.aspx> (accessed date: 17.08.2018).

ры будущего спора не определены [The Statute... 2012:660].

Несмотря на кажущуюся подготовленность сторон международного договора, содержащего юрисдикционную клаузулу, к возможным обращениям в Суд, такие обращения могут возникнуть откуда не ждали. Так, в истории Суда бывали случаи, когда государства в отсутствие иных правовых оснований прибегали к расширительному использованию юрисдикционных клаузул международных договоров, пытаясь, по словам бывшего члена Суда Б. Зиммы, пропустить возникший спор «через игольное ушко»⁴⁹ выбранного международного договора. Как метафорично отметил бывший судья К. Гринвуд, юрисдикционная клаузула становится своего рода «туфелькой Золушки», в которую одна из сторон стремится (с большим или меньшим успехом) втиснуть более широкий международный спор⁵⁰.

Так, в делах *о ядерных испытаниях*⁵¹ и *о континентальном шельфе Эгейского моря*⁵² государства-ответчики (Франция в первом случае и Турция во втором) были застигнуты врасплох обращениями в Суд заявителями (Австралии и Греции соответственно) на основе юрисдикционной клаузулы *Общего акта о мирном разрешении международных споров* от 26 сентября 1928 г. [Alexandrov 1995:15]. В первом случае, несмотря на неявку представителей Франции на заседания Суда, обусловленную непризнанием его юрисдикции (Общий акт, согласно позиции Франции, перестал действовать), Суд не усмотрел очевидных препятствий для установления своей юрисдикции *prima facie* и вынес Решение о предварительных мерах, обязав Францию воздержаться от ядерных испытаний. Во втором случае (хотя Международный суд ООН в конечном итоге и не усмотрел оснований для своей юрисдикции) Греция втянула Турцию в достаточно длительный судебный процесс (1976–1978 гг.), опираясь на международный договор, содержащий юрис-

дикционную клаузулу. Еще более наглядным примером является обращение Грузии в Суд против России, в котором вооруженное нападение Грузии на Южную Осетию и вооруженная защита Россией Южной Осетии в 2008 г. были «втиснуты» в юрисдикционную клаузулу, предусмотренную в *Международной конвенции о ликвидации всех форм расовой дискриминации*.

Еще одна проблема применения механизма юрисдикционных договорных клаузул – их *нестабильность*: согласие государства исполнять такие клаузулы может быть отозвано, хотя государство при этом сохраняет участие в самом договоре. Так, США денонсировали Факультативный протокол к *Венской конвенции о консульских сношениях 1963 г.*⁵³ (далее – Конвенция 1963 г.), которым предусматривалась возможность передачи в Международный суд споров, связанных с нарушениями ее положений. Данный факт примечателен тем, что США изначально были рьяными сторонниками обязательного механизма урегулирования споров о нарушении государствами обязательств, вытекающих из Конвенции 1963 г. [Lee, Quigley 2008:574–576]. Данному решению США предшествовали попытки других государств (в 1998, 1999 и 2003 гг.) привлечь Штаты к ответственности за нарушение ст. 36 Конвенции 1963 г., касающейся роли консула в оказании помощи гражданам, которые были арестованы в государстве пребывания⁵⁴. Например, в 1998 г. Парагвай обратился в Суд в связи с предстоящей казнью властями США гражданина Парагвая А.Ф. Бреарда (Angel Francisco Breard), осужденного в американском штате Вирджиния: этот гражданин не был информирован о возможности доступа консульских должностных лиц Парагвая к нему. Международный суд ООН принял Решение о временных мерах⁵⁵, в соответствии с которым США должны были приостановить процедуру исполнения смертного приговора до вынесения Судом решения по существу дела. Однако Вер-

⁴⁹ Oil Platforms (Islamic Republic of Iran v. United States of America). Judgment. – *I.C.J. Reports*. 2003. P. 326 (Separate Opinion of Judge Simma).

⁵⁰ Greenwood C. Challenges of International Litigation. – *Friday Lunchtime Lecture, Lauterpacht Centre for International Law*. October 10, 2011. URL: <http://itunes.apple.com/itunes-u/lcilinternational-law-seminar/id472214191> (accessed date: 18.08.2018).

⁵¹ Nuclear Tests (Australia v. France). Interim Protection, Order of 22 June 1973. – *I.C.J. Reports*. 1973. P. 99, 101–102.

⁵² Aegean Sea Continental Shelf (Greece v. Turkey). Judgment. – *I.C.J. Reports*. 1978. P. 15.

⁵³ Vienna Convention on Consular Relations dated April 24, 1963. URL: http://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/conventions/9_2_1963.pdf (accessed date: 17.08.2018).

⁵⁴ Vienna Convention on Consular Relations (Paraguay v. United States of America). Order of 9 April 1998. – *I.C.J. Reports*. 1998. P. 266; LaGrand (Germany v. United States). Judgment of 27 June 2001. – *I.C.J. Reports*. 2001. P. 478–480; Avena and Other Mexican Nationals (Mexico v. United States of America). Judgment. – *I.C.J. Reports*. 2004. P. 39.

⁵⁵ Vienna Convention on Consular Relations (Paraguay v. United States of America). Provisional Measures, Order of 9 April 1998. – *I.C.J. Reports*. 1998. P. 248.

ховный суд США отказал в требовании Парагвая исполнить решение Международного суда ООН, и А.Ф. Бреард был казнен. Международный суд ООН продолжил рассмотрение дела даже после исполнения приговора, но Парагвай спустя несколько месяцев отозвал свое обращение в Суд; окончательного решения Судом вынесено не было⁵⁶.

В случае со схожим обращением Германии в Международный суд в 1999 г. относительно приговоренных в США к смерти граждан ФРГ братьев Ла Гранд процесс в Международном суде дошел до финальной стадии, послужив причиной вынесения Судом соответствующего Постановления⁵⁷. Так как один из двух немецких граждан уже был казнен властями США к моменту возбуждения Германией дела в Международном суде, Суд обозначил временные меры о приостановлении исполнения приговора американского суда в отношении оставшегося в живых. Как и в ранее рассмотренном случае с гражданином Парагвая, суд США отклонил требование ФРГ, и приговор был исполнен в тот же день⁵⁸. Однако Германия не стала из-за этого прекращать процесс в Международном суде ООН, и Судом было вынесено Постановление, касавшееся консульского доступа. Суд пришел к выводу о том, что США нарушили закрепленное в подп. (б) пар. 1 ст. 36 Конвенции 1963 г. право граждан быть уведомленными о возможности консульского доступа⁵⁹.

Председатель Международного суда ООН Ж. Гийом пояснил, что обозначенная Судом необходимость пересмотра приговоров немецких граждан не может быть истолкована в том смысле, что подобный пересмотр не должен применяться в отношении граждан других стран в аналогичных ситуациях⁶⁰. Данное пояснение, вероятно, способствовало обращению в Суд правительства

Мексики в 2003 г. против США в связи с делом о гражданах Мексики, приговоренных к смерти и осужденных в нарушение Конвенции 1963 г.⁶¹ Суд вынес Решение о временных мерах⁶², а в Постановлении по существу этого дела установил помимо прочего, что в 51 из 52 случаев США «нарушили свое обязательство» предоставлять требуемую информацию о консульском доступе⁶³.

Занимавшая в то время пост Госсекретаря США К. Райс направила Генеральному секретарю ООН письмо с уведомлением о денонсации США Факультативного протокола к Конвенции 1963 г., на котором основывалась юрисдикция Суда в вышеупомянутых решениях, вынесенных против США⁶⁴.

Еще одна проблема, касающаяся рассмотрения Судом споров на основе юрисдикционных договорных клаузул, обусловлена тем, что некоторые из международных договоров, предусматривающих юрисдикцию Суда, относятся к сфере защиты прав человека и борьбы с международными преступлениями. В таких делах востребовано исследование фактов, свидетельствующих о наличии или отсутствии нарушений государством прав человека или о совершенном преступлении. Но, как отмечено зарубежными правоведами, Международный суд не имеет «достаточной инфраструктуры», необходимой для всеобъемлющего «установления фактов» (fact-finding) в конкретном месте [The Statute... 2012:669]. Так, в деле «Босния и Герцеговина против Сербии и Черногории» о применении Конвенции о предупреждении преступления геноцида и наказании за него Суд столкнулся с трудностями в расследовании взаимных обвинений сторон относительно фактов геноцида [Морган-Фостер 2015:10]. Международному суду ООН пришлось опираться на выводы Международного трибуна-

⁵⁶ Vienna Convention on Consular Relations (Paraguay v. United States of America). Order of 10 November 1998. – *I.C.J. Reports*. 1998. P. 426.

⁵⁷ Dupuy P., Hoss C. LaGrand Case (Germany v. United States of America). – *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*. Ed. by R. Wolfrum. 2009. Accessed from the Scientific Library of MGIMO-University on August 25, 2018.

⁵⁸ Ibidem.

⁵⁹ LaGrand (Germany v. United States). Judgment of 27 June 2001. – *I.C.J. Reports*. 2001. P. 513.

⁶⁰ Ibid. P. 517 (Declaration of President Guillaume).

⁶¹ Dupuy P., Hoss C. Op. cit.

⁶² Avena and Other Mexican Nationals (Mexico v. United States of America). Provisional Measures, Order of 5 February 2003. – *I.C.J. Reports*. 2003. P. 96.

⁶³ "The Court... by fourteen votes to one, finds that, by not informing, without delay upon their detention, the 51 Mexican nationals referred to in paragraph 106(1) above of their rights under Article 36, paragraph 1(h), of the Vienna Convention on Consular Relations of 24 April 1963, the United States of America breached the obligations incumbent upon it under that subparagraph" (Avena and Other Mexican Nationals (Mexico v. United States of America). Judgment. – *I.C.J. Reports*. 2004. P. 70).

⁶⁴ United Nations, Multilateral Treaties Deposited with the Secretary-General. Ch. 3. § 8. No. 1. URL: <http://treaties.un.org/Pages/ParticipationStatus.aspx> (accessed date: 18.08.2018).

ла по бывшей Югославии⁶⁵, репутация которого резко упала после явно антисербских приговоров, нарушавших принцип беспристрастности. Процессуальная опора Международного суда на судебный орган с подорванной юридической репутацией стала объектом справедливой критики [Devaney 2016:114; Goldstone, Hamilton 2008:106].

Выезд на место членов Суда для получения доказательств является хотя и сложным мероприятием, в том числе в плане организации, но осуществимым: пар. 2 ст. 44 Статута Суда наделяет его соответствующими полномочиями. Речь здесь не идет о ситуациях, когда Суд поручает данную задачу комиссии экспертов согласно ст. 50 Статута. Однако единственный в истории Суда выезд на место в соответствии со ст. 44 Статута был проведен в рамках рассмотрения дела, касающегося проекта «Габчиково-Надьмарош»⁶⁶ [Devaney 2016:17]. В июне 1995 г. Словакия обратилась в Суд с просьбой посетить место расположения данного проекта на Дунае в целях получения доказательств. Визит Суда состоялся 1–4 апреля 1997 г. в период между первым и вторым раундом устных слушаний⁶⁷.

5. Согласие на юрисдикцию Суда *post hoc*: *forum prorogatum*

Еще к одному способу признания юрисдикции Суда, подразумеваемому в пар. 1 ст. 36 Статута, как отмечается в Комментариях к нему, относятся случаи, когда одно из спорящих государств обращается в Суд без указания оснований для его юрисдикции, а государство-ответчик уже после возбуждения дела (*post hoc*) выражает свое согласие на производство по делу [The Statute... 2012:654, 661]. Это может быть и согласие, вытекающее из поведения государства-ответчика. Если государство-ответчик в своем меморандуме на поданное заявление не выдвигает предварительных возражений против юрисдикции Суда, то его согласие будет считаться подразумеваемым, даже если заявление первого государства

не содержит указания на какое-либо основание для юрисдикции Суда. Такой способ признания юрисдикции авторы Комментария к Статуту называют *forum prorogatum*.

Хотя данный способ изначально не был отображен в Статуте и Регламенте Постоянной палаты международного правосудия, он сформировался на практике с первых лет ее деятельности. Позднее, в 1978 г., он был включен в п. 5 ст. 38 Регламента Суда, в соответствии с которым государство, передавая спор на рассмотрение Суда, может не указывать какого-либо основания для юрисдикции Суда и предложить использовать в качестве такового ожидаемое последующее (после возбуждения дела) согласие на нее государства, против которого обращено такое заявление. Если второе государство даст свое согласие, юрисдикция Суда устанавливается с даты такого согласия⁶⁸.

Использование способа *forum prorogatum* встречается в практике Суда редко. Профессор Броунли в качестве примера ссылается на дело о проливе Корфу: в нем Великобритания сначала обратилась в Суд, а уже после этого Албания согласилась с юрисдикцией Суда⁶⁹. Этот пример, однако, вызвал ремарку проф. Кроуфорда, правильно уточнившего, что данное дело было возбуждено на основе специального соглашения [Crawford 2012:728].

6. Заявления государств о признании юрисдикции Суда обязательной

В соответствии с пар. 2 ст. 36 Статута Суда государство-участник Статута может в любое время сдать на хранение Генеральному секретарю ООН заявление о том, что оно признает «без особого о том соглашения, *ipso facto*, в отношении любого иного государства, принявшего такое же обязательство, юрисдикцию Суда обязательной по всем правовым спорам, касающимся: а) толкования договора; б) любого вопроса международного права; в) наличия факта, который, если он

⁶⁵ Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro). Judgment. – *I.C.J. Reports*. 2007. P. 134.

⁶⁶ Gabčíkovo-Nagymaros Project (Hungary / Slovakia). Judgment. – *I.C.J. Reports*. 1997. P. 7.

⁶⁷ "The Court visited the area from 1 to 4 April 1997; it visited a number of locations along the Danube and took note of the technical explanations given by the representatives who had been designated for the purpose by the Parties" (Ibid. P. 10). См. также: Gabčíkovo-Nagymaros Project (Hungary / Slovakia). Visit by the Court to the site of the Gabčíkovo-Nagymaros hydro-electric dam project. Communiqué No. 97/3 dated February 17, 1997. URL: <https://www.icj-cij.org/files/case-related/92/092-19970217-PRE-01-00-EN.pdf> (accessed date: 18.08.2018).

⁶⁸ Доклад Международного суда ООН, 1 августа 2012 г. – 31 июля 2013 г. С. 10. Доступ: <https://www.icj-cij.org/files/annual-reports/2012-2013-ru.pdf> (дата обращения: 17.08.2018).

⁶⁹ Corfu Channel case. Preliminary Objection, Judgment. – *I.C.J. Reports*. 1948. P. 27.

будет установлен, представит собой нарушение международного обязательства; d) характера и размеров возмещения, причитающегося за нарушение международного обязательства».

Этот способ признания юрисдикции Суда в науке называют иногда системой факультативной клаузулы в том смысле, что Устав ООН не обязывает государства делать заявления о таком признании. Некоторым преимуществом данного способа является его видимая простота: между спорящими государствами не нужно заключать специального соглашения о передаче Суду спора; не требуется и наличия действующего договора, содержащего юрисдикционную клаузулу. Здесь, как метко выразился экс-председатель Суда Р. Хиггинс, государство «подписывает бланковый чек»: оно не знает, что будет предметом будущего спора и кто станет другой его стороной; известно лишь, что другая сторона тоже признает юрисдикцию Суда на тех же условиях [Higgins 1995:189]. Простота этого способа – факультативной клаузулы – кажущаяся: механизм, установленный пар. 2 ст. 36 Статута, рассматривается Судом⁷⁰ и юристами-международниками [Waldock 1955–1956:254; Rosenne 1997:809–815, 830] как особого рода (*sui generis*⁷¹), образующийся из двух компонентов: одностороннего заявления государства и договорных положений Статута. Тем самым он создает множество двусторонних правоотношений⁷² [Törber 2015:79]. Далее, при-

знанию юрисдикции Суда посредством этого механизма свойственны некоторые особенности.

Во-первых, толкование и применение пар. 3 ст. 36 Статута, содержащего норму о том, что указанные «заявления могут быть безусловными, или на условиях взаимности», или «на определенное время». Суду в его практике приходилось решать вопрос о том, правомочен ли он рассматривать спор, анализируя противоположные позиции государств на этот счет. Многие решения Суда свидетельствуют о проблемах, которые возникают в контексте таких заявлений в связи с включением в них условий. Среди этих проблем можно отметить следующие:

1. Усложнение из-за таких условий всей системы факультативной клаузулы.

2. Трудности толкования и применения «темпоральных условий» (например, обозначенного действия условия «на определенное время»).

3. Противоречивые оценки статуса некоторых условий, обозначенных государством при реализации пар. 3 ст. 36 Статута.

4. Заявление государствами таких широких условий, которые сводят на нет само заявление о признании юрисдикции Суда.

Итак, согласно ст. 36 Статута, заявления государств «могут быть безусловными, или на условиях взаимности со стороны тех или иных государств, или же на определенное время». Строго говоря, Статут указывает лишь на два типа воз-

⁷⁰ "A declaration of acceptance of the compulsory jurisdiction of the Court [...] is a unilateral act of State sovereignty. At the same time, it establishes a consensual bond and the potential for a jurisdictional link with the other States which have made declarations pursuant to Article 36, Para. 2, of the Statute [...]" (Land and Maritime Boundary between Cameroon and Nigeria. Preliminary Objections, Judgment. – *I.C.J. Reports*. 1998. P. 291).

⁷¹ Суд подчеркивает именно особый характер этого механизма и не называет его международным договором. Но при толковании односторонних заявлений государств о юрисдикции он использует принципы толкования Венской конвенции о праве международных договоров 1969 г. постольку, поскольку это соотносится с особым характером данных заявлений. Например, в деле *Fisheries Jurisdiction (Spain v. Canada)* Суд отметил: "The régime relating to the interpretation of declarations made under Article 36 of the Statute is not identical with that established for the interpretation of treaties by the Vienna Convention on the Law of Treaties (Ibidem, p. 293, para. 30). Spain has suggested in its pleadings that 'this does not mean that the legal rules and the art of interpreting declarations (and reservations) do not coincide with those governing the interpretation of treaties'. The Court observes that the provisions of that Convention may only apply analogously to the extent compatible with the *sui generis* character of the unilateral acceptance of the Court's jurisdiction" (курсив наш. – *A.B. u O.3.*) (Fisheries Jurisdiction (Spain v. Canada). Jurisdiction of the Court, Judgment. – *I.C.J. Reports*. 1998. P. 453).

В этом же контексте М. Фицморис (M. Fitzmaurice) отметила: "In the *Fisheries Jurisdiction Case*, the ICJ stressed even more strongly the dual, *sui generis* character of the optional clause declaration: on the one hand, a declaration accepting the compulsory jurisdiction of the Court 'is a unilateral act of State sovereignty'; on the other, it establishes a 'consensual bond', i.e. a nexus of obligations, and a 'potential for jurisdictional link with other States' (Para. 46) and makes a 'standing offer to the other States party to the Statute which have not yet deposited a declaration of acceptance' (*Land and Maritime Boundary between Cameroon and Nigeria Case* (Cameroon v Nigeria) ¶125)" (Fitzmaurice M. International Court of Justice, Optional Clause. – *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*. Ed. by R. Wolfrum. 2011. Accessed from the Scientific Library of MGIMO-University on August 25, 2018).

⁷² "In fact, the declarations, even though they are unilateral acts, establish a series of bilateral engagements with other States accepting the same obligation of compulsory jurisdiction, in which the conditions, reservations and time-limit clauses are taken into consideration" (Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America). Jurisdiction and Admissibility, Judgment. – *I.C.J. Reports*. 1984. P. 418).

можных условий: 1) условие взаимности; 2) условие действия заявления на определенное время. В связи с этим возникает вопрос о допустимости других видов условий, включаемых государствами в текст заявлений (например, условие об исключении споров определенного типа из юрисдикции Суда).

В практике Постоянной палаты международного правосудия включение разных условий в заявление о признании ее юрисдикции было приемлемым [Thirlway 2016:49]. В 1928 г. Ассамблея Лиги Наций пришла к выводу о том, что возможные условия, включаемые государствами в их заявлениях о юрисдикции, не ограничиваются теми, которые перечислены в Статуте⁷³.

При создании Международного суда ООН данный вопрос рассматривался. При этом на Конференции в Сан-Франциско возобладало мнение о том, что, поскольку государство имеет право в целом решать, принимать или не принимать юрисдикцию Суда посредством системы факультативной клаузулы, то данное целостное, широкое право включает в себя и другое, меньшее по объему, а именно право признавать юрисдикцию с учетом условий, которые государство считает целесообразным обозначить. То есть государства вправе свободно формулировать условия в своих заявлениях о признании юрисдикции Суда, не ограничиваясь теми, которые предусмотрены пар. 3 ст. 36 Статута Суда. Тем не менее в спорах между государствами имели место доводы о недопустимости включения в заявления условий, не предусмотренных *expressis verbis* Статутом (например, в деле, касающемся воздушного инцидента 1999 г.⁷⁴).

На практике государствами чаще всего формулируются три категории таких условий: *ratione temporis*, *ratione personae* и *ratione materiae*.

Условие *ratione temporis* связано с установлением в заявлении определенного времени: например, признание юрисдикции Суда лишь по спорам, возникшим после даты настоящего заявления. Австралия и Великобритания, скажем, согласно их заявлениям, не признают юрисдикцию Суда по спорам, в отношении которых другая сторона спора дала согласие на обязательную юрисдикцию Суда, депонированное менее чем за 12 месяцев до обращения в Суд. Данное условие,

очевидно, направлено на то, чтобы сразу после признания другим государством юрисдикции Суда Австралия и Великобритания могли убеждать от неожиданного его обращения в Суд.

Вторая категория условий – *ratione personae* – налагает на признание юрисдикции Суда определенные ограничения в отношении другой стороны спора. Например, государство заявляет, что соглашается на юрисдикцию Суда, за исключением споров с государствами А и Б. Примером использования данного условия могут служить заявления Канады и Великобритании, которые исключают из юрисдикции Суда споры с государствами, являющимися и бывшими членами Британского Содружества наций (*Commonwealth*). Вставал вопрос: являются ли такого рода условия дискриминационными, противоречащими принципу суверенного равенства государств? Так, Пакистан в деле, касающемся воздушного инцидента 1999 г., утверждал, что предусмотренное в заявлении Индии аналогичное условие в отношении Британского Содружества наций не имеет юридической силы ввиду его противоречия «принципу суверенного равенства», «универсальному характеру прав и обязательств членов ООН». Однако Суд не согласился с данным доводом, подчеркнув право государства посредством условия *ratione personae* выбирать себе «партнеров» по спорам, с которыми оно готово признать юрисдикцию Суда.

Третья категория условий признания юрисдикции Суда по заявлению – *ratione materiae* – связана с существом спора. Например, заявление Австралии от 22 марта 2002 г. предусматривает, что юрисдикция Суда не распространяется на споры относительно делимитации морских районов, а также на дела, связанные с делимитацией, в том числе территориального моря, исключительной экономической зоны и континентального шельфа, или вытекающие из споров, касающихся или относящихся к использованию любой оспариваемой части такого морского района до осуществления делимитации⁷⁵.

Германия в своем заявлении по ст. 36 Статута исключила из юрисдикции Суда споры, связанные «с развертыванием вооруженных сил за рубежом, участием в таком развертывании или принятием по нему решений», а также «с ис-

⁷³ См.: Resolution of the Assembly of the League of Nations regarding "the Optional Clause of Article 36 of the Statute of the Permanent Court of International Justice" dated September 26, 1928.

⁷⁴ Aerial Incident of 10 August 1999 (Pakistan v. India). Jurisdiction of the Court, Judgment. – *I.C.J. Reports*. 2000. P. 29.

⁷⁵ Declarations recognizing the jurisdiction of the Court as compulsory. Declaration of Australia dated March 22, 2002. URL: <https://www.icj-cij.org/en/declarations/au> (accessed date: 24.08.2018).

пользованием в военных целях территории ФРГ, включая ее воздушное пространство, а также морские районы, на которые распространяются суверенные права и юрисдикция Германии».

В эту категорию попадают условия, которые исключают из-под юрисдикции Суда споры, предмет которых относится к внутренней компетенции государства. Так, Канада отказалась передавать на рассмотрение Суда «споры по вопросам, которые в соответствии с международным правом относятся исключительно к компетенции Канады». Некоторые государства оставляют за собой право определять, какие вопросы относятся к их внутренней компетенции, не ссылаясь на нормы международного права. Это условие, названное «оговоркой Коннелли» (*Connally reservation*) в честь сформулировавшего его американского сенатора, будет детально рассмотрено далее.

Хотя некоторые из вышеперечисленных условий не предусмотрены *expressis verbis* в пар. 3 ст. 36 Статута, в ряде решений Суда (*дело Никарагуа*⁷⁶; *дело о юрисдикции над рыбными промыслами*⁷⁷; *дело, касавшееся воздушного инцидента 1999 г.*⁷⁸) была подтверждена их допустимость⁷⁹.

Рассмотрим проблемы, связанные с использованием на практике условий, сформулированных в заявлениях о признании юрисдикции Суда.

Активное включение государствами условий признания юрисдикции Суда в свои заявления, сделанные по ст. 36 Статута, привело к усложнению системы факультативной клаузулы. Она зиждется на принципе взаимности. Государство, не признавшее юрисдикцию Суда посредством заявления, согласно ст. 36 Статута не может опираться на то, что другое государство такое заявление сделала для разбирательства спора с ним в Суде. Данное правило применимо и в контексте условий, предусмотренных в таком заявлении. Суд в *деле по спору между Францией и Норвегией о некоторых норвежских займах*⁸⁰ подтвердил, что его юрисдикция будет ограничена лишь теми аспектами, в которых соответствующие односторонние заявления о юрисдикции Суда имеют «об-

щий знаменатель» [Thirlway 2016:50; The Statute... 2012:653]. Как отметил Суд в указанном деле, «общая воля сторон» (*common will of the parties*), которая является основанием его юрисдикции, состоит «в узких пределах, установленных в заявлении Франции»⁸¹. Суд постановил, что в соответствии с требованиями взаимности Норвегия имела право ссылаться на одностороннее заявление Франции, содержащее условие об исключении из обязательной юрисдикции Суда споров, которые, по мнению Франции, по существу относились к ее национальной юрисдикции.

Характеризуя систему факультативной клаузулы, правоведы правильно отмечают важнейшую роль объема согласия государств на юрисдикцию Суда⁸² [Thirlway 2016:35; Mackenzie et al. 2010:14; Higgins 1995:186]. В несовпадающих заявлениях государств такое согласие определяется в той части, в которой совпадают волеизъявления таких государств относительно признания юрисдикции Суда. Принцип взаимности здесь является способом реализации равноправия: государство, признавшее юрисдикцию Суда посредством одностороннего заявления, согласно ст. 36 Статута, защищено от использования такого заявления против его интересов теми государствами, которые согласились на юрисдикцию Суда в меньшем объеме.

Заявления государств о признании юрисдикции Суда, естественно, отличаются друг от друга, и перед ним в каждом случае возникает задача: определить юридические рамки согласия конкретного государства на юрисдикцию Суда в данном споре с учетом сопоставления заявлений участников этого разбирательства. Признание двумя государствами юрисдикции Суда посредством заявления не означает, что одно из них сможет передать на рассмотрение Суда любой спор между ними, если только речь не идет о безусловных заявлениях. В большинстве случаев перед Судом встает задача: а) поиска «наименьшего общего знаменателя» юрисдикции, т.е. тех составляющих, которые не исключены условиями, обозначенными в заявлениях спорящих госу-

⁷⁶ Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America). Jurisdiction and Admissibility, Judgment. – *I.C.J. Reports*. 1984. P. 418.

⁷⁷ Fisheries Jurisdiction (Spain v. Canada). Jurisdiction of the Court, Judgment. – *I.C.J. Reports*. 1998. P. 453.

⁷⁸ Aerial Incident of 10 August 1999 (Pakistan v. India). Jurisdiction of the Court, Judgment. – *I.C.J. Reports*. 2000. P. 12, 29.

⁷⁹ Fitzmaurice M. Op. cit.

⁸⁰ Case of Certain Norwegian Loans (France v. Norway). Judgment of 6 July 1957. – *I.C.J. Reports*. 1957. P. 18.

⁸¹ Ibidem.

⁸² Rosenne S. International Courts and Tribunals, Jurisdiction and Admissibility of Inter-State Applications. – *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*. Ed. by R. Wolfrum. 2006. Accessed from the Scientific Library of MGIMO-University on August 25, 2018.

дарств; б) выяснения того, попадает ли в данные рамки конкретный спор. Таким образом, вместо изначально предполагавшейся отцами-основателями Статута простой системы универсальной обязательной юрисдикции Суда в рамках ограниченной группы государств – участников Статута на деле реализация пар. 3 ст. 36 приняла форму сложной сети правоотношений.

Дополнительная трудность связана с той категорией условий, которые ограничивают юрисдикцию Суда определенным фактором времени. Проблемы начинаются из-за неясности формулировок подобных условий. Согласно преобладающему подходу заявления, сделанные государствами в соответствии с пар. 2 ст. 36 Статута, имеют ретроактивное действие: в деле *Мавроматиса* Суд указал, что «при наличии сомнений юрисдикция, основанная на международном соглашении, охватывает все споры, переданные Суду после заключения такого соглашения»⁸³. То есть юрисдикция Суда по умолчанию распространяется на споры, переданные ему на рассмотрение после депонирования одностороннего заявления государства о признании юрисдикции Суда. Если же государства желают исключить из юрисдикции Суда споры, возникшие до принятия юрисдикции, то такое намерение должно быть прямо выражено в заявлении.

Государствами была выработана формулировка, позволяющая обойти общее правило ретроспективного действия. Она была впервые применена Бельгией в своем заявлении 1925 г. [Alexandrov 1995:40]. В соответствии с так называемой Бельгийской формулой из юрисдикции Суда исключаются споры, возникшие до определенной даты, а также ситуации, создающие основания для спора и имевшие место до этой «даты исключения» (exclusion date).

Сложности вызывает и толкование тех «темпоральных условий» в заявлениях, которые не содержат достаточной конкретики относитель-

но «даты исключения». Например, в заявлении Мексики юрисдикция Суда ограничивается «спорами, которые могут возникнуть»⁸⁴. Однако не вполне понятно, после какой даты возникшие споры могут считаться подпадающими под юрисдикцию Суда: даты подписания заявления, даты его передачи депозитарию или даты начала его действия.

В некоторых заявлениях, содержащих условие *ratione temporis*, ограничивающее действие признания юрисдикции Суда определенным сроком, предусматривается, что согласие на юрисдикцию Суда может быть отозвано по истечении определенного срока после соответствующего уведомления, а в других – что сразу же [Crawford 2012:729]. Хотя право отзыва согласия на юрисдикцию Суда немедленно после уведомления об этом и ослабляет систему обязательной юрисдикции, оно не является несовместимым со Статутом Суда⁸⁵. При отсутствии, однако, прямого указания о немедленном прекращении действия заявления государство должно уведомить о таком прекращении в разумный срок⁸⁶. Если срок действия заявления истекает уже после возбуждения дела в Суде, то это не влияет на юрисдикцию Суда по данному делу⁸⁷.

Еще одна проблема факультативных клаузул, связанная с условиями в заявлениях государств о признании юрисдикции Суда, касается так называемого «автоматического» или «самосудного» (automatic, self-judging) условия⁸⁸. Оно исключает из юрисдикции Суда споры, входящие во внутреннюю компетенцию государства (within the domestic jurisdiction), причем отнесение к таковой остается на усмотрение самого государства⁸⁹. Правомочность такого условия, использованного изначально США, в международно-правовой литературе названа «спорной», противоречащей принципу «компетенции определять компетенцию» (the principle of the *la compétence de la compétence*), в соответствии с которым имен-

⁸³ *Mavrommatis Palestine Concessions*. Judgment No. 2, 1924. – *P.C.I.J. Series A*. 1924. No. 2. P. 35.

⁸⁴ *Declarations recognizing the jurisdiction of the Court as compulsory*. Declaration of Mexico dated October 28, 1947. URL: <https://www.icj-cij.org/en/declarations/mx> (accessed date: 18.08.2018).

⁸⁵ *Case concerning right of passage over Indian territory*. Preliminary Objections, Judgment of 26 November 1957. – *I.C.J. Reports*. 1957. P. 143–144.

⁸⁶ *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua* (*Nicaragua v. United States of America*). Jurisdiction and Admissibility, Judgment. – *I.C.J. Reports*. 1984. P. 418–420, 466–467 (Judge Mosler), 550 (Judge Jennings), 620–628 (Judge Schwebel, dissenting opinion).

⁸⁷ *Nottebohm case*. Preliminary Objection, Judgment of 18 November 1953. – *I.C.J. Reports*. 1953. P. 122–123.

⁸⁸ Fitzmaurice M. Op. cit.

⁸⁹ “This declaration does not apply to differences relating to matters which are essentially within the national jurisdiction as understood by the Government of the French Republic” (*Case of Certain Norwegian Loans* (*France v. Norway*). Judgment of 6 July 1957. – *I.C.J. Reports*. 1957. P. 9, 21).

но Суд правомочен самостоятельно определять юрисдикцию по конкретному спору⁹⁰ [Higgins 1995:194; Thirlway 2016:50], исходя из того, как применимое к спору право определяет компетенцию Суда.

К западным правоведам, категорично критикующим такие условия как «неправомерные», мы не готовы присоединиться. Критиками замалчивается тот факт, что запрет «на вмешательство в дела, по существу входящие во внутреннюю компетенцию любого государства», предусмотрен Уставом ООН (п. 7 ст. 2). С учетом этого бывшим членом Международного суда ООН, проф. Ф.И. Кожевниковым справедливо отмечено, что «не всегда можно точно определить, что именно понимается под понятием исключительной национальной юрисдикции, согласно международному праву. Вопрос может быть спорным... Могут возникнуть трудности и с отнесением спора к категории споров, по существу входящих в национальную компетенцию» [Кожевников, Шармазанавили 1971:40]. Соответственно, авторами сделаны корректные выводы: а) в этом случае «приоритет принадлежит государству», сформулировавшему условие о внутренней компетенции; б) спорные вопросы такого рода разрешаются определением Суда (как это и предусмотрено пар. 6 ст. 36) [Кожевников, Шармазанавили 1971:40].

Еще одним недостатком заявлений, сделанных на условиях, является то, что принятые государством условия зачастую могут «обнулить» значение соответствующего заявления. Более того, данная тактика «всеобъемлющих» условий может играть и против государства-автора этих условий: чрезмерно страхуя себя от возможного возбуждения против него дел в Суде, такое госу-

дарство ограничивает и себя в праве обращаться в Суд против других государств, признавших юрисдикцию Суда в соответствии с пар. 2 ст. 36 Статута [Alexandrov 2001:90]. По мнению проф. К.Томушата [The Statute... 2012:676], наиболее «одиозный» пример тому – формулировка Индией⁹¹ таких условий, которые превратили ее заявление о признании юрисдикции Суда в «замаскированный документ о непризнании».

Нестабильность заявлений, сделанных в соответствии со ст. 36 Статута, обусловлена и тем, что они составляются каждым государством самостоятельно, будучи односторонними актами⁹² и не подпадая под принцип *pacta sunt servanda*. Процедура изменения таких заявлений легкая: государству необходимо лишь передать новый текст заявления Генеральному секретарю ООН. Например, 22 февраля 2017 г. Великобритания приняла измененный текст заявления о признании юрисдикции Суда⁹³. Изменения были вызваны, прежде всего, возбуждением против Великобритании дела в Суде Республикой Маршалловы Острова об обязательствах Великобритании по ядерному разоружению. Хотя Суд в своем Решении от 5 октября 2016 г. в конечном итоге не нашел оснований для установления своей юрисдикции⁹⁴, для Великобритании этот спор не был простым. Суд не воспринял ее доводы как государства-ответчика о том, что заявитель был обязан ее уведомить о планируемом обращении в Суд. Напротив, Суд указал, что предшествующие переговоры (или уведомление о намерении возбудить дело в Суде) не требуются, коль скоро отсутствуют такие условия в заявлениях спорящих государств, сделанных в соответствии со ст. 36 Статута⁹⁵. Суд отказался признавать свою юрисдикцию лишь на том основании, что из раз-

⁹⁰ "The legal obligation of a Government to avail itself of its freedom of action in a manner consistent with good faith has a meaning, in terms of legal obligation, only when room is left for an impartial finding whether the duty to act in accordance with good faith has been complied with. But in the case now before the Court any such possibility has been expressly excluded. The Court has no power to give a decision on the question whether a State has acted in good faith in claiming that a dispute covers a matter which is essentially within its domestic jurisdiction" (Case of Certain Norwegian Loans (France v. Norway). Judgment of 6 July 1957. – *I.C.J. Reports*. 1957. P. 53, 55 (Separate Opinion of Sir H. Lauterpacht)).

⁹¹ Declarations recognizing the jurisdiction of the Court as compulsory. Declaration of India dated September 18, 1974. URL: <https://www.icj-cij.org/en/declarations/in> (accessed date: 19.08.2018).

⁹² Phosphates in Morocco (Italy v. France). Preliminary Objections, Judgment. – *P.C.I.J.* 1938. Series A/B. General List No. 74. P. 23.

⁹³ Multilateral Treaties Deposited with the Secretary-General, Chapter I, Charter of the United Nations and Statute of the International Court of Justice, 4. Declarations recognizing as compulsory the jurisdiction of the International Court of Justice under Article 36, paragraph 2, of the Statute of the International Court of Justice. URL: https://treaties.un.org/pages/ViewDetails.aspx?src=IND&mtdsg_no=I4&chapter=1&clang=_en#1 (accessed date: 18.08.2018).

⁹⁴ Obligations concerning Negotiations relating to Cessation of the Nuclear Arms Race and to Nuclear Disarmament (Marshall Islands v. United Kingdom). Preliminary Objections, Judgment. – *I.C.J. Reports*. 2016. P. 833.

⁹⁵ "Prior negotiations are not required where the Court has been seised on the basis of declarations made pursuant to Article 36, paragraph 2, of its Statute, unless one of the relevant declarations so provides [...]. Moreover, 'although a formal diplomatic protest may be an important step to bring a claim of one party to the attention of the other, such a formal

ных выступлений должностных лиц Республики Маршалловы Острова, носивших характер «поучения», нельзя было сделать вывод об обвинении Великобритании (или любой другой ядерной державы) в нарушении своих международно-правовых обязательств⁹⁶.

Во избежание вовлечения в будущем в подобные обременительные процессы Великобритания внесла изменения в свое заявление о признании юрисдикции Суда. Так, было дополнено указание на то, что государства, планирующие возбудить в Суде дело против Великобритании, должны ее уведомить о сути дела за шесть месяцев до такого обращения с целью возможного разрешения спора⁹⁷. Более того, Великобритания исключила из категории споров, в отношении которых ею признается юрисдикция Суда, те дела, которые касаются ядерного оружия и (или) ядерного разоружения; это исключение не будет применимо, если остальные четыре ядерные державы признают юрисдикцию Суда.

Простота процедуры характерна и для отзыва заявления о признании юрисдикции Суда. Например, Словакия и ФРГ в своих заявлениях о таком признании указали в качестве условий, что могут в любое время его отозвать, а право такого отзыва имеет силу с даты уведомления об этом. Такие условия не ведут к правовой стабильности.

Возможность немедленного отзыва заявления или внесения в него изменений имеется лишь тогда, когда на это прямо указано в тексте заявления. В противном случае при отзыве на основании принципа добросовестности должен быть соблюден разумный срок. Подразумевается ли, что согласие государства на юрисдикцию Суда является безотзывным до истечения установленного срока? Или до тех пор, пока государство не уведомит о прекращении действия заявления о признании юрисдикции Суда? Эти вопросы поставлены в науке [Thirlway 2016:48] и были рас-

смотрены Судом в деле *Никарагуа против США (юрисдикция и подсудность)*⁹⁸.

В заявлении США 1946 г. о признании юрисдикции Суда (на которое Никарагуа ссылалось в обоснование юрисдикции Суда по данному спору) содержалось, в частности, следующее условие: «Данное заявление будет оставаться в силе в течение пяти лет и далее, до истечения шести месяцев после возможного объявления о прекращении действия данного заявления»⁹⁹. За три дня до обращения Никарагуа в Суд, 6 апреля 1984 г., США предприняли попытку «освободить» себя от юрисдикции Суда. Генеральный секретарь ООН был уведомлен о том, что заявление США 1946 г. «не будет применяться в отношении споров с каким-либо государством Центральной Америки или споров, возникающих в результате событий в Центральной Америке или имеющих отношение к этим событиям, любые такие спорные вопросы будут решаться в порядке, согласованном сторонами, участвующими в споре»¹⁰⁰. В уведомлении указывалось, что «несмотря на условия вышеупомянутого заявления, данное уведомление вступает в силу немедленно».

Суду предстояло определить последствия игнорирования США условия об уведомлении за шесть месяцев, предусмотренного в заявлении США 1946 г., поскольку это условие США «свободно и по собственному выбору включили в вышеупомянутое заявление». Суд отметил, что заявления о признании его обязательной юрисдикции имеют «факультативный» характер, т.е. государства вправе принимать или не принимать на себя такие обязательства. Однако, как подчеркнул Суд, такой характер заявлений «не означает, что государство, делающее заявление, свободно изменяет объем и содержание своих официальных обязательств по своему усмотрению»¹⁰¹. Государство, сделавшее заявление о признании юрисдикции Суда, сохраняет за собой право отозвать его или изменить его со-

protest is not a necessary condition' for the existence of a dispute [...]. Similarly, notice of an intention to file a case is not required as a condition for the seisin of the Court [...] (Ibidem. P. 849).

⁹⁶ "The Marshall Islands relies on the statement made at the High-Level Meeting of the General Assembly on Nuclear Disarmament, on 26 September 2013 by its Minister for Foreign Affairs, 'urg[ing] all nuclear weapons states to intensify efforts to address their responsibilities in moving towards an effective and secure disarmament'. However, this statement is formulated in hortatory terms and cannot be understood as an allegation that the United Kingdom (or any other nuclear power) was in breach of any of its legal obligations" (Ibid. P. 853–854).

⁹⁷ Amendments to the UK's Optional Clause Declaration to the International Court of Justice: Written statement dated February 23, 2017. – UK Parliament official website. URL: <https://www.parliament.uk/business/publications/written-questions-answers-statements/written-statement/Commons/2017-02-23/HCWS489/> (accessed date: 18.08.2018).

⁹⁸ Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America). Jurisdiction and Admissibility, Judgment. – *I.C.J. Reports*. 1984. P. 392.

⁹⁹ Ibid. P. 398.

¹⁰⁰ Ibidem.

¹⁰¹ Ibid. P. 418.

держание в силу его характера «одностороннего акта» (unilateral act)¹⁰². Однако США приняли на себя «неотвратимое» (inescapable) обязательство перед другими государствами, принявшими факультативную клаузулу, путем «заявления 1946 г. о том, что любое изменение вступит в силу только по истечении шести месяцев с момента уведомления»¹⁰³. Суд не стал в данном контексте проводить различие между отзывом заявления и внесением в него изменений, не восприняв соответствующие аргументы США. По этим причинам Суд пришел к выводу, что вышеупомянутое уведомление США, сделанное в 1984 г., «не могло лишить юридического действия обязательства США подчиниться юрисдикции Суда в рассматриваемом деле». То есть согласно подходу Суда государство не обязано признавать юрисдикцию Суда; не обязано признавать его юрисдикцию в большем объеме, нежели оно намерено; оно по своему усмотрению устанавливает условия такого признания согласно Статуту; однако после того, как государство приняло обязательство – признать юрисдикцию Суда на определенный срок или с условием, оно далее не свободно изменить взятое по Статуту обязательство¹⁰⁴.

В цитируемом деле Суд также подчеркнул значение принципа добросовестности, отметив, что для отзыва имеющего бессрочный характер заявления согласно принципу *bona fide* должен быть соблюден «разумный срок»¹⁰⁵. В то же время государство в своем заявлении о признании юрисдикции Суда может предусмотреть условие о праве прекратить такое признание немедленно. Таким было условие Португалии, рассмотренное в деле *о праве прохода через территорию Индии*¹⁰⁶; оно оставляло за Португалией право отозвать свое заявление немедленно после соответствующего

уведомления [Higgins 1995:194]. Однако в заявлении США по ст. 36 Статута такого условия предусмотрено не было.

Отсутствие в заявлении государства, признающем юрисдикцию Суда, требования об истечении определенного срока с даты заявления делает возможным незамедлительное возбуждение дела против этого государства.

В деле, касающемся сухопутной и морской границы между Камеруном и Нигерией¹⁰⁷, одним из доводов Нигерии об отсутствии у Суда юрисдикции по спору было то, что на дату возбуждения Камеруном дела в Суде (29 марта 1994 г.) Нигерия не была уведомлена о том, что Камерун признал юрисдикцию Суда согласно заявлению, сданному на хранение Генеральному секретарю ООН 3 марта 1994 г.: последний направил копии данного заявления Камеруна участникам Статута почти год спустя. С учетом этого Нигерия настаивала на том, что Камерун «действовал преждевременно», нарушив «обязательство действовать добросовестно», «злоупотребив системой, установленной в соответствии с пар. 2 ст. 36 Статута».

Впрочем, Суд подтвердил свою позицию, изложенную в деле *о праве прохода через индийскую территорию*: «Статут не устанавливает никакого интервала между сдачей государством на хранение своего заявления о признании юрисдикции Суда и подачей этим государством обращения в Суд»¹⁰⁸; «путем сдачи на хранение Генеральному секретарю своего заявления о признании признающее государство становится стороной в системе факультативной клаузулы по отношению к другому заявившему государству... Договорное отношение между сторонами и обязательная юрисдикция Суда, вытекающие из этого, устанавливаются *ipso facto* и без специального соглаше-

¹⁰² Stahn C. Connally Reservation. – *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*. Ed. by R. Wolfrum. 2006. Accessed from the Scientific Library of MGIMO-University on August 25, 2018.

¹⁰³ Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America). Jurisdiction and Admissibility, Judgment. – *I.C.J. Reports*. 1984. P. 419.

¹⁰⁴ Ibid. P. 418.

¹⁰⁵ "60. In fact, the declarations, even though they are unilateral acts, establish a series of bilateral engagements with other States accepting the same obligation of compulsory jurisdiction, in which the conditions, reservations and time-limit clauses are taken into consideration. In the establishment of this network of engagements, which constitutes the Optional Clause system, the principle of good faith plays an important role [...]. 63. [...] [T]he right of immediate termination of declarations with indefinite duration is far from established. It appears from the requirements of good faith that they should be treated, by analogy, according to the law of treaties, which requires a reasonable time for withdrawal from or termination of treaties that contain no provision regarding the duration of their validity. [...]" (Ibid. P. 418–420).

¹⁰⁶ Case concerning right of passage over Indian territory (Preliminary Objections). Judgment of 26 November 1957. – *I.C.J. Reports*. 1957. P. 141–142.

¹⁰⁷ Land and Maritime Boundary between Cameroon and Nigeria (Preliminary Objections). Judgment. – *I.C.J. Reports*. 1998. P. 297.

¹⁰⁸ Case concerning right of passage over Indian territory. Preliminary Objections, Judgment of 26 November 1957. – *I.C.J. Reports*. 1957. P. 147.

ния в силу того, что заявление было сделано... В этот же самый день консенсуальное обязательство (consensual bond), являющееся основой факультативной клаузулы, вступает в действие между заинтересованными государствами»¹⁰⁹.

То есть при признании государством юрисдикции Суда в соответствии с пар. 2 ст. 36 Статута, согласие с такой юрисдикцией распространяется на отношения с государствами, ранее присоединившимися к этой же клаузуле; одновременно такое признание становится, образно выражаясь, постоянно действующей «офертой» другим государствам, которые еще не признали юрисдикцию по пар. 2 ст. 36 Статута. Когда еще одно из них «акцептует» такую «оферту» посредством заявления согласно пар. 2 ст. 36 Статута, выполнения иных условий, в том числе истечения разумного периода, по мнению правоведов, не требуется¹¹⁰. При этом порядок, предусмотренный в пар. 4 ст. 36 Статута (о сдаче заявления о признании юрисдикции на хранение Генеральному секретарю ООН), не тождественен правовому режиму уведомлений и сообщений, установленному п. (с) ст. 78 Венской конвенции о праве международных договоров (в последнем случае предусмотрено подтверждение депозитарием получения уведомления или сообщения). Этот подход Суд последовательно подтверждал, в том числе в деле о проходе через территорию Индии¹¹¹, в деле о храме Прэахвихеа¹¹² и в деле о военной и военизированной деятельности в Никарагуа и против Никарагуа¹¹³.

7. Вопрос о толковании заявлений, сделанных по ст. 36 Статута

В практике Суда не раз поднимался вопрос о том, как толковать сделанные государством заяв-

ления о признании юрисдикции Суда. Высказано мнение, что для такого толкования необязательно следовать принципам толкования международных договоров [Alexandrov 1995:13]. Иллюстрацией этого являются несколько решений Суда. В деле об Англо-Иранской нефтяной компании речь шла о проведенной в 1951 г. в Иране национализации нефтяной промышленности, затронувшей в том числе Англо-Иранскую нефтяную компанию, с которой в апреле 1933 г. правительство Ирана заключило соглашение¹¹⁴. Великобритания в порядке дипломатической защиты возбудила в Суде дело против Ирана, опираясь в качестве юрисдикционного основания на заявление Ирана 1932 г., подпадающее под действие п. 5 ст. 36 Статута Суда. В нем содержалась следующая формулировка: «Имперское правительство Персии признает обязательной... юрисдикцию Постоянной палаты международного правосудия... по всем спорам, возникшим после ратификации настоящего заявления, в связи с ситуациями или фактами, прямо или косвенно связанными с договорами или конвенциями, принятыми Персией, последовавшими за ратификацией настоящего заявления» (“with regard to situations or facts relating directly or indirectly to the application of treaties or conventions accepted by Persia and subsequent to the ratification of this declaration”)¹¹⁵.

Стороны спора предложили два варианта понимания текста указанного заявления. Иран полагал, что юрисдикция распространяется лишь на договоры, заключенные после вышеупомянутого заявления. Напротив, Великобритания настаивала на необходимости учета Судом и более ранних договоров. По ее мнению, ограничение во времени относилось к словам «ситуациями или

¹⁰⁹ “[B]y the deposit of its Declaration of Acceptance with the Secretary-General, the accepting State becomes a Party to the system of the Optional Clause in relation to the other declarant States, with all the rights and obligations deriving from Article 36. The contractual relation between the Parties and the compulsory jurisdiction of the Court resulting therefrom are established, ‘ipso facto and without special agreement’ by the fact of the making of the Declaration. [...] For it is on that very day that the consensual bond, which is the basis of the Optional Clause, comes into being between the States concerned” (Case concerning right of passage over Indian territory. Preliminary Objections, Judgment of 26 November 1957. – *I.C.J. Reports*. 1957. P. 146).

¹¹⁰ Khan D. Land and Maritime Boundary between Cameroon and Nigeria Case (Cameroon v Nigeria). – *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*. Ed. by R. Wolfrum. 2007. Accessed from the Scientific Library of MGIMO-University on August 25, 2018.

¹¹¹ Case concerning right of passage over Indian territory. Preliminary Objections, Judgment of 26 November, 1957. – *I.C.J. Reports*. 1957. P. 146–147.

¹¹² Case concerning the Temple of Preah Vihear (Cambodia v. Thailand). Preliminary Objections, Judgment of 26 May 1961. – *I.C.J. Reports*. 1961. P. 31.

¹¹³ Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America). Jurisdiction and Admissibility, Judgment. – *I.C.J. Reports*. 1984. P. 412.

¹¹⁴ Anglo-Iranian Oil Co. case (UK v. Iran). Jurisdiction, Judgment of 22 July 1952. – *I.C.J. Reports*. 1952. P. 93.

¹¹⁵ Ibid. P. 103.

фактами», а не к словам «договорами или конвенциями». Иными словами, Великобритания считала, что споры «в связи с ситуациями и фактами» должны удовлетворять двум критериям: 1) быть связанными с принятыми Персией международными договорами, в том числе более ранними, и 2) возникнуть после ратификации Персией своего одностороннего заявления.

Ключевым для Суда стал вопрос: распространяется ли его юрисдикция на споры, вытекающие из ранних договоров, т.е. из тех, которые были заключены до того, как Иран заявил об обязательной юрисдикции Суда в соответствии со ст. 36 Статута? Суд отметил, что и положительный, и отрицательный ответ на поставленный вопрос не противоречит тексту иранского заявления, и согласился с тем, что оба варианта толкования в равной степени имеют право на существование согласно грамматическому толкованию его положений¹¹⁶. Но Суд подчеркнул, что, хотя «заявление должно толковаться в текущей формулировке с учетом фактически использованных слов»¹¹⁷, его только лишь грамматическое толкование недопустимо; Суд должен стремиться найти такое толкование, которое находится в гармонии с естественным, обоснованным прочтением документа, при должном учете намерения Ирана в тот момент, когда он формулировал это заявление¹¹⁸. Данный подход объяснен тем, что заявление является составленным «в одностороннем порядке» документом, в связи с чем намерениям составившего его государства должно придаваться «особое значение»¹¹⁹.

Суд отказался прибегать к иному толкованию, для которого, по его мнению, Великобритания не смогла представить обоснования, ориентируясь на выявление намерения Ирана в момент составления заявления. Суд сделал вывод о том, что маловероятно, чтобы правительство Ирана «имело намерение по собственной инициативе соглашаться» на передачу споров, связанных с более ранними договорами Ирана, на рассмотрение Суда посредством одностороннего заявления. Для подтверждения данной правовой позиции

Суд обратился к иранскому Закону от 14 июля 1931 г., в котором указывалось, что Меджлис одобрил заявление о признании юрисдикции Суда рядом условий, одно из которых было изложено следующим образом: «в отношении всех споров, возникающих из ситуаций или фактов, прямо или косвенно связанных с осуществлением договоров и конвенций, которые правительство примет после ратификации заявления»¹²⁰.

В данном решении Суд напрямую рассмотрел *in concreto* вопрос о применимости правил толкования международных договоров к односторонним заявлениям государств. Правительство Великобритании утверждало, что если бы заявление действительно имело смысл, придаваемый ему Ираном, то некоторые слова в заявлении были бы излишними. Согласно позиции Великобритании, юридический текст следует толковать таким образом, чтобы придать каждому слову причину и смысл. Суд подтвердил, что данный принцип, действительно, применим при толковании текста договора. Однако, как отметил Суд, «текст иранского заявления не является договорным текстом, вытекающим из переговоров между двумя или более государствами. Он является результатом односторонней деятельности правительства Ирана, которое, как представляется, проявило особую осторожность при подготовке текста заявления». Суд признал, что Иран, «возможно, включил *ex abundanti cautela*¹²¹ слова, которые, строго говоря, могут казаться излишними». Но данная осторожность, по мнению Суда, объясняется особыми причинами, побудившими правительство Ирана разработать заявление в ограничительном смысле. Таким образом, в отличие от правил толкования международных договоров в рассматриваемом случае придания значения каждому слову текста не требуется¹²². В итоге Суд признал отсутствие юрисдикции рассматривать спор, согласившись с доводами Ирана.

Данный подход получает подтверждение в дальнейшей практике Суда. Основное внимание Суд уделяет индивидуальным намерениям конкретного государства, сделавшего заявление о

¹¹⁶ "If the Declaration is considered from a purely grammatical point of view, both contentions might be regarded as compatible with the text" (Anglo-Iranian Oil Co. case (UK v. Iran). Jurisdiction, Judgment of 22 July 1952. – *I.C.J. Reports*. 1952. P. 104).

¹¹⁷ "This Declaration must be interpreted as it stands, having regard to the words actually used" (Ibid. P. 105).

¹¹⁸ Ibid. P. 104.

¹¹⁹ Fitzmaurice M. Op. cit.

¹²⁰ Anglo-Iranian Oil Co. case (UK v. Iran). Jurisdiction, Judgment of 22 July 1952. – *I.C.J. Reports*. 1952. P. 106.

¹²¹ Перевод с лат. – «из чрезмерной осторожности».

¹²² "[The Government of Iran] appears to have inserted, *ex abundanti cautela*, words which, strictly speaking, may seem to have been superfluous. This caution is explained by the special reasons which led the Government of Iran to draft the

признании юрисдикции Суда¹²³. О содержании таких намерений свидетельствует не только сформулированный в заявлении текст, но и его целостный контекст, а также обстоятельства составления заявления и его обозначенные цели. Налицо, таким образом, отличие правил толкования заявлений, сделанных государствами по ст. 36 Статута, от правил толкования международных договоров, где требуется прежде всего установление взаимных намерений сторон договора¹²⁴. Суд специально констатировал, что «положения Венской конвенции о праве международных договоров могут применяться по аналогии только в той мере, в какой они совместимы с характером *sui generis* одностороннего признания юрисдикции Суда»¹²⁵.

В деле о юрисдикции в отношении рыбных ресурсов (Испания против Канады) Суд начал свой анализ с описания обстоятельств, сопутствовавших принятию применимого национального законодательства и соответствующего одностороннего заявления государства – участника спора. Суд при этом детально исследовал сами формулировки заявления, выражающие намерения государства. Этот же подход стал еще более юридически четким в контексте анализа Судом условия о Британском Содружестве наций, предусмотренного в заявлении о признании юрисдикции Суда, сформулированном Индией¹²⁶. В то же время, хотя к заявлениям и не применяются правила толкования международных договоров, принцип добросовестности применим к толкованию таких заявлений. Кроме того, какими бы ни были доводы спорящих сторон по этому вопросу, действует общий принцип права *jura novit curia*¹²⁷. То есть в данном случае, какие бы доводы стороны не выдвигали, окончательно вопрос о толковании конкретного заявления о признании юрисдикции Суда решается им самим.

8. Заключение

Наличие споров государств о признании юрисдикции Международного суда ООН свиде-

тельствует о важности глубокой теоретической проработки связанных с этим вопросов, начиная с уточнения применимого понятийно-терминологического аппарата в контексте аутентичных текстов Устава ООН. В настоящем исследовании поставлены некоторые из таких теоретических вопросов. В связи с ними рассмотрены позиции спорящих государств и Суда, а также ответы, предложенные в международно-правовой науке. Не со всеми такими ответами авторы настоящей статьи сочли возможным согласиться. При формулировании выводов по этой тематике было показано, в частности, что основания для юрисдикции Суда, в общем плане изложенные в ст. 36 Статута, на практике имеют множество форм. Для каждой из них характерны свои особенности, преимущества и недостатки.

Проведенный анализ практики использования государствами специальных соглашений для передачи конкретных споров на рассмотрение Суда позволил констатировать юридико-технические преимущества этой формы выражения согласия с его юрисдикцией, такие как изначальное отсутствие существенных разногласий по вопросам юрисдикции, нацеленность сторон на исполнение решения Суда и т.д. Тем не менее обозначены и недостатки такого способа признания юрисдикции Суда. Во-первых, на практике специальные соглашения применялись прежде всего для разрешения территориальных споров при наличии на то воли обеих сторон спора. Во-вторых, при реализации такого способа обозначена некоторая неопределенность для спорящих государств. Она возникает в связи с тем, что при толковании специальных соглашений Суд может прийти к выводу о том, что согласованный спорящими сторонами документ, *prima facie* не тождественный компромиссу, на самом деле таковым является. В-третьих, при использовании механизма специальных соглашений не исключены разногласия между сторонами относительно того, какие именно вопросы были переданы ими на рассмотрение Суда.

Declaration in a very restrictive manner. [...] It is reasonable to assume, therefore, that when the Government of Iran was about to accept the compulsory jurisdiction of the Court, it desired to exclude from that jurisdiction all disputes which might relate to the application of the capitulatory treaties, and the Declaration was drafted on the basis of this desire. In the light of these considerations it does not seem possible to hold that the term '*traités ou conventions*', used in the Declaration, could mean treaties or conventions concluded at any time, as contended by the Government of the United Kingdom" (Anglo-Iranian Oil Co. case (UK v. Iran). Jurisdiction, Judgment of 22 July 1952. – *I.C.J. Reports*. 1952. P. 105).

¹²³ Fitzmaurice M. Op. cit.

¹²⁴ Ibidem.

¹²⁵ Fisheries Jurisdiction (Spain v. Canada). Jurisdiction of the Court, Judgment. – *I.C.J. Reports*. 1998. P. 453.

¹²⁶ Aerial Incident of 10 August 1999 (Pakistan v. India). Jurisdiction of the Court, Judgment. – *I.C.J. Reports*. 2000. P. 29.

¹²⁷ Перевод с лат. – «право знает Суд».

Научные дискуссии вызывает и анализ пар. 1 ст. 36 Статута Суда, который предусматривает юрисдикцию Суда по спорам, ему переданным согласно Уставу ООН и другим международным договорам (как общего, так и специального характера), содержащим соответствующие клаузулы. С одной стороны, данный механизм дает государству, права которого, по его мнению, нарушены вторым государством, большую возможность для судебной защиты, так как действия первого государства по возбуждению международного процесса не зависят при каждом возникшем споре от согласия второго государства – ответчика на передачу конкретного спора Суду. С другой стороны, имеются некоторые сложности в реализации таких договорных юрисдикционных клаузул (включение в них условий, ограниченный «пул» международных договоров с эффективными клаузулами), а их использование для государства-ответчика может быть непредвиденным. Далее, ввиду возможности денонсации государствами соответствующих международных договоров, предусматривающих юрисдикцию Суда, система юрисдикционных клаузул не характеризуется безупречной стабильностью. Более того, многие из использовавшихся в последнее время для обоснования юрисдикции Суда международных договоров относятся к сфере защиты прав человека, в то время как Международный суд ООН не располагает достаточной инфраструктурой, необходимой для установления соответствующих фактов.

Еще больше теоретических споров вызывают доктринальные толкования пар. 2 ст. 36 Статута Суда, в котором предусмотрено, что государство по своей инициативе (не в силу обязательства по договору) дает согласие на юрисдикцию Суда посредством одностороннего заявления. В контексте особенностей системы факультативной клаузулы в настоящей статье рассмотрены некоторые препятствия к ее эффективному использованию. Как наиболее существенное из них выявлено наличие разных условий, содержащихся в заявлениях государств согласно пар. 2 ст. 36 Статута. Несмотря на то что действующими к настоящему времени являются более 70 таких односторонних заявлений государств о признании юрисдикции Суда, многие из них являются ограниченными

ввиду условий, в них предусмотренных, порой не позволяя привлечь другую сторону спора к международному судебному разбирательству. Более того, практика принятия заявлений с весьма разными, даже изощренными условиями привела к усложнению системы факультативной клаузулы. В настоящее время она характеризуется высоким уровнем нестабильности: государства свободно отзывают свои заявления и изменяют их содержание. Далее, хотя в век современных технологий скорость распространения информации высокая и проблема оповещения государств о новых участниках системы факультативной клаузулы не так остро стоит, в практике Суда имелись случаи, когда ответчики были застигнуты врасплох возбуждением против них дел в Суде. Наконец, из-за особого характера односторонних заявлений о признании юрисдикции Суда как правовых действий особого рода (*sui generis*) в практике Суда не раз ставился вопрос о том, каким образом должны толковаться их положения, учитывая разнообразные смыслы, которые государства вкладывают в формулировки таких заявлений.

В качестве итога в рассмотренном контексте темы статьи можно констатировать следующее. Каждому из механизмов юрисдикции Международного суда ООН, предусмотренному в Статуте Суда, присущи свои особенности, преимущества и недостатки. Практика реализации созданной Уставом ООН системы юрисдикции Суда показывает большую эффективность лишь при интегрированном учете всех юридических оснований, предусмотренных в ст. 36 Статута Суда, при неукоснительном соблюдении иных международно-правовых норм, закрепленных в Статуте Суда в частности и в Уставе ООН в целом и – особенно – при уважении основных принципов международного права, предусмотренных в Уставе. Недопустимо избирательное, фрагментарное толкование правовых норм, применимых к установлению юрисдикции Суда. Каждый из способов признания такой юрисдикции выполняет свою полезную функцию в целостном контексте прав и обязательств государств по Уставу ООН, является эффективным в конкретных обстоятельствах и приемлемым для спорящих государств соответственно согласованию их суверенных волей.

Список литературы

1. Вылегжанин А.Н. 2004. *Решения Международного Суда ООН по спорам о разграничении морских*

пространств. М.: Юридическая литература. 222 с.

2. Вылегжанин А.Н., Алферьева К.Е. 2016. Вклад Международного Суда ООН в развитие между-

- народного экономического права. – *Московский журнал международного права*. № 3 (103). С. 31–48.
3. Выегжанин А.Н., Чурилина Н.А. 2015. Международно-правовые основания юрисдикционного иммунитета государств. – *Московский журнал международного права*. № 2 (98). С. 35–51.
 4. Кожевников Ф.И., Шарманазашвили Г.В. 1971. *Международный Суд ООН: организация, цели, практика*. М.: Международные отношения. 160 с.
 5. Крылов С.Б. 1958. *Международный Суд Организации Объединенных Наций*. М.: Госюриздат. 167 с.
 6. Морган-Фостер Д. 2015. В поисках выхода из лабиринта: сложный путь к юрисдикции в деле «Хорватия против Сербии». Решение Международного суда ООН от 3 февраля 2015 года. – *Международное правосудие*. №3 (15). С. 3–18.
 7. Полянский Н.Н. 1951. *Международный Суд*. М.: Изд-во Академии Наук СССР. 235 с.
 8. Тимохин К.В. 2007. Рассмотрение споров относительно островных территорий Международным Судом ООН. – *Московский журнал международного права*. 2007. № 2 (66). С. 199–215.
 9. Akande D. 2016. Selection of the International Court of Justice as a Forum for Contentious and Advisory Proceedings (Including Jurisdiction). – *Journal of International Dispute Settlement*. Vol. 7. Issue 2. P. 320–344. DOI: 10.1093/jnlids/idw011
 10. Alexandrov S. 1995. *Reservations in Unilateral Declarations Accepting the Compulsory Jurisdiction of the International Court of Justice*. Dordrecht: Martinus Nijhoff. 164 p.
 11. Alexandrov S. 2001. Accepting the Compulsory Jurisdiction of the International Court of Justice with Reservations: An Overview of Practice with a Focus on Recent Trends and Cases. – *Leiden Journal of International Law*. Vol. 14. Issue 1. P. 89–124. DOI: 10.1017/S092215650100005X
 12. Collier J., Lowe V. 2000. *The Settlement of Disputes in International Law. Institutions and Procedures*. Oxford: Oxford University Press. 395 c.
 13. Crawford J. 2012. *Brownlie's Principles of Public International Law*. 8th ed. Oxford: Oxford University Press. 888 p.
 14. Devaney J.J. 2016. *Fact-Finding before the International Court of Justice*. Cambridge: Cambridge University Press. 306 p. DOI: 10.1017/CBO9781316498972
 15. Goldstone R.J., Hamilton R.J. 2008. Bosnia v. Serbia: Lessons from the Encounter of the International Court of Justice with the International Tribunal for the Former Yugoslavia. – *Leiden Journal of International Law*. Vol. 21. Issue 1. P. 95–112. DOI: <https://doi.org/10.1017/S0922156507004748>
 16. Higgins R. 1995. *Problems and Process: International Law and How We Use It*. Oxford: Oxford University Press. 304 p.
 17. Lee L.T., Quigley J. 2008. *Consular Law and Practice*. 3rd ed. Oxford: Oxford University Press. 684 p.
 18. Mackenzie R. [et al.]. 2010. *The Manual on International Courts and Tribunals*. 2nd ed. New York: Oxford University Press. 500 p.
 19. Pineda A.C.R. 2015. Recourse to International Dispute Settlement Mechanisms, Including Recent International Court of Justice Decisions. – *ILSA Journal of International & Comparative Law*. Vol. 21. Issue 2. P. 385–394.
 20. Rosenne S. 1997. *The Law and Practice of the International Court: 1920–1996*. Vol. II. Dordrecht: Martinus Nijhoff. 1960 p.
 21. Shaw M. 2017. *International Law*. 8th ed. Cambridge: Cambridge University Press. 1033 p.
 22. Simma B. 2013. Human Rights before the International Court of Justice: Community Interest Coming to Life? – *The Development of International Law by the International Court of Justice*. Ed. by C. Tams, J. Sloan. Oxford: Oxford University Press. P. 301–326. DOI: 10.1093/acprof:oso/9780199653218.003.0013
 23. *The Statute of the International Court of Justice: A Commentary*. 2nd ed. 2012. Ed. by A. Zimmermann [et al.]. Oxford: Oxford University Press. 1745 p.
 24. Thirlway H. 2016. *The International Court of Justice*. New York: Oxford University Press. 224 p.
 25. Törber G. 2015. *The Contractual Nature of the Optional Clause*. Oxford: Hart Publishing. 410 p.
 26. Waldock H. 1956. Decline of the Optional Clause. – *British Yearbook of International Law*. Vol. 32. P. 244–287.

References

1. Akande D. Selection of the International Court of Justice as a Forum for Contentious and Advisory Proceedings (Including Jurisdiction). – *Journal of International Dispute Settlement*. 2016. Vol. 7. Issue 2. P. 320–344. DOI: 10.1093/jnlids/idw011
2. Alexandrov S. Accepting the Compulsory Jurisdiction of the International Court of Justice with Reservations: An Overview of Practice with a Focus on Recent Trends and Cases. – *Leiden Journal of International Law*. 2001. Vol. 14. Issue 1. P. 89–124. DOI: 10.1017/S092215650100005X
3. Alexandrov S. *Reservations in Unilateral Declarations Accepting the Compulsory Jurisdiction of the International Court of Justice*. Dordrecht: Martinus Nijhoff. 1995. 164 p.
4. Collier J., Lowe V. *The Settlement of Disputes in International Law. Institutions and Procedures*. Oxford: Oxford University Press. 2000. 395 c.
5. Crawford J. *Brownlie's Principles of Public International Law*. 8th ed. Oxford: Oxford University Press. 2012. 888 p.
6. Devaney J.J. *Fact-Finding before the International Court of Justice*. Cambridge: Cambridge University Press. 2016. 306 p. DOI: 10.1017/CBO9781316498972
7. Goldstone R.J., Hamilton R.J. Bosnia v. Serbia: Lessons from the Encounter of the International Court of Justice with the International Tribunal for the Former Yugoslavia. – *Leiden Journal of International Law*. 2008. Vol. 21. Issue 1. P. 95–112. DOI: <https://doi.org/10.1017/S0922156507004748>

- S0922156507004748
8. Higgins R. *Problems and Process: International Law and How We Use It*. Oxford: Oxford University Press. 1995. 304 p.
 9. Kozhevnikov F.I., Sharmanazashvili G.V. *Mezhdunarodnyi Sud OON: organizatsiya, tseli, praktika* [The International Court of Justice: structure, objectives, practice]. Moscow: Mezhdunarodnye otnosheniya Publ. 1971. 160 p. (In Russ.)
 10. Krylov S.B. *Mezhdunarodnyi Sud Organizatsii Ob"edinennykh Natsii* [The International Court of Justice]. Moscow: Gosyurizdat Publ. 1958. 167 p. (In Russ.)
 11. Lee L.T., Quigley J. *Consular Law and Practice*. 3rd ed. Oxford: Oxford University Press. 2008. 684 p.
 12. Mackenzie R. [et al.]. *The Manual on International Courts and Tribunals*. 2nd ed. New York: Oxford University Press. 2010. 500 p.
 13. Morgan-Foster D. 2015. V poiskakh vykhoda iz labirinta: slozhnyi put' k yurisdiksii v dele "Khorvatiya protiv Serbii". Reshenie Mezhdunarodnogo suda OON ot 3 Fevralya 2015 goda [Searching for the other Side of the Labyrinth: the complex path to jurisdiction in the Croatia v. Serbia case. Judgment of the International Court of Justice of February 3, 2015]. – *Mezhdunarodnoe pravosudie*. 2015. No. 3 (15). P. 3–18. (In Russ.)
 14. Pineda A.C.R. Recourse to International Dispute Settlement Mechanisms, Including Recent International Court of Justice Decisions. – *ILSA Journal of International & Comparative Law*. 2015. Vol. 21. Issue 2. P. 385–394.
 15. Polyanskii N.N. *Mezhdunarodnyi Sud* [The International Court of Justice]. Moscow: Izd. Akademii Nauk SSSR Publ. 1951. 235 p. (In Russ.)
 16. Rosenne S. *The Law and Practice of the International Court: 1920–1996*. Vol. II. Dordrecht: Martinus Nijhoff. 1997. 1960 p.
 17. Shaw M. *International Law*. 8th ed. Cambridge: Cambridge University Press. 2017. 1033 p.
 18. Simma B. Human Rights before the International Court of Justice: Community Interest Coming to Life? – *The Development of International Law by the International Court of Justice*. Ed. by C. Tams, J. Sloan. Oxford: Oxford University Press. 2013. P. 301–326. DOI: 10.1093/acprof:oso/9780199653218.003.0013
 19. *The Statute of the International Court of Justice: A Commentary*. 2nd ed. Ed. by A. Zimmermann [et al.]. Oxford: Oxford University Press. 2012. 1745 p.
 20. Thirlway H. *The International Court of Justice*. New York: Oxford University Press. 2016. 224 p.
 21. Törber G. *The Contractual Nature of the Optional Clause*. Oxford: Hart Publishing. 2015. 410 p.
 22. Timokhin K.V. Rassmotrenie sporov otnositel'no ostrovnykh territorii Mezhdunarodnym Sudom OON [Settlement of Disputes concerning Insular Territories in the Framework of the International Court of Justice]. – *Moscow Journal of International Law*. 2007. No. 2 (66). P. 199–215. (In Russ.)
 23. Vylegzhanin A.N. *Resheniya Mezhdunarodnogo Suda OON po sporam o razgranichenii morskikh prostranstv* [The Decisions of the International Court of Justice regarding Disputes concerning the Delimitation of Maritime Spaces]. Moscow: Izdatel'stvo "Yuridicheskaya literatura" Publ. 2004. 222 p. (In Russ.)
 24. Vylegzhanin A.N., Alferyeva K.E. Vklad Mezhdunarodnogo Suda OON v razvitie mezhdunarodnogo ekonomicheskogo prava [Contribution of the International Court of Justice to the Development of International Economic Law]. – *Moscow Journal of International Law*. 2016. No. 3 (103). P. 31–48. (In Russ.)
 25. Vylegzhanin A.N., Churilina N.A. Mezhdunarodno-pravovye osnovaniya yurisdiktsionnogo immuniteta gosudarstv [The Entitlement of a State to Jurisdictional Immunity under International Law]. – *Moscow Journal of International Law*. 2015. No. 2 (98). P. 35–51. (In Russ.)
 26. Waldock H. Decline of the Optional Clause. – *British Yearbook of International Law*. Vol. 32. 1956. P. 244–287.

Информация об авторах

Александр Николаевич Вылегжанин,

доктор юридических наук, профессор, заведующий кафедрой международного права, Московский государственный институт международных отношений (Университет) МИД России

119454, Российская Федерация, Москва, проспект Вернадского, д. 76

danilav@mail.ru
ORCID: 0000-0003-4833-2525

Ольга Игоревна Зинченко,

атташе, Министерство иностранных дел Российской Федерации

119200, Российская Федерация, Москва, Смоленская-Сенная пл., д. 32/34,

oizinchenko@mid.ru
ORCID: 0000-0003-0864-249X

About the Authors

Alexander N. Vylegzhanin,

Doctor of Juridical Sciences, Professor, Head of the Department of International Law, Moscow State Institute of International Relations (University) MFA Russia

76, pr. Vernadskogo, Moscow, Russian Federation, 119454

danilav@mail.ru
ORCID: 0000-0003-4833-2525

Olga I. Zinchenko,

Attaché, Ministry of Foreign Affairs of the Russian Federation

32/34, Smolenskaya-Sennaya Square, Moscow, Russian Federation, 119200

oizinchenko@mid.ru
ORCID: 0000-0003-0864-249X

ИСТОРИЯ МЕЖДУНАРОДНОГО ПРАВА

DOI: 10.24833 / 0869-0049-2018-4-33-43

Максим Анатольевич ИСАЕВ

Московский государственный институт международных отношений (Университет) МИД России
Проспект Вернадского, д. 76, Москва, 119454, Российская Федерация
isaeff.maximanatoljevitch@yandex.ru
ORCID: 0000-0002-8492-0650

К ВОПРОСУ О МЕЖДУНАРОДНО-ПРАВОВОМ СТАТУСЕ ВЕЛИКОГО КНЯЖЕСТВА ФИНЛЯНДСКОГО

ВВЕДЕНИЕ. Статья посвящена малоисследованному в отечественной юридической науке вопросу о правовом статусе отдельных территорий Российской империи. В качестве примера взят наиболее «либеральный» статус Великого княжества Финляндского. Сепаратистские тенденции постепенно возникли в кругу элиты этой провинции и, усиливаясь из десятилетия в десятилетие в XIX в., превратились к началу XX в. в учение о государственном статусе Финляндии и об особом соединении Финляндии с остальной территорией империи по примеру уникальных структур монархий той эпохи: Швеции и Норвегии, Австро-Венгрии, Англии и Шотландии.

МАТЕРИАЛЫ И МЕТОДЫ. Материалом для исследования послужило законодательство Российской империи (далее – ПСЗРИ), а также законодательство Великого княжества Финляндского. Вторую группу источников составили материалы доктрины (как русской, так и зарубежной), включая литературу по международному праву второй половины XIX в., а также исторические и публицистические труды российских и финских исследователей. При подготовке настоящей работы широко применялись сравнительно-правовой анализ, юридико-догма-

тический метод и общая аналитика (дедуктивно-индуктивные способы исследования).

РЕЗУЛЬТАТЫ ИССЛЕДОВАНИЯ. В ходе анализа имеющегося правового и научного материала автор приходит к выводу о сложном комплексе причин, побудивших Россию присоединить Финляндию, а также ввести льготный, либеральный режим правления в этой стране. Целый ряд геополитических, экономических, культурных и юридических проблем, с одной стороны, вылился в установление уникального статуса Финляндии, а с другой – породил в кругах финской интеллигенции надежду на сначала автономное, а затем и полностью независимое существование государства. Эта форма сепаратистского движения была активно поддержана западной наукой международного права, прежде всего немецкой и шведской, что не могло не вызвать ответную реакцию у русских ученых.

ОБСУЖДЕНИЕ И ВЫВОДЫ. В результате завязавшейся полемики и последовавших за ней мер правительства Российской империи сепаратистская концепция финноманов была разрушена. И только крушение русской монархии в феврале 1917 г., которое повлекло за собой за-

хват большевиками власти, позволило финским сепаратистам осуществить свою мечту. Анализ механизма предоставления большевиками независимости Финляндии свидетельствует о крайней государственной неадекватности правительства большевиков, спровоцированной идеями о мировой революции. Именно в том, как Финляндия вышла из состава Российской империи, мы можем видеть истоки двух конфликтов между нашими странами (1939–1940 и 1941–1944 гг.), а также русофобии, имеющей широкое хождение среди финского населения.

КЛЮЧЕВЫЕ СЛОВА: уния, автономия в унитарном государстве, территория в международном праве, Великое княжество Финляндское и его статус, положение отдельных территорий в составе Российской империи

ДЛЯ ЦИТИРОВАНИЯ: Исаев М.А. 2018. К вопросу о международно-правовом статусе Великого княжества Финляндского. – *Московский журнал международного права*. № 4. С. 33–43. DOI: 10.24833/0869-0049-2018-4-33-43

HISTORY OF INTERNATIONAL LAW

DOI: 10.24833 / 0869-0049-2018-4-33-43

Maxim A. ISAEV

Moscow State Institute of International Relations (University) MFA of Russia
76, pr. Vernadskogo, Moscow, Russian Federation, 119454
isaeff.maximanatoljevitch@yandex.ru
ORCID: 0000-0002-8492-0650

ON THE ELABORATION OF THE LEGAL STATUS OF THE GRAND DUCHY OF FINLAND

INTRODUCTION. *The article deals with the insufficiently explored in our legal science the law status of separate territories of the Russian Empire. As an example we took the most “liberal” status of the Grand Duchy of Finland. The Finnish elite had become more and more separate in its mood from one decade to another during the XIX century that lead to formation of state status theory of Finland and its special union connection with the Empire. This status was just simple like unions of Sweden and Norway, Austria and Hungary, England and Scotland. That was the main idea of this theory.*

MATERIALS AND METHODS. *The material for the article was the legislation of the Russian Empire (Full Digest of the Laws of the Russian Empire) and*

Grand Duchy of Finland (Finlands lagar, Storfurstendömet Finlands Författnings-Samling). Another sources were the works of European and Russian doctors of law, especially the doctrine of international law, how it was worked out at the end of the XIX century. The works of Russian and Finnish historians were also the sources of this article. The methodological basis of this research consists of comparative law and juridical-dogmatic methods. As the main basic method was taken analytical method (deductive and inductive methods of research).

RESEARCH RESULTS. *In the article the author shows the complicated political reasons that induced Russia to annex Finland and to settle very liberal and privileged ruling regime in Finland. This*

complicated complex of reasons that had geopolitical, economic, cultural and legal roots permitted to establish a unique status of Finland – from one point of view; but promoted so-called fennomans to demand a separate status for Finland as an independent state – from another point of view. This intention was supported by the western science of international law (first of all in Germany and Sweden) but at the same time it had challenged the annihilating criticism of the Russian lawyers.

DISCUSSION AND CONCLUSIONS. *As the result of the discussion and the next actions of the Imperial government the theory of the separate Finland was destroyed. But the crush of the Russian historical power in February 1917 and the coup d'état that was*

made by bolsheviks the Finnish separatists could solve their problems. The obtaining of independence by Finland in December 1917 had the most destroying consequences in the XX century: two wars of 1939–1940; 1941–1944 and the growth of russofobia in recent Finland.

KEYWORDS: *union, autonomous part of the unitary state, territory in international law, Grand Duchy of Finland and its status, status of several parts of the Russian Empire*

FOR CITATION: Isaev M.A. On the Elaboration of the Legal Status of the Grand Duchy of Finland. – *Moscow Journal of International Law*. 2018. No. 4. P. 33–43. DOI: 10.24833 / 0869-0049-2018-4-33-43

Империи в истории форм государства стоят особняком, вне устоявшегося еще со времен Аристотеля учения о трех основных формах правления. В некотором смысле этот недостаток понимало окружение Платона, особенно такой его ученик, как Ксенофонт, оставивший нам своеобразный панегирик Персидской империи и порядкам, в ней царившим («Киропедию»). Со времен Полибия мало что изменилось. Например, Римская империя использовала старую республиканскую форму для своей организации, а именно *respublica*. Тем не менее уже в древности отмечался наднациональный уровень империи, ее более высокий культурный статус и значение, хотя бы уже потому, что все империи стремятся, а древние в особенности, к унификации собственного пространства, а значит, и времени, как доказал в свое время известный канадский экономист Гарольд Иннис [Innis 1950].

В эпоху Нового времени империи, появившиеся из недр средневекового общества, очень быстро приобретают колониальный оттенок, что, конечно, накладывает на их форму известный отпечаток. Тем не менее не все империи в указанное время носили колониальный характер. Российская, а точнее, Всероссийская, империя составляет в этом ряду очень интересное исключение. Не секрет, что относительно недавно в нашей историографии бытовал тезис о царской, имперской России как «о тюрьме народов». Кстати, этот тезис продолжает активно развиваться сегодня на просторах бывшего СССР, в национальных республиках. Это вызвало известный парадоксальный ход рассуждений, будто бы «банды бледноли-

дых шайтанов, врывались в мирные туркменские кишлаки, где они упраздняли рабство, начинали строить дороги, больницы и школы». А в Прибалтике эти самые «шайтаны» вообще впервые увидели в местных аборигенах людей, в чем им веками отказывало немецкое меньшинство.

В связи с этим нельзя не отметить отрядный факт, а именно вышедшую в 2011 г. коллективную монографию Института российской истории РАН, в который мы читаем совершенно непривычные для недавнего советского (российского) читателя строки: «Социальные функции имперской государственности как таковой носили в целом позитивный характер и во многом сближали Россию с другими мировыми державами, особенно в Новое время. Это унификация и культурное абсорбирование разнородных территорий; поддержание стабильного и эффективного управления ими (далеко не всегда сохранившегося в послеимперский период); вклад в модернизацию общества путем последовательных реформ права и административных институтов, осуществляемых самой государственной властью; наднациональный арбитраж...» [Российская империя 2011:853]. Надо признать еще раз – заявление совершенно невозможное для отечественной науки лет 20 тому назад.

Иными словами, империя есть *mirʹ*, самодостаточное целое, части которого находятся в своеобразном, дополняющем друг друга положении. Будучи разными, непохожими, населенными разными народами, принадлежащими порой к совершенно противоположным языковым и расовым семьям и группам, тем не менее все эти

неравные части имеют одно общее, что объединяет их формально, фактически же не затрагивая их самобытности. Общее, что уравнивает, представляет собой единый центр власти, соединяющий эти части в одно внешнее целое. Уже в такой форме однородного и в тоже время сложного состава государственной власти юрист должен видеть как своеобразное обозначение единства управления империей, так и указание на особенные формы управления теми или иными областями. Именно юридический анализ способен во многом пролить свет на действительное положение дел и поставить точку в череде спекуляций, порожденных нечистоплотной политической игрой, восходящей своими корнями к XIX в., а подчас и к более далекому прошлому. Российская империя ни в один из моментов своего существования не являлась «тюрьмой народов». Наоборот, она была семьей народов, но сепаратизм отдельных членов этой семьи также довольно рано дал о себе знать. А ведь Всероссийская империя имела в ряду органов местного управления особые учреждения, призванные учитывать запросы ее нерусских подданных. В совокупности эти органы в дореволюционной литературе имели название «местные учреждения». Это, казалось бы, очевидное противоречие говорит нам только о том, что империя в качестве политического субъекта есть динамическая система, нуждающаяся в постоянной нивелировке ее элементов.

В свете вышесказанного нам представляется особенно удачным пример Великого княжества Финляндского, его статуса и управления. Сразу надо отметить, что вопрос о юридическом положении Финляндии приобрел чрезвычайную остроту в конце XIX в., вызвав поток диаметрально противоположных суждений¹. В современной Финляндии хоть и встречаются прежние радикальные мнения², но в целом господствует взвешенный подход к имперскому периоду в истории этой страны³. Характерное признание сделал в связи с этим относительно недавно один извест-

ный финский историк: «...удивителен не факт получения Финляндией в 1809 году особого статуса, а то, что она сохранила этот статус до 1917 года» [Клинге 2005:36]. Таким образом, для удобства дальнейшего анализа мы попытаемся разделить все позиции на две группы:

А. Мнения, обосновывавшие положение Финляндии в качестве особого *государства* в составе империи (реальная уния).

Б. Мнения, отрицавшие за Финляндией особый государственный статус и базировавшиеся на том, что Финляндия как провинция с однородным населением имела определенные привилегии по учреждению внутреннего управления и внутреннего законодательства (автономия).

А. Вопрос во многом возник, следует это признать, из-за странностей душевного состояния императора Александра I. Наверняка характеристику этих особенностей, данную в прекрасной монографии Великого князя Николая Михайловича⁴, можно было распространить и на период до войны 1812 г. Общая неясность выражений актов о присоединении Финляндии к России, крайняя противоречивость в поступках общеимперской власти дали ложный повод в дальнейшем финским сепаратистам извращенно толковать действительный смысл этих законов.

Наукой однозначно признается, что до последней русско-шведской войны Финляндия не представляла собой какого-либо обособленного правового единства в пределах Шведского королевства. Вообще, к моменту покорения Финляндии от нее в шведских руках оставались те девять с половиной губерний, которые и были перечислены в качестве земель (*les gouvernements*), уступленных по ст. 1 Фридрихсгамского мирного договора 1809 г. Однако в сложившийся промежуток времени между завоеванием Финляндии (оккупация эффективно стала осуществляться с декабря 1808 г.) и заключением мирного договора (сентябрь 1809 г.) произошло несколько событий,

¹ Вот лишь некоторые точки зрения, содержащие прямое извращение формы правления империи и «доказательства» государственного статуса Финляндии: [Германсон 1897; Михелин 1910; Эрих 1908]. Блестящая критика фенно-манских взглядов была дана в разгар полемики: [Бородин 1901; Шиловский 1903; Берендтс 1910].

² См., например: [The Finnish Legal System... 1966].

³ См., например: [Юсилла, Хентилля, Невакиви 1998].

⁴ Напомним, что порфиородный историк в известном месте своего труда затруднился дать «верную оценку этого психоза, приближавшегося скорее к какому-то общему сумбуру разума и мыслей, чем к иной форме мышления» [Вел. кн. Николай Михайлович 1999:193]. Истины ради, тем не менее стоит отметить, что эти странности во многом определялись геополитическими соображениями. Императору необходимо было во что бы то ни стало перебороть шведское влияние в только что присоединенной стране. Император Николай I был в этом так же последователен, как и его брат. Именно его правление ознаменовалось переломным моментом, когда финны стали заявлять буквально следующее: «Отныне мы уже не шведы, русскими быть не хотим, так будем же финнами» [Клинге 2005:44–45].

по мнению финских радикалов, существенно повлиявших на конституирование Финляндии в качестве самостоятельного субъекта права.

Надо отметить, что подобное мнение есть самое радикальное и не всеми борцами за государственность признается, поскольку резко противоречит господствовавшей тогда, да и теперь, доктрине международного права, согласно которой суверенитет над территорией во время войны приобретен быть не может. Право – суверенитет – следует отличать от его основания (*causa*) – фактической оккупации или иной формы удержания своей власти над территорией. Поэтому тогдашнее международное право утверждало, что суверенитет приобретается не силой оружия и не желанием завоевателя, а только договорной уступкой (*cessio*) суверенитета от побежденного к победителю.

Впрочем, сепаратисты, пытаясь обойти данное препятствие, утверждали, что, несмотря на то, что финские обыватели (тогдашний легальный термин) формально продолжали находиться во власти шведской короны, они тем не менее воспользовались возможностью, предоставленной им русской оккупационной властью, реализовать свой, так сказать, народный суверенитет, и на созванном императором в марте 1809 г. в городе Борго сейме принесли ему присягу на верность до заключения формального мирного договора, тем самым конституировав себя в качестве особого государственного целого и заключив союз (унию) с Российской империей.

Действительно, международная практика той эпохи допускала проведение подобных плебисцитов под дулами ружей. В основном это делалось для оказания давления при мирных договорах на противоположную сторону с целью вынудить ее отказаться от своих суверенных прав, поставить перед свершившимся фактом. Но в данном случае авторы подобного аргумента извратили суть учения о суверенитете, выработанного в конце XVI в. Ж. Боденом и остававшегося неизменным вплоть до сего дня: суверенитет един и неделим!

Тем не менее доктрина дает возможность обойти и этот запрет, используя положения так называемой теории двойного суверенитета, господствовавшей в Западной Европе до Бодена. Эта теория рождена на почве феодализма, где нет места государству, а существует ряд владений, связанных между собой узами сюзеренитета и вассалитета. Кроме того, авторы финноманских теорий почему-то стыдливо забыли указать, что на Боргоском сейме *de iure* принесли присягу в верности жители только пресловутых девяти с половиной губерний шведской Финляндии, тогда как ее южная часть с 1741 г. входила в состав России. Само же объединение «старой» и «новой» Финляндии состоялось только по Манифесту от 11 декабря 1812 г. Этот акт гласил: «С присоединением новой Финляндии к Российской Империи различие между старою и новою Финляндией как в наименовании, так и в самом образе правления, находя излишним и настоящему положению сего края несвойственным, вняв мнению Государственного Совета, признали Мы за благо постановить следующее:

- 1) старую и новую Финляндию отныне совокупно именовать Финляндиею;
- 2) прежние финляндские губернии наравне с губерниями, в Финляндии существующими, отныне состоять будут в главном управлении для сей страны Нами учрежденном»⁵.

Дабы обойти и это затруднение, стали указывать, что в данном вопросе решающую роль сыграли мнение и воля самого русского императора, в целом ряде своих манифестов относительно Финляндии заявившего о желании возвысить эту провинцию до ранга «нации», по терминологии того времени – «государства»⁶. Более того, действительно, после Александра I, в основном при Александре II, финны могли слышать из уст русских монархов выражения типа: «Финляндия – свободная нация, пользующаяся правами, которые ей удостоверяет ее конституция» или – уж совсем несуразное – «Принцип монархизма, ограниченный конституцией, прирожден духу их нации»⁷. Но при этом совершенно нельзя за-

⁵ ПСЗРИ. 1-е изд. Т. XXI. № 24907.

⁶ «Понятие нации, – писал М. Клинге, – в значительной степени было интонировано влиянием идей французской революции и модных в то время политических и идеологических течений. Употребленное императором французское слово “nation” прежде всего следует рассматривать как указание на нацию, государство в политическом смысле» [Клинге 2005:30].

⁷ Так, немецкий историк Роберт Швейцер отмечал, что во время правления царя Александра II Освободителя финляндский Сейм действовал так, как будто бы страна состояла в династическом союзе с Российской империей: «Каждым законом, который император позволил сейму издать в соответствии с конституцией, Россия по существу делала одностороннюю и бесповоротную уступку Финляндии в пользу ее особого положения» [Юсилла, Хентилля, Невакиви 1998:61]. Подробнее см.: [Schweitzer 1978].

бывать, кто именно говорит подобные слова. Следует всегда отдавать себе отчет в том, насколько слово монарха, его собственное обещание может связывать его преемника. Всегда надо помнить, что монарх действует только в интересах своего государства и прочих подвластных. Поэтому, если он сочтет, что его слова пришли в противоречие с вечными интересами монархии, он не может быть ими связан. На практике это означает, что русский царь волен творить юридические факты с обратной силой. Такова презумпция русского государственного права той эпохи.

Понимая всю невозможность опереться в своих притязаниях на обещания самодержцев, поборники финляндской государственности стали делать упор на вопросах правового статуса российского императора как великого князя финляндского. В этом аргументе первое, что бросается в глаза, – ужасающий либерализм царской цензуры. Фактически до 1905 г. позволялось публиковать не просто неслыханные нелепости, порожденные либо невежеством, либо сознательным извращением основ государственного строя России, но и просто прямые оскорбления в адрес высочайшей верховной власти (*crimen laesae majestatis*). Так, например, один из авторов дописался до следующего: «Так как Финляндия есть государство и монарх ее в юридическом смысле есть отличное от русского монарха лицо, то отсюда само собой следует, что выполнение функций монархической власти в Финляндии есть выполнение функций финляндской государственной власти» [Эрих 1908:60]⁸. Чем вам не попытка доказать, что русский царь страдает раздвоением личности?! Эта же точка зрения будет потом повторена в марте 1917 г., когда финны заявили, что поскольку царь отрекся от престола, то Финляндию и Россию больше ничего не связывает. Временное правительство тем не менее не согласилось с этим притязанием, переутвердив коренные законы Финляндии.

Необходимо отметить, что это форменное безобразие все же заслужило отповедь, но, правда, на страницах научных трудов. Безусловно, нелепость утверждения, что российский император наследует великокняжеский престол отдельно от императорского, может быть объяснена только чрезмерным желанием доказать наличие приоритета финляндского закона над общеимперским. Обычно в юриспруденции данная проблема возникает в сложносоставных государствах, где дей-

ствует несколько отдельных правовых систем. Конфликт правовых порядков в таком случае рассматривается в качестве особого правового института, содержащего в себе ряд принципов и норм, обеспечивающих автоматическое разрешение проблемы коллизии и прямое действие той правовой нормы, которая есть высшая по иерархическому рангу: *lex generalis derogat lege specialis*, т.е. закон местного значения уступает в силе общегосударственному; распоряжение высших властей превосходит распоряжение низших; тот, кто наделяет компетенцией, может ее отозвать, и т.д. Скрытый смысл этого института, его *ratio*, подчинен принципам целесообразности и иерархичности. Поэтому можно с полным основанием утверждать, что финляндское право, закон действительны только в узких вопросах внутреннего устройства и быта этой провинции Российской империи. В общегосударственных вопросах, вопросах связи княжества с империей может применяться только имперский закон, а точнее, т. 1 Свода законов Российской империи, что было лишним раз подтверждено Манифестом 1899 г.: «По примеру венценосных предков наших Мы видим залог процветания Финляндии в теснейшем ее единении с Империею»⁹.

Вместе с тем остается неясным действительный статус финляндского права в правовой системе Российской империи. Основанием к закреплению за финскими обывателями собственного (личного) права послужил ряд манифестов наших императоров. Так, в первом из них (Манифест от 15 марта 1809 г.) среди прочего встречаем следующую формулу: «признали Мы за благо сим вновь утвердить и удостоверить религию, коренные законы, права и преимущества, коими каждое состояние сего Княжества в особенности и все подданные, оное населяющие, от мала до велика по конституциям их доселе пользовались». Эта же формулировка был повторена манифестами императора Николая I от 12 декабря 1825 г. и императора Александра II от 19 февраля 1855 г. При восшествии на престол императора Александра III формула гарантии получилась уже несколько иной: «признали Мы за благо сим вновь утвердить и удостоверить религию, основные законы, права и преимущества, которыми каждое сословие сего Великого княжества в особенности и все подданные, оное населяющие, от мала до велика по установлениям этого края доньше пользовались». И наконец, Временное прави-

⁸ Ср. с [Эрих 1908:27].

⁹ ПСЗРИ. 3-е изд. Т. XIX. № 16447.

тельство пошло по такому же пути: «Облеченные всей полнотой власти мы сим вновь утверждаем и удостоверяем религию, основные законы, права и преимущества, которыми граждане Великого княжества Финляндского от мала до велика по конституции этой страны пользуются, обещая хранить оные в ненарушимой и непреложной их силе и действии» (Акт от 7 марта 1917 г.).

Возникает резонный вопрос: что это были за права, законы и привилегии? Будучи составной частью Шведского королевства, Финляндия не имела отдельного от самой Швеции корпуса права. На ее территории действовали шведские законы¹⁰. Наиболее значительными из них признаются два акта: Форма правления 1772 г. (*Regerings form*) и Акт о соединении и безопасности 1789 г. (*Förenings och säkerhets Act*). Не будем вдаваться в подробности издания этих документов и указывать их действительное значение для Финляндии (для Швеции они играли роль материальной конституции). Важно указать на то, что ссылка на них поборников государственного статуса Великого княжества Финляндского в качестве основных законов (*grundlagar*), ограничивающих некоторым образом роль русского монарха, вряд ли оправдана. Необходимо помнить, что Форма правления была принята в эпоху неоабсолютизма (правление короля Густава III Адольфа), причем весьма модифицированного¹¹. Акт о соединении и безопасности ознаменовал возвращение Швеции от абсолютизма к сословно-представительной монархии. Ввиду этого шведское государственное устройство радикально противоречило форме правления Российской империи. Чтобы это понять, достаточно сравнить формулировки § 2 Формы правления и ст. 1 Основных государственных законов Российской империи в редакции до 1906 г. Следовательно, фактический строй, учрежденный в Великом княжестве Финляндском после 1809 г., не опирался на шведские конституционные акты. Внутренне устройство Финляндии после 1809 г. регулировалось имперскими законами, были сохранены только

старые сословные представительства: Сенат и Сейм, причем последний очень долго существовал только на бумаге. Первые 60 лет нахождения под скипетром русского царя Финляндия управлялась по актам, издававшимся исключительно имперской властью. Вот характерное признание финского историка: «Истинная власть была у монарха в Петербурге, а также у тех органов, которые были созданы для управления Финляндией» [Клинге 2005:38].

Истины ради, надо отметить, что шведское законодательство не исчерпывалось только двумя актами публично-правового характера. Помимо них в Финляндии действовало также Шведское уложение 1734 г. (*Sveriges rikets lag*) (в Швеции оно действует до сих пор). Этот кодекс в редакции 1807 г. регулировал вопросы частного, процессуального и административно-хозяйственного права и к государственному праву никакого отношения не имел. Однако встречавшиеся в русских актах, посвященных финляндским делам, следующие выражения: «основные законы», «коренные законы», даже «конституции» или «установления этого края» (*швед. detta lands författningar*) и т.д. – давали надежду сторонникам финляндской обособленности. Последние видели в актах учредительной власти, исходивших от имперских учреждений, подтверждение существования собственного, отдельного от имперского правопорядка. В данном случае спор шел уже лишь о терминах, произвольное толкование которых позволяло финским юристам оперировать понятиями типа *Finlands författning, grundlagar av Finland* и т.д. (буквальный перевод: «финляндская конституция», «основные законы Финляндии»).

Здесь необходимо сделать небольшое отступление. Дело в том, что на момент присоединения Финляндии к России и вплоть до царствования императора Александра II официальным языком в этой стране был шведский. Все акты публиковались на нем. Финский же перевод законов в виде исключения появился только во второй

¹⁰ Некоторые из них продолжают действовать до сих пор. Например: «Предисловие Его Величества и Госсовета (*cancellie-collegium*) к Уложению 1734 г.» и «Утвердительная резолюция Короля от 23.01.1736 г.» (см.: *Finlands lag (Suomen laki)*. Bd. 1. Helsingfors. 1997. S. XXXV–XXXVI). Значение этих актов на сегодняшний день весьма и весьма условное. Гораздо важнее «Некоторые правила, коими надлежит следовать судье во время отправления правосудия» (ст. XVII), причем по происхождению это тоже шведский акт.

¹¹ Параграф 2 этой Формы гласит: «Государством имеет право управлять король (*Konungen äger styrka Rike sino*), как гласит шведский закон. Он и никто другой укрепляет право и справедливость, любит и воздает справедливость, уничтожает и прекращает все незаконное и несправедливое. Он не должен лишать кого-либо жизни и чести, неприкосновенности тела и благосостояния без того, чтобы тот был предварительно законно осужден и изобличен. Ни лично, ни посредством других он да не отнимет движимое или недвижимое чье-либо имущество без предварительного суда и законного разбирательства. Он управляет государством согласно законам, Уложению и сей Форме правления».

четверти XIX в. Собственная юридическая терминология финского языка была разработана только во второй половине XIX в.! Кроме того, нужно отметить, что юридические обороты шведского языка представляют довольно серьезную трудность при переводе на русский. Связано это, в частности, с тем, что выражения *fundamentallag* (фундаментальный закон), *grundlag* (основной закон) или *författning* (законоустановление, конституция) никак не могут считаться обозначением понятия конституции, имеющегося в русской юридической терминологии, поскольку их применение в шведском праве во многом не соответствует понятию формального конституционного акта. Не в последнюю очередь это связано с тем, что в современной Швеции отсутствует до сих пор формальный единый конституционный акт. Кстати, в самой Финляндии таковой появился только в ходе реформы 1999 г.!

Таким образом, например, термин *grundlag* буквально означает «закон, изменение которого обычным порядком затруднительно», поэтому употребляться в значении конституции он может только исходя из контекста. При этом значение «конституционный закон» он приобретает не в смысле действительной конституции, а только в смысле формального акта, закрепляющего некоторые основы государственного строя – и только. Именно в таком значении употреблялось выражение «Основные государственные законы» в Своде законов Российской империи. Что же касается выражения «коренной закон», то оно в шведском языке ближе к слову *fundamentallag*, т.е. «законоположение, отличающееся давностью своего происхождения». Этот термин также известен Своду законов Российской империи. Излишне в очередной раз говорить, что юридико-техническое употребление вышеупомянутых терминов в русских актах означало ссылку не на шведские акты, а на акты, изданные имперской верховной властью. Применительно к последнему термину, *författning*, следует отметить, что его перевод не менее сложен, чем предыдущих. Однако и в этом случае мы можем сослаться на то, что под словом *författning* вплоть до сего дня понимается норма-

тивно-правовой акт абсолютного любого ранга и содержания. Словом, это то, что на русский язык переводится как «положение» – формальный акт, или норма, или принцип. Таким образом, *författning* – это никак не финское *valtiösääntö*, равно как *landtag* (Сейм) не *valtiopäivät* (Риксдаг), а *maapäivät* – собрание сословных уполномоченных, призванных решать не общегосударственные, а местные вопросы, иначе говоря, аналог российского губернского земского собрания, образованного по земской реформе 1864 г.

Подводя итог рассмотрению взглядов сторонников особого государственного статуса Финляндии, отметим, что **Финляндия – это провинция, которой дана привилегия, причем привилегия эта дана ее территории *in toto*, а не самой стране и никак не определенным представителям финского населения, что называется, *in propria persona***. Следовательно, старое понятие еще времен поздней Римской империи, выражавшееся известной фразой *Quo iure vivis?*, к самой провинции не относится. Тезис Н.М. Коркунова, что к факту применяется тот правовой порядок, под сенью которого он создан, здесь весьма уместен¹². Неслучайно сенатор Н.С. Таганцев, комментируя п. 3 ст. 5 Уголовного уложения Российской империи 1903 г., отмечал, что «законодательство Великого княжества Финляндского, будучи местным, не может быть толкуемо распространительно, а потому во всех тех случаях, когда может возникнуть коллизия между законами Империи и Великого княжества, она должна быть разрешена в пользу имперских законов по общему правилу ограничительного толкования законов особенных» [Уголовное уложение 1904:11]. А это означает на самом деле применение общеимперского законодательства к фактам, пусть и регулируемым местным финляндским законом, но только в том случае, если факты эти специально затронуты общим имперским законоположением. К подобному выводу пришел дореволюционный законодатель, толкуя общие положения российского права от противного, что называется, *argumentum a contrario*¹³. Следуя этому же принципу, отметим, что финляндское право вообще подлежало при-

¹² В частности, Н.М. Коркунов писал: «...таковы доводы, заставляющие принять для определения соотношения разноместных и разновременных законов тот принцип, что каждый факт должен быть обсуждаем на основании того закона, под господством которого он совершался» [Коркунов 1909:338–339].

¹³ Именно такая точка зрения получила окончательное подтверждение в Законе от 17 (30) июня 1910 г. «О порядке издания законов и постановлений общегосударственного значения», вызвавшего очередной взрыв негодования у «прогрессивных» представителей западноевропейской общественности, по совместительству являвшихся горячими сторонниками финляндской независимости. Статья 1 этого Закона не оставляла, в общем-то, никаких надежд на особенность финляндского статуса: «Внутренними делами Финляндии почитаются те местные ее дела, которые ни

менению в Финляндии постольку, поскольку на такую возможность указывал имперский закон. То есть применялся все тот же имперский закон, но местного, финского происхождения.

Б. В развитии русской позиции в отношении Финляндии можно выделить два периода. Первый, самый ранний, представляет собой эпоху императора Александра I, общая неуравновешенность политики которого весьма четко сказалась на отношении к Финляндии. С общегосударственной точки зрения данная эпоха может быть рассмотрена как период становления и развития внутренних учреждений Финляндии как части общеимперских органов власти. Впоследствии, когда стали со всей очевидностью вырисовываться контуры второго периода, ознаменовавшегося более тесным соприкосновением Финляндии как провинции с Российской империей, неопределенность структуры этих учреждений вызвала острую шовинистическую реакцию у финнов, обусловленную в том числе и антишведской пропагандой российского правительства. В результате все большего, согласно намерению высочайшей власти, вовлечения Финляндии в круг имперских *subjectii* обнаружилось явное несоответствие между намерениями российского правительства и желанием националистических кругов. Это противоречие усиливалось, пока не вылилось в очевидное сепаратистское движение, с которым центральная власть сочла нужным бороться.

Таким образом, цель русской политики в Финляндии заключалась (а) в уважении и сохранении привилегий коренного населения (составлявшего на 1 января 1900 г. 2 352 990 человек из 2 712 562 общей численности, или 86,74% от всего населения) этой инкорпорированной провинции [Коркунов 1893:149], (б) но с одновременным поощрением сближения Финляндии с общерусскими владениями в смысле достижения с ними однородного политического статуса. Причем последнее направление политики после 1906 г. выразилось в придании гражданского равноправия русским, проживавшим в Финляндии, хотя и здесь коренным жителям давались prerogatives. Так, они получили всеобщее избирательное право, включая женщин, что в самой России стало

реальностью только после Октябрьской революции 1917 г.

Выводы и заключение. Историки давно указывают на некоторую анекдотичность в поводах к возникновению сепаратистского движения в Финляндии. Общеимперская бюрократия вообще заметила особый статус княжества только в конце XIX в., когда столица Российской империи разрослась настолько, что понадобилось осваивать пригороды Санкт-Петербурга. Высшая знать и богема столицы, приобретающие дачи на Карельском перешейке, собственно, территории Финляндии, столкнулись с неожиданной проблемой. Местное чиновничество, финское по преимуществу, требовало от дачников общения... на финском языке, поскольку тот уже на равных конкурировал со шведским. Это сильно раздражало, равно как и наличие особого таможенного статуса Финляндии¹⁴.

Тем не менее под нашим совместным существованием подвели черту Февральская революция и последовавший за ней приход большевиков к власти. Фактически финское общество на тот момент было расколото на два лагеря с противоположными взглядами на российское подданство. На сегодня нет, к сожалению, твердых статистических данных, сколько было сторонников, а сколько противников союза с Россией. Но один факт может быть весьма красноречивым. Во время Первой мировой войны Германия активно вела пропаганду среди нерусских народностей Российской империи, пытаясь спровоцировать их на восстание против русской власти. Делались такие попытки и в отношении финнов. В 1915 г. по приказу кайзера был даже сформирован финский егерский батальон, куда, по мысли немцев, должны были вступать финские националисты, недовольные русским владычеством. Так вот, к концу войны в этом батальоне состояло всего 68 человек!

Большевицкий переворот резко изменил как ситуацию в самой Финляндии, так и ее отношения с Россией. Кровавая, но недолгая гражданская война 1918 г. оставила до сих пор не зажившую рану в национальном сознании финнов, а две войны с Россией (1939–1940 и 1941–1944 гг.) только подлили масла в огонь.

в чем не касаются других частей Империи, ибо в силу ст. 2 Основных государственных законов лишь по этим делам Финляндия управляется особыми установлениями на основании особого законодательства». Важным было и положение ст. 8 Закона, согласно которому изданные в России и опубликованные Сенатом нормативные акты считались опубликованными и в Финляндии.

¹⁴ У Финляндии были собственные валюта, торговый флаг, парламент и законодательство. Она официально не участвовала в Первой мировой войне: ее нейтралитет был признан Антантой и Тройственным союзом.

Список литературы

1. Берендтс Э.Н. 1910. *К вопросу о правовом положении Финляндии*. СПб. 16 с.
2. Бородин М.М. 1901. *Юридическое положение Финляндии*. СПб.: Типография А.С. Суворина. 140 с.
3. Великий князь Николай Михайлович. 1999. *Император Александр I*. М.: Кучково поле. 305 с.
4. Германсон Р.Ф. 1897. *Государственное положение Финляндии*. Вып. 1. СПб. 131 с.
5. Клине М. 2005. *Имперская Финляндия*. СПб.: Коло. 616 с.
6. Коркунов Н.М. 1893. *Русское государственное право*. Т. 1. СПб: Типография М.М. Стасюлевича. 690 с.
7. Коркунов Н.М. 1909. *Лекции по общей теории права*. СПб.: Издание юридического книжного магазина Н.К. Мартынова. 354 с.
8. Михелин Л. 1910. Критический разбор закона 17 (30) июня 1910 г. Гельсингфорс. 212 с.
9. *Российская империя от истоков до начала XIX века. Очерки социально-политической и экономической истории*. 2011. М.: Русская панорама. 880 с.
10. *Уголовное уложение 22 марта 1903 года. Неофициальный комментарий*. 1904. СПб.: Государственная типография. 1103 с.
11. Шиловский П. 1903. *Акты, относящиеся к политическому положению Финляндии*. СПб. 145 с.
12. Эрих Р.В. 1908. *Государственно-правовое положение Финляндии в освещении иностранных юристов*. СПб. 95 с.
13. Юссилла О., Хентилля С., Невакиви Ю. 1998. *Политическая история Финляндии 1809–1995*. М.: Весь мир. 384 с.
14. Innis H.A. 1950. *Empire and Communications*. Oxford: Clarendon Press. 230 p.
15. Schweitzer R. 1978. *Autonomie und Autokratie. Die Stellung des Grossfürstentums Finnland im russischen reich in der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts (1863–1899)*. Geissen: Schmitz, Wilhelm. 415 s.
16. *The Finnish Legal System*. 1966. Helsinki: The Union of Finnish Lawyers Publishing Co. 263 p.

References

1. Berendts E.N. *K voprosu o pravovom polozhenii Finlyandii* [On the Question of Legal Status of Finland]. Saint Petersburg. 1910. 16 p. (In Russ.)
2. Borodkin M.M. *Yuridicheskoe polozhenie Finlyandii* [Legal Status of Finland]. Saint Petersburg: Tipografiya A.S. Suvorina Publ. 140 p. (In Russ.)
3. Erikh R.V. *Gosudarstvenno-pravovoe polozhenie Finlyandii v osveshchenii inostrannykh yuristov* [State Status of Finland from the Point of View of Foreign Lawyers]. Saint Petersburg. 1908. 95 p. (In Russ.)
4. Germanson R.F. *Gosudarstvennoe polozhenie Finlyandii*. Vyp. 1 [State Status of Finland. Issue 1]. Saint Petersburg. 1987. 131 p. (In Russ.)
5. Innis H.A. *Empire and Communications*. Oxford: Clarendon Press. 1950. 230 p.
6. Jussila O., Hentilä S., Nevakivi J. *Suomen poliittinen historia 1809–1995* (Russ. ed.: Jussila O., Hentilä S., Nevakivi J. *Politicheskaya istoriya Finlyandii 1809–1995*. Moscow: Ves' mir Publ. 384 p.).
7. Klinge M. *Keisarin Suomi* (Russ ed.: Klinge M. *Imperskaya Finlyandiya*. Saint Petersburg: Kolo Publ. 2005. 616 p.).
8. Korkunov N.M. *Leksii po obshchei teorii prava* [Lectures on General Theory of Law]. Saint Petersburg: Izdanie yuridicheskogo knizhnogo magazina N.K. Martynova Publ. 1909. 354 p.
9. Korkunov N.M. *Russkoe gosudarstvennoe pravo*. T. 1 [Russian Constitutional Law. Vol. 1]. Saint Petersburg: Tipografiya M.M. Stasyulevicha Publ. 1893. 690 p. (In Russ.)
10. Mikhelin L. *Kriticheskii razbor zakona 17 (30) iyunya 1910* [Critical Analysis of the Law of 17 (30) June 1910]. Gelsingfors. 1910. 212 p. (In Russ.)
11. *Rossiiskaya imperiya ot istokov do nachala XIX veka. Ocherki sotsial'no-politicheskoi i ekonomicheskoi istorii* [Russian Empire from the Very Outset up to Beginning of XIX Century. Essays in socio-political and economic history]. Moscow: Russkaya panorama Publ. 2011. 880 p. (In Russ.)
12. Schweitzer R. *Autonomie und Autokratie. Die Stellung des Grossfürstentums Finnland im russischen reich in der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts (1863–1899)*. Geissen: Wilhelm Schmitz. 1978. 415 p. (In German.)
13. Shilovskii P. *Akty, odnosyashchiesya k politicheskomu polozheniyu Finlyandii* [Documents on the Political Status of Finland]. Saint Petersburg. 1903. 145 p. (In Russ.)
14. *The Finnish Legal System*. Helsinki: The Union of Finnish Lawyers Publishing Co. 1966. 263 p.
15. *Ugolovnoe ulozhenie 22 marta 1903 goda. Neofitsial'nyi kommentarii* [Penal Code of 22 March 1913. Unofficial commentary]. Saint Petersburg: Gosudarstvennaya tipografiya Publ. 1904. 1103 p. (In Russ.)
16. Velikiy knyaz' Nikolai Mikhailovich. *Imperator Aleksandr I* [Emperor Alexander I]. Moscow: Kuchkovo pole Publ. 1999. 305 p. (In Russ.)

Информация об авторах**Максим Анатольевич Исаев,**

доктор юридических наук, профессор, профессор кафедры конституционного права, международно-правовой факультет, Московский государственный институт международных отношений (Университет) МИД России

119454, Российская Федерация, Москва, проспект Вернадского, д. 76

isaeff.maximanoljevitch@yandex.ru

ORCID: 0000-0002-8492-0650

About the Authors**Maxim A. Isaev,**

Doctor of Juridical Sciences, Professor, Professor at the Chair of Constitutional Law, Department of International Law, Moscow State Institute of International Relations (University) MFA Russia

76, pr. Vernadskogo, Moscow, Russian Federation, 119454

isaeff.maximanoljevitch@yandex.ru

ORCID: 0000-0002-8492-0650

INTERNATIONAL ECONOMIC LAW

DOI: 10.24833 / 0869-0049-2018-4-44-53

Andrey A. DANELYAN

Diplomatic Academy MFA Russia
53/2-1, ul. Ostozhenka, Moscow, Russian Federation, 119021
danel1@mail.ru
ORCID: 0000-0001-5771-0888

Olga S. MAGOMEDOVA

Moscow State Institute of International Relations (University) MFA Russia
76, pr. Vernadskogo, Moscow, Russian Federation, 119454
olga.magomedova.96@mail.ru
ORCID: 0000-0003-0593-3101

INTERPRETATION AND APPLICATION OF INVESTMENT MEASURES IN PRACTICE OF INTERNATIONAL INVESTMENT ARBITRATION

INTRODUCTION. *Developing States are interested in both the inflow of foreign investment and its efficient use in their national economies. In the furtherance of this objective, host States set in their national legislation trade-related investment measures, referred to as “performance requirements” (requirements to achieve certain national economically useful results). The interests of foreign investors and host States in the matter of measures falling within the concept of “performance requirements” mostly diverge, since these measures create for foreign investors competitive restrictions related to the use of their investments. In legal science and practice there are known trade-related investment measures, such as export requirements, foreign exchange restrictions, local content requirements and others. The possibility for foreign investors to invest without performing trade-related investment measures was one of the main problems of transnational investment. The TRIMs agreement and Art. 1106 of NAFTA are devoted to the sole subject of regulation –*

“performance requirements”. The idea of limiting these measures was simultaneously discussed in the NAFTA negotiations and within the Uruguay round: the elaborated provisions are similar in some aspects, but have their specific characteristics.

The article deals with the rules of both agreements in light of dispute settlement practice. The conclusions of the arbitrators are analyzed in chronological order, which helps to trace the evolution of the single concept in two distinct systems of WTO and NAFTA rules. The article demonstrates the common points and differences in the interpretation of the concerned provisions norms, with consideration for the context and objectives of the agreements.

MATERIALS AND METHODS. *The materials used in the article include the works of Russian and foreign scholars in the field of international economic law and WTO law, international legal documents adopted within the WTO and NAFTA, as well as materials of judicial and arbitration practice of investment disputes. The research was done on*

the basis of general and specific scientific methods of cognition (dialectical method, analysis and synthesis, deduction and induction, comparative legal and historical-legal methods).

RESEARCH RESULTS. *The analysis revealed that trade-related investment measures are part of the “performance requirements” listed in Art. 1106 of NAFTA, which developed countries managed to defend in negotiations with developing countries during the drafting of the TRIMs agreement. Despite the integrity of the concept of “investment requirements”, there is an evident difference in the scope of covered measures, as well as the conceptual difference between the notions of “trims” and “performance requirements”, due to the specifics of the WTO and NAFTA. Nevertheless, in both cases, common qualification criteria of prohibited measures have been developed independently from each other*

in the practice of investment disputes settlement in order to address similar issues of interpretation.

DISCUSSION AND CONCLUSIONS. *On the ground of the analysis of arbitration practice in the TRIMs and Art. 1106 of NAFTA, the article gives reasons for the conclusion of the parallel development of the concepts of “trade-related investment measures” and “performance requirements”.*

KEYWORDS: *investment measures, performance requirements, TRIMs Agreement, WTO, NAFTA*

FOR CITATION: Danelyan A.A., Magomedova O.S. Interpretation and Application of Investment Measures in Practice of International Investment Arbitration. – *Moscow Journal of International Law*. 2018. No. 4. P. 44-53.

DOI: 10.24833/0869-0049-2018-4-44-53

МЕЖДУНАРОДНОЕ ЭКОНОМИЧЕСКОЕ ПРАВО

DOI: 10.24833 / 0869-0049-2018-4-44-53

Андрей Андреевич ДАНЕЛЬЯН

Дипломатическая академия МИД России

Остоженка ул., д. 53/2-1, Москва, 119021, Российская Федерация

danel1@mail.ru

ORCID: 0000-0001-5771-0888

Ольга Сергеевна МАГОМЕДОВА

Московский государственный институт международных отношений (Университет) МИД России

Проспект Вернадского, д. 76, Москва, 119454, Российская Федерация

olga.magomedova.96@mail.ru

ORCID: 0000-0003-0593-3101

ТОЛКОВАНИЕ И ПРИМЕНЕНИЕ ИНВЕСТИЦИОННЫХ МЕР В ПРАКТИКЕ МЕЖДУНАРОДНОГО ИНВЕСТИЦИОННОГО АРБИТРАЖА

ВВЕДЕНИЕ. *Развивающиеся государства заинтересованы как в притоке иностранных инве-*

стиций, так и в их эффективном использовании в экономике страны. Для достижения этой

цели государства-реципиенты устанавливают в своем национальном законодательстве инвестиционные меры торгового характера, именуемые “performance requirements” (требованиями достижения определенных, полезных для национальной экономики результатов). Интересы иностранных инвесторов и государств-реципиентов в вопросе мер, подпадающих под понятие “performance requirements”, в большинстве случаев не совпадают, поскольку указанные меры создают для иностранных инвесторов конкурентные ограничения, связанные с использованием их капиталовложений. Доктрине и практике известны инвестиционные меры торгового характера, представляющие собой так называемые требования экспортной составляющей, валютного баланса, местной составляющей и т.д. Возможность для иностранных инвесторов осуществлять инвестиционную деятельность без применения инвестиционных мер торгового характера являлась одной из главных проблем транснационального инвестирования. Соглашение ТРИМС и ст. 1106 НАФТА посвящены одному предмету регулирования – performance requirements. Идея ограничения этих мер обсуждалась одновременно на переговорах по НАФТА и в рамках Уругвайского раунда: разработанные положения похожи в отдельных аспектах, но имеют и свои характерные особенности. В статье рассматриваются нормы обоих соглашений в свете практики разрешения споров. Выводы арбитров анализируются в хронологическом порядке, что позволяет проследить эволюцию одной концепции в двух системах норм ВТО и НАФТА. Статья демонстрирует общность и различия толкования исследуемых норм с учетом контекста и целей соглашений.

МАТЕРИАЛЫ И МЕТОДЫ. Материалом для исследования послужили труды российских и зарубежных исследователей в области международного экономического права и права ВТО,

международно-правовые акты, принятые в рамках ВТО и НАФТА, а также материалы судебной и арбитражной практики по инвестиционным спорам. Рассмотрение указанных материалов проходило на основе общенаучных и частнонаучных методов познания (диалектического метода, методов анализа и синтеза, дедукции и индукции, сравнительно-правового и историко-правового методов).

РЕЗУЛЬТАТЫ ИССЛЕДОВАНИЯ. Проведенный анализ показал, что инвестиционные меры, связанные с торговлей, являются частью перечисленных в ст. 1106 НАФТА performance requirements. Эти меры развитым государствам удалось отстоять в переговорах с развивающимися странами в ходе подготовки соглашения ТРИМС. Несмотря на целостность концепции инвестиционных требований, очевидна разница объемов охватываемых мер, а также различие понятий «тримс» и «performance requirements», обусловленное спецификой ВТО и особенностями НАФТА. Тем не менее в обоих случаях для решения схожих вопросов толкования, независимо друг от друга, на практике в ходе разрешения инвестиционных споров были разработаны единые критерии квалификации запрещаемых мер.

ОБСУЖДЕНИЕ И ВЫВОДЫ. В статье на основании анализа арбитражной практики по ТРИМС и по ст. 1106 НАФТА обосновывается вывод о параллельном развитии понятий «тримс» и “performance requirements”.

КЛЮЧЕВЫЕ СЛОВА: инвестиционные меры, performance requirements, ТРИМС, ВТО, НАФТА

ДЛЯ ЦИТИРОВАНИЯ: Данельян А.А., Магомедова О.С. 2018. Толкование и применение инвестиционных мер в практике международного инвестиционного арбитража. – Московский журнал международного права. № 4. С. 44–53. DOI: 10.24833/0869-0049-2018-4-44-53

Foreign investment activity is regulated both by national legislation and international law. States enter bilateral and multilateral treaties to ensure a higher level of protection of foreign investments as compared to national legislation [Bogatyrev1991:17–27; Danelyan 2015:75–78; Dolzer 1981:553–589].

National laws of host States of investments set guarantees of foreign investors' rights, as well as conditions of their business activities in the territory of such States [Fidler 2015:137–157; Houtte 1995:429; Schwarzenberger 1969:237; Sornarajah 2004:525].

The guarantees provided by a State to foreign investors comprise: guarantee of legal remedies; guar-

antees in case of nationalization and expropriation of property; stabilization guarantee; guarantee of free transfer of capital and earnings; reduction of tax and customs charges for investors, etc. [Kobrin 1982:224; Doronina 2008:5–18; Lisitsa 2011:468; Hefti 1989:114].

Along with the provision of guarantees, the host State can oblige foreign investors to supply part of the products produced in the country to the domestic market, or to purchase raw materials for its production in the domestic market, or provides other protectionist measures in national legislation [Khabibullin, Chernobel 2008:18–27]. For instance, under the second paragraph of item 1 of Art. 8 of the Federal law dated December 30, 1995 No. 225-FZ “Production Sharing Agreements” products produced in the field of subsoil use shall be shared between the state and the investor in accordance with the agreement providing for the terms and procedure of such sharing. This approach has been denominated as the principle of “performance requirements” (hereinafter – “PRs”), which contributes to the revival and development of national economies [Vel'yaminov 2015:859; Danelyan 2016:71–73].

The interests of foreign investors and host States in the matter of measures falling within the concept of “performance requirements” do not always correspond, since these measures create for foreign investors competitive restrictions related to the use of their investments [Silin, Glazunov 1995:46–49; Yudakov 1999:27–30]. It was quite difficult for industrial States to limit the application by developing States of investment regulation measures at the national and bilateral levels and thereby to fix the problem of “performance requirements”. However, this problem was partly resolved by the adoption of a multilateral agreement within the WTO, when the Agreement on trade-related investment measures was concluded at the end of the Uruguay round of GATT negotiations in 1994 [Vitzthum 2015:755–756].

Considering trade-related investment measures (hereinafter – “trims”) as a separate object of regulation within the WTO system, it is necessary to take

into account their ontological origin. The drafters of the TRIMs agreement singled them out from a wide range of “performance requirements”, i.e. requirements to achieve certain national economically useful results. Previously, the concept of “PRs” had appeared only in bilateral investment agreements. Moreover, it has always been enunciated in negative terms such as requirements that the parties should not impose. Therefore, in the context of the regulation of such measures at the international level, it is common to talk about the principle of prohibition of PRs. As envisioned by the parties to the GATT, this rule should have been included in the system of norms of the future WTO¹.

The work of the TRIMs Group was based on the proposals of participating States, including the US project of PRs regulation². It is noteworthy that this project formed the basis of article 1106 of NAFTA³. Therefore, the same concept was simultaneously discussed in the NAFTA negotiations and within the Uruguay round. To one extent or another, the presented ideas were embodied in both agreements: for example, from 10 types of measures proposed for restriction, the provisions of NAFTA regulate 8 types, TRIMs – 5. In 1994, the North American Free Trade Agreement became the first regional agreement to regulate directly “performance requirements”. In 1995 within the WTO the TRIMs Agreement entered into force. However, given the specifics of the WTO, as well as the particularities of the North American organization, we could say that there is a conceptual difference between the concepts of “trims” and “PRs”.

The difference in the “stringency” of regulation, i.e. the number of prohibited investment measures, is easily explained by the composition of the two negotiating processes. In the course of the Uruguay round, alongside the elaboration of the agreement's text, the initiative forces (USA, EU, Japan, Nordic countries) faced another task – to overcome the resistance of developing countries. In particular, Malaysia strongly emphasized the importance of some investment measures for the economies of developing countries⁴; India excluded any prohibition of lo-

¹ Ministerial Declaration on the Uruguay Round of 20 September 1986. Section D. Para 13. URL: <https://docs.wto.org/gattdocs/q/UR/TNCMIN86/MINDEC.PDF> (accessed date: 09.09.2018).

² See Uruguay Round – Group of Negotiations on Goods (GATT). Negotiating Group on Trade-Related Investment Measures. Submission by the United dated June 1, 1987. URL: <https://docs.wto.org/gattdocs/q/UR/GNGNG12/W4.PDF> (accessed date: 09.09.2018).

³ See North American Free Trade Agreement (NAFTA). URL: <https://www.nafta-sec-alena.org/Home/Texts-of-the-Agreement/North-American-Free-Trade-Agreement?mvid=2> (accessed date: 09.09.2018).

⁴ Uruguay Round – Group of Negotiations on Goods (GATT). Negotiating Group on Trade-Related Investment Measures. Statement by Malaysia dated June 16, 1988. Para 7. URL: <https://docs.wto.org/gattdocs/q/UR/GNGNG12/W13.PDF> (accessed date: 09.09.2018).

cal content requirements, indicating the preponderance of their role in economic development against their negative effects on trade⁵. Therefore, the list of measures agreed upon is for more evidence of the reached compromise than a substantive description of the agreement.

To identify the essential differences between “trims” and “PRs” it is more important to analyze their nature. The dissemblance of these concepts is based on the following reasons. First, the materials of the TRIMs working group were not limited to proposed projects. A basic understanding of investment measures was also provided by the GATT dispute resolution practice. Secondly, the rules on “trims” were integrated into the system of WTO law, and thus were subject to its principles and subordinated to other provisions. Third, the development of a new legal concept implies the definition of its character features, i.e. the criteria of its qualification. The analysis of the provisions, years after their adoption, is interesting not least because of an opportunity to move away from distant textual interpretation and to turn to the experience of their application. To examine them “in action”.

I. The concept of “trade-related investment measures” was formed by the findings of the panels in several cases. The first step was the decision in the dispute on the Italian program of support for the national automotive industry, *Italian tractors* case (1958). Italy argued that the GATT agreement focused specifically on trade aspects, while the government programme addressed the challenge of improving the state of domestic industry and was therefore not directly related to trade measures. Then the arbitrators underlined that the provisions of Art. III:4 of GATT, concern rules “affecting” domestic trade. This formulation means that not only the laws and requirements directly regulating trade are covered, but also those affecting the conditions of the domestic market⁶.

The scope of the concept of “trade-related investment measures” was significantly extended in 1984. In the *FIRA* case, the panel found that the measures

could be imposed not only by legal acts. Following the enactment of the new investment law (Foreign Investment Review Act) in 1973, the Canadian government began to conclude investment contracts with foreign entities. Under their terms, foreign investments were permitted in Canada’s territory only when certain requirements were met. Even though the law didn’t contain such requirements, the practice of treaties conclusion based on the execution this act allowed to establish the fact of violation of Art. III:4 of GATT⁷.

Conclusion in *EEC – Parts and Components* (1990) discovered the concept of “non-mandatory” investment measures. The panel explained that the reference in the Art. III:4 of GATT to “all laws, regulations and requirements affecting their internal sale...” signifies that investment measures could include both legally binding requirements and voluntarily performed conditions⁸. From then on, the criterion of “binding force” ceased to be a defining element. Therefore, at the time of the TRIMs Agreement’s drafting it was found in practice, that the “investment measure” is not confined to the range of formal sources.

The panels’ reasoning is reflected in the definition of “trims”: “mandatory or enforceable under domestic law or under administrative rulings, or compliance with which is necessary to obtain an advantage...”. This bipartite representation of PRs is likewise assumed in Art. 1106 of NAFTA. However, the distinction is drawn here between certain types of measures, that should be mandatory to be considered PRs (Art. 1106, Para. 1), and other types, for which it is enough to condition the receipt of an advantage (Art. 1106, Para. 3). Herewith, local content requirements, local procurement requirements, trade balancing requirements and exchange restrictions can be either mandatory or permissive (Art. 1106, Paras. 1(b–e), 3(a–d)). At the same time, the export restrictions, technology transfer requirements and required sales to specific region or world market come under the prohibition of PRs only if they are mandatory (Art. 1106, Para. 1(a, f, g)).

⁵ Uruguay Round – Group of Negotiations on Goods (GATT). Negotiating Group on Trade-Related Investment Measures. Submission by India dated September 11, 1989. Para. 36. URL: <https://docs.wto.org/gattdocs/q/UR/GNGNG12/W18.PDF> (accessed date: 09.10.2018).

⁶ Italian Discrimination against imported agricultural machinery. Report adopted on 23 October 1958 (L/833 – 7S/60). Para. 12. URL: https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/gatt_e/58agrmch.pdf (accessed date: 09.10.2018).

⁷ Canada – Administration of the Foreign Investment Review Act (“FIRA”). Report of the Panel adopted on 7 February 1984 (L/5504 – 30S/140). Para. 6.3. URL: <http://www.sice.oas.org/dispute/gatt/82fira.asp> (accessed date: 09.10.2018).

⁸ EEC – Regulation on Imports of Parts and Components. Report by the Panel adopted on 16 May 1990. (L/6657 – 37S/132). Para. 5.21. URL: https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/gatt_e/88scrdvr.pdf (accessed date: 09.10.2018).

⁹ Agreement on Trade-related Investment Measures (TRIMs). Illustrative List. Para. 1. URL: https://www.wto.org/english/docs_e/legal_e/18-trims.pdf (accessed date: 12.09.2018).

Such an order may mislead the investor. For example, in *Pope & Talbot Inc. v. Canada* (2000) the question arose, whether it's possible to consider one measure as a whole "PR". The investor believed that an Export Control Regime, imposed by Canada, created for him export restrictions conditional on the receipt of benefits in the form of reduced customs duties. However, the arbitrators rejected the claim without having found a binding force of these export requirements¹⁰. This feature is expressed in the formula "impose or enforce". In this sense, it's not important whether the measure is per se imperative or not, it's the matter of its actual impact on investment. In *ADF Group Inc. v. USA* (2003) the "Buy American" measures were recognized as mandatory, since they "directly impact the daily activities, operations and sales" of the company¹¹.

An available "advantage" is a more flexible feature, because its content easily varies depending on the actual circumstances. Indeed, neither in the NAFTA disputes nor in the WTO ones has the determination of "advantage" been a problem for qualification of measures. As advantages were recognized: export quotas¹², exemption from domestic tax¹³, reduction of customs duties¹⁴, price advantages¹⁵,

the right to conclude a state contract¹⁶. In *Canada – Renewable Energy* (2012) the panel noted a broad understanding of "advantage" for the purposes of TRIMs when compared with the Agreement on subsidies, where the notion "benefits" is strictly related to the financial element¹⁷. Nevertheless, the content of the "advantage" is secondary in regard to the causal link between performance of the requirement and receipt of this advantage. In *Canada – Autos* (2000), the arbitrators clearly emphasized, that competitive equality would be violated if the measure grants an advantage only to domestic goods and not to all similar goods, regardless of whether such advantage could be obtained by other means¹⁸.

However not all essential features of PRs were given in the agreements' definitions. For instance, the conclusion that investment measures can apply to both foreign and domestic investors was formulated only in practice. Notwithstanding the fact that the TRIMs Agreement is aimed at "facilitating foreign investment across international frontiers"¹⁹, in *Indonesia – Autos* (1998), the arbitrators pointed out, that the qualification of "trims" doesn't depend on the nationality of investors²⁰. Within NAFTA, this conclusion was drawn upon the interpretation of in-

¹⁰ *Pope & Talbot Inc. v. Government of Canada*. Interim Award by Arbitral Tribunal dated June 26, 2000. Para. 75. URL: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0674.pdf> (accessed date: 12.09.2018).

¹¹ *ADF Group Inc. v. United States of America*. Paras. 82, 172. URL: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0009.pdf> (accessed date: 12.09.2018).

¹² *Pope & Talbot Inc. v. Government of Canada*. Interim Award by Arbitral Tribunal dated June 26, 2000. Para. 73. URL: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0674.pdf> (accessed date: 12.09.2018).

¹³ See *Archer Daniels Midland Company and Tate & Lyle Ingredients Americas, Inc. v. The United Mexican States*. Para. 222. URL: https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0037_0.pdf (accessed date: 12.09.2018); *Cargill, Incorporated v. United Mexican States*. Para. 317. URL: https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0133_0.pdf (accessed date: 12.09.2018).

¹⁴ *Indonesia – Certain Measures Affecting the Automobile Industry*. Report by the Panel adopted on 2 July 1998 (WT/DS54/R, WT/DS55/R, WT/DS59/R, WT/DS64/R). Para. 14.85. URL: https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/54r00.doc (accessed date: 12.09.2018); *European Communities – Regime for the Importation, Sale and Distribution of Banana*. Report by the Panel adopted on 22 May 1997 (WT/DS27/R/USA). Paras. 7.179, 7.180. URL: https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/FE_Search/FE_S_S006.aspx?DataSource=Cat&query=@Symbol=WT/DS27/R/USA&Language=English&Context=ScriptedSearches&languageUIChanged=true (accessed date: 12.09.2018).

¹⁵ *Canada – Measures relating to the Feed-in Tariff Program*. Report by the Panel adopted on 19 December 2012 (WT/DS412/R, WT/DS426/R). Paras. 7.165, 7.177. URL: https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/412_426r_e.pdf (accessed date: 12.09.2018).

¹⁶ *India – Certain Measures relating to Solar Cells and Solar Modules*. Report by the Panel adopted on 24 February 2016 (WT/DS456/R). Para. 7.68. URL: https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/456r_e.pdf (accessed date: 12.09.2018).

¹⁷ *Canada – Certain Measures affecting the Renewable Energy Generation Sector*. Report by the Appellate Body adopted on 6 May 2013 (WT/DS412/AB/R, WT/DS426/AB/R). Para. 5.208. URL: https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/412_426abr_e.pdf (accessed date: 12.09.2018).

¹⁸ *Canada – Certain Measures Affecting the Automotive Industry*. Report by the Panel adopted on 11 February 2009 (WT/DS139/R, WT/DS142/R). Para. 10.87. URL: https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/6100d.pdf (accessed date: 12.09.2018).

¹⁹ *Agreement on Trade-related Investment Measures (TRIMs)*. Preamble. Para. 2 URL: https://www.wto.org/english/docs_e/legal_e/18-trims.pdf (accessed date: 12.09.2018).

²⁰ *Indonesia – Certain Measures Affecting the Automobile Industry*. Report by the Panel adopted on 2 July 1998 (WT/DS54/R, WT/DS55/R, WT/DS59/R, WT/DS64/R). Para. 14.73. URL: https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/54r00.doc (accessed date: 12.09.2018).

troductory Art. 1101 in the Chapter on investments, according to which “all investments in the territory of the Party” fall within the scope of the regulated PRs²¹.

II. For consonant placement of investment issues in a coherent system of trade rules the GATT participants had to advance a clear legal justification for it. Besides the objective to avoid the distorting effect of investment measures on trade, it was necessary to specify explicitly those GATT provisions, which might contradict such measures. For this purpose, the Working Group scrutinized 18 articles [Croome 1996:140]. But, finally, it was decided on the provisions of articles III and XI of GATT.

However, the referential nature of the TRIMs rules didn't help to engrain a new concept into WTO law. Western scholars, who previously put their hopes on the adoption of the TRIMs, eventually treated the agreement contemptuously, considering it “redundant”, i.e. excessive toward the GATT's provisions [Brewer, Young. 1998:457–470]. The decision in *EC-Bananas III* (1997) did its part. It was stated that “the TRIMs Agreement does not add to or subtract from those GATT obligations”²². This raised the question of the order in examining concerned measures for their compliance with the GATT and the TRIMs Agreements. Is there any need to involve the provisions of TRIMs in the decision-making process?

In *Indonesia – Autos* (1998), the panel had to clarify that the TRIMs contains a reference to the provisions of GATT and not to Art. III, as such, and thus, if article III of GATT is not applicable for reasons not related to the disciplines of Art. III itself, its provisions remain applicable for the purposes of the TRIMs agreement²³. Consequently, the TRIMs Agreement should be treated first, since its provisions are more specific as far as claims concern in-

vestment issues²⁴. Nonetheless, the panel rejected the finding of a violation of the TRIMs on the pretext of the principle of “judicial economy”. This position of the WTO Dispute Settlement Body (hereinafter – DSB) is maintained in all subsequent disputes concerning investment measures²⁵. It was presumed that measures falling under the definition of “trims” and incompatible with Art. III:4 or XI:1 of GATT are automatically considered to be in violation of Art. 2.1 of TRIMs.

WTO adjudicators stepped back from the formal-logical approach only in 2012. In the decision in *Canada – Renewable Energy* (2012) they reiterated the independence of the TRIMs provisions and concluded on the need for their separate consideration²⁶. The establishment of the violation of the national treatment principle was based on the assessment of contested measures in respect of Para. 1(a) of the Illustrative list to the TRIMs. The Appellate body confirmed the rationality of this decision and remarked, that “it is not obvious what a stand-alone finding of violation of Article III:4 of GATT would add to a finding of violation of Article III:4 that is consequential to an assessment under the Illustrative List of the TRIMs Agreement”. The panel's achievement was substantially complemented by the Appellate body's note on the content of the Illustrative list. It was indicated, that the list enumerates only exemplary measures that are contrary to the GATT principles, and a broad interpretation of its provisions is therefore needed. Therefore, the WTO DSB managed to cope with the problem of formal assessment of the TRIMs Agreement.

NAFTA investors also encountered the problem of formalism. In contrast to the Illustrative list to the TRIMs, Art. 1106 of NAFTA provides a closed list of PRs. Furthermore, Para. 5 of the Article explicitly pro-

²¹ See *ADM and Tate & Lyle v. Mexico*. Para. 221. URL: https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0037_0.pdf (accessed date: 12.09.2018).

²² *European Communities – Regime for the Importation, Sale and Distribution of Banana*. Report by the Panel adopted on 22 May 1997 (WT/DS27/R/USA). Paras. 7.185. URL: https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/FE_Search/FE_S_S006.aspx?DataSource=Cat&query=@Symbol=WT/DS27/R/USA&Language=English&Context=ScriptedSearches&languageUICanged=true (accessed date: 12.09.2018).

²³ *Indonesia – Certain Measures Affecting the Automobile Industry*. Report by the Panel adopted on 2 July 1998 (WT/DS54/R, WT/DS55/R, WT/DS59/R, WT/DS64/R). Para. 6.32. URL: https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/54r00.doc (accessed date: 12.09.2018).

²⁴ *Ibid.* Para. 14.63.

²⁵ See: *Turkey – Measures affecting the Importation of Rice*. Report by the Panel adopted on 21 September 2007 (WT/DS334/R). Para. 7.259. URL: [http://www.worldtradelaw.net/reports/wtopanels/turkey-rice\(panel\).pdf.download](http://www.worldtradelaw.net/reports/wtopanels/turkey-rice(panel).pdf.download) (accessed date: 12.09.2018); *China – Measures affecting Imports of Automobile Parts*. Report by the Panel adopted on 18 July 2008 (WT/DS339/R; WT/DS340/R; WT/DS342/R). Para. 7.759. URL: [http://www.worldtradelaw.net/reports/wtopanels/china-autoparts\(panel\).pdf.download](http://www.worldtradelaw.net/reports/wtopanels/china-autoparts(panel).pdf.download) (accessed date: 12.09.2018).

²⁶ *Canada – Certain Measures affecting the Renewable Energy Generation Sector*. Report by the Appellate Body adopted on 6 May 2013 (WT/DS412/AB/R, WT/DS426/AB/R). Para. 7.154. URL: https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/412_426abr_e.pdf (accessed date: 12.09.2018).

hibits an extensive interpretation of these provisions. Due to formal inconformity with the definitions of the article, investors' claims against Canada were rejected; this is the cases of *Pope & Talbot Inc.* in 2000, *Merrill & Ring Forestry L.P.* in 2010. In the first dispute on PRs, adopted for consideration on the merits, the panel conceived a theory of an unintentional impact of measures, the so-called "incidental effects"²⁷. It was assumed that the measures, of a mandatory or conditional nature which could not be established in accordance with Para. 1 or Para. 3 of Art. 1106, influenced investments incidentally²⁸. The negative effects of the measures for investors were considered to be "ancillary restraints"²⁹. In view of this they could not indicate themselves a violation by the state of its obligations under the NAFTA Agreement.

In the separate opinion to the award in *S.D. Myers, Inc. v. Canada* (2000), Dr. Bryan Schwartz pointed out the necessity to examine the substance of measures at issue. The verbal expression shouldn't disguise the meaning of the concept: local content requirements aren't limited to question of "how" the investment operations should be carried out, in the same way as requirements related to purchases from local suppliers aren't limited to the problem of engagement of third parties into production³⁰. This pernicious tendency could be overcome only through appealing to more general qualification criteria of investment measures.

III. The distinguishing of character features serves to set the concept apart from other related phenomena. To be qualified as a "trims", the measure must be "investment" and "trade-related". The criterion of "trade relationship" plays rather an inclusive role, that is to say, it ensures the inclusion of investment rules into the system of trade rules. In *Indonesia – Autos* (1998) the arbitrators formulated the presumption of

influence of local content requirements on the trade: "they would necessarily be 'trade-related' because such requirements, by definition, always favour the use of domestic products over imported products, and therefore affect trade"³¹. This conclusion was just cited in other decisions, but some clarification was needed in *Brazil – Taxation* (2017).

Brazil argued that its national programme could not be trade-related, because it was aimed at promoting research and development in production. However, the panel even so found the "trade-related" features. It acknowledged, that the inclusion of inputs used in the production of incentivized products into imported ones affects the sale and purchase of the latter, thereby has an impact on trade³². This argument seems unconvincing. On the one hand, a broad interpretation must have a reasonable limit. On the other hand, the panel simply followed the old maxim: "the way in which a measure is defined by a government itself, does not affect the qualification of the 'trims'"³³.

This conclusion was drawn in 1999 in response to Indonesia's arguments that its automobile programmes could not be considered "investment": first, they were adopted by ministries not as "investment", and second, they were effectuated by agencies, office scope of which does not cover investment issues. The purpose of the programmes became though decisive. The panel found that the measures were aimed at increasing the production of finished vehicles, their parts and components in Indonesia, and that the achievement of this objective inevitably would have affected investment in the concerned sector³⁴. As a result, the "objective of introduction" has become the main indication of whether the measure is "investment". Determining the "investment" character of the Indian National programme in the field of solar energy, the panel directly quoted the formulation of

²⁷ *S.D. Myers, Inc. v. Government of Canada*, Partial Award (I) dated November 13, 2000. Para. 270.

²⁸ *Merrill & Ring Forestry L.P. v. The Government of Canada*. Para. 110. URL: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0504.pdf> (accessed date: 12.09.2018).

²⁹ *Mobil Investments Canada Inc. and Murphy Oil Corporation v. Canada*. Decision on Liability and on Principles of Quantum dated May 22, 2012. Para. 242. URL: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw1145.pdf> (accessed date: 12.09.2018).

³⁰ Separate Opinion by Dr. Bryan Schwartz, concurring except with respect to performance requirements, in the partial award of the tribunal *S.D. Myers, Inc. v. Government of Canada* dated November 12, 2000. Paras. 188–197. URL: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0748.pdf> (accessed date: 12.09.2018).

³¹ *Indonesia – Certain Measures Affecting the Automobile Industry*. Report by the Panel adopted on 2 July 1998 (WT/DS54/R, WT/DS55/R, WT/DS59/R, WT/DS64/R). Para. 14.82. URL: https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/54r00.doc (accessed date: 12.09.2018).

³² *Brazil – Certain Measures concerning Taxation and Charges*. Report by the Panel adopted on 30 August 2017 (WT/DS472/R, WT/DS497/R). Para. 7.360. URL: https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/472_497r_e.pdf (accessed date: 12.09.2018).

³³ *Indonesia – Certain Measures Affecting the Automobile Industry*. Report by the Panel adopted on 2 July 1998 (WT/DS54/R, WT/DS55/R, WT/DS59/R, WT/DS64/R). Para. 14.81. URL: https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/54r00.doc (accessed date: 12.09.2018).

³⁴ *Ibid.* Para. 14.80.

this approach, which has already become canonical in the practice of the WTO DSB³⁵.

The decision in *Canada-Renewable Energy* (2012) supplemented the “objective” criterion with the “key factor”³⁶. The concept of “key factor” is not identical to the meaning of “causal link”, which is a necessary element in the determination of injury within the meaning of the Agreement on subsidies and countervailing measures and the Agreement on implementation of Art. VI of GATT (on anti-dumping measures). To establish a “trim” it is insufficient to find a potential relationship between the behavior of investors and the impact of the measure, the state initiative should be an overriding reason for the investor's choice of a particular strategy. The factor of “impact” of the measure on investments comes to the forefront.

From this perspective, it would be interesting to compare the criteria of “investment measure” within the meaning of Art. 2.1 of TRIMs and of “in connection with an investment” within the meaning of Para. 1 of Art. 1106 of NAFTA. To determine “whether the measure was introduced in connection with the investment” within the meaning of Art. 1106 of NAFTA it was *a contrario* initially accepted to focus on the nature of the measure's impact on the investment. At this point we return to the very doctrine of “incidental effects”, on the reverse side of which there is a “direct impact” with the performance requirements on the investment realization. In *ADM v. Mexico* (2007) the fact of impact of a new tax on the investment was not only confirmed, but was qualified as a “detrimental effect on the profitability of the investment”³⁷.

It wasn't till *Cargill v. Mexico* (2009), that the arbitrators addressed the idea of “objective”. Furthermore, this criterion was proposed not in addition to the feature of “influence”, but as a determining comprehensive factor. It was stated in the award: “the Tribunal sees no necessity to define in the abstract the degree of association or relationship... Here, the performance requirement in question was integrally related to the investment of the investor. <...> Absent the objective of targeting the supply of HFCS

in Mexico in order to bring pressure on the United States, there would have been no IEPS Tax”³⁸.

The formulation in the award in *Mobil Investments v. Canada* (2012) demonstrates an appropriate combination of a traditional approach and a new one: “It is plain, in the view of the Tribunal, that such spending on R&D (research and development) and E&T (education and traineeship) in the Province is a central feature of the 2004 Guidelines, and not an ancillary objective or consequence”³⁹.

The present analysis suggests the integrity of the concept of investment requirements. Certainly the way of the legal norm's development largely depends on the legal technique of its formulation. But the evidence from practice shows, the task of resolving substantially similar subjects can direct legal reasoning in one direction. Approaches of the TRIMs and NAFTA Agreements' editors inevitably differ. Foremost different goals are pursued: for the TRIMs – protection of trade against distortive effects of investment measure, for NAFTA – increasing investment opportunities (Art. 102.1(C)). Historical background is of great value: the TRIMs provisions reflect the GATT panels' experience, whereas the criterion “in connection with an investment” in Para. 1 of Art. 1006 of NAFTA represents the standard formula in investment treaties of the North American States.

Nevertheless, to address similar issues of interpretation, common qualification criteria of prohibited measures have been developed independently from each other in the practice of the investment disputes settlement. However, for the TRIMs the criterion of “objective” serves as an auxiliary element, in the case of the NAFTA the turn to the concept of “objective” is an opportunity to avoid excessive formalism in the qualification of the contested PRs. In the case of the criterion of “causality” (“impact” for NAFTA, “key factor” for the TRIMs) the situation is reversed. It is revealing that the concepts of “trims” and PRs can virtually develop in parallel to each other. Justification of this statement can be expected in new disputes on investment measures.

³⁵ India – Certain Measures relating to Solar Cells and Solar Modules. Report by the Panel adopted on 24 February 2016 (WT/DS456/R). Para. 7.60. URL: https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/dispu_e456r_e.pdf (accessed date: 12.09.2018).

³⁶ Canada – Certain Measures affecting the Renewable Energy Generation Sector. Report by the Appellate Body adopted on 6 May 2013 (WT/DS412/AB/R, WT/DS426/AB/R). Para. 7.110.

³⁷ Archer Daniels Midland Company and Tate & Lyle Ingredients Americas, Inc. v. The United Mexican States. Para. 227. URL: https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0037_0.pdf (accessed date: 12.09.2018).

³⁸ Cargill, Inc. v. United Mexican States. Para. 317. URL: https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0133_0.pdf (accessed date: 12.09.2018).

³⁹ Mobil Investments Canada Inc. and Murphy Oil Corporation v. Canada. Decision on Liability and on Principles of Quantum dated May 22, 2012. Para. 242. URL: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw1145.pdf> (accessed date: 12.09.2018).

References

1. Bogatyrev A.G. O mezhdunarodnom investitsionnom prave [On International Investment Law]. – *Sovetskii zhurnal mezhdunarodnogo prava*. 1991. No. 2. P. 17–27. (In Russ.)
2. Brewer T.L., Young St. Investment Issues at the WTO: the Architecture of Rules and the Settlement of Disputes. – *Journal of International Economic Law*. 1998. Vol. 3. Issue 3. P. 457–470. DOI: <https://doi.org/10.1093/jiel/1.3.457>
3. Croome J. *Reshaping the World Trading System: A History of the Uruguay Round*. World Trade Organization. 1996. 392 p.
4. Danelyan A.A. Regulirovanie rezhima inostrannykh investitsii v ramkakh VTO [Foreign Investment Regulations in the Framework of the WTO]. – *Pravo i gosudarstvo: teoriya i praktika*. 2015. No. 12 (132). P. 75–78. (In Russ.)
5. Danelyan A.A. Soglasenie po svyazannym s trgovlei investitsionnym meram (TRIMs) i printsip “performance requirements” [The Agreement on Trade-Related Investment Measures (TRIMs) and the principle of “performance requirements”]. – *Evrasiiskii yuridicheskii zhurnal*. 2016. No. 1 (92). P. 71–73. (In Russ.)
6. Dolzer R. Foundations of the Law of Expropriation of Alien Property. – *The American Journal of International Law*. 1981. Vol. 75. Issue. 3. P. 553–589.
7. Doronina N.G. Mezhdunarodnyi dogovor kak istochnik pravovogo regulirovaniya investitsii [International Treaty as a Source of Legal Regulation of Investments]. – *Regulirovanie investitsii v mezhdunarodnom chastnom prave: Materialy konferentsii, Moskva, 30 oktyabrya 2007 g.* [Regulation of Investments in Private International Law: Materials of the Conference, Moscow, 30 October 2007]. Moscow. 2008. P. 5–18. (In Russ.)
8. Fidler D.P. The Return of the Standard of Civilization. – *Chicago Journal of International Law*. 2015. Vol. 2. No. 1. P. 137–157.
9. Hefti T. *La protection de la propriété étrangère en droit international public*. Zurich: Schulthess Polygraphischer. 1989. 214 p.
10. Houtte H.V. *The Law of International Trade*. London: Sweet & Maxwell. 1995. 429 p.
11. Khabibullin A.G., Chernobel' G.T. Interesy gosudarstva i ego okhranno-zashchitnaya funktsiya [The Interests of the State and Its Protective-protective Function]. – *Zhurnal Rossiiskogo prava*. 2008. No. 5. P. 18–27. (In Russ.)
12. Kobrin S.J. *Managing Political Risk Assessment: Strategic Response to Environmental Change*. Berkeley: University of California Press. 1982. 224 p.
13. Lisitsa V.N. *Pravovoe regulirovanie investitsionnykh otnoshenii: teoriya, zakonodatel'stvo i praktika primeneniya* [Legal Regulation of Investment Relations: theory, legislation and practice of application]. Novosibirsk: Novosibirskii gos. un-t Publ. 2011. 468 p. (In Russ.)
14. Schwarzenberger G.A. *Foreign Investments and International Law*. London: Stevens & Sons. 1969. 237 p.
15. Silin V., Glazunov V. Kriterii otsenki investitsionnoi privilekatel'nosti proektov [Criteria for Assessing the Investment Attractiveness of Projects]. – *Investitsii v Rossii*. 1995. No. 11/12. P. 46–49. (In Russ.)
16. Sornarajah M. *The International Law on Foreign Investment*. 2nd ed. Cambridge; New York: Cambridge University Press. 2004. 525 p.
17. Vel'yaminov G.M. *Mezhdunarodnoe pravo: opyty* [International Law: experiments]. Moscow: Statut Publ. 2015. 1006 p. (In Russ.)
18. Vitzthum W.G. [et al.]. *Mezhdunarodnoe pravo* [International Law]. Moscow: Infotropik Media Publ. 2015. 1072 p. (In Russ.)
19. Yudakov O. Metody otsenki finansovoi effektivnosti i riskov real'nykh investitsii v usloviyakh neopredelennosti [Methods of Assessing Financial Efficiency and Risks of Real Investments in Conditions of Uncertainty]. – *Investitsii v Rossii*. 1999. No. 3. P. 27–30. (In Russ.)

About the Authors

Andrey A. Danelyan,

Doctor of Juridical Sciences, Associate Professor, Head of the Department of International Law, Diplomatic Academy MFA Russia

53/2-1, ul. Ostozhenka, Moscow, Russian Federation, 119021

danel1@mail.ru

ORCID: 0000-0001-5771-0888

Olga S. Magomedova,

2nd year student of the Master's Program “International Economic Law”, Moscow State Institute of International Relations (University) MFA Russia

76, pr. Vernadskogo, Moscow, Russian Federation, 119454

olga.magomedova.96@mail.ru

ORCID: 0000-0003-0593-3101

Информация об авторах

Андрей Андреевич Данельян,

доктор юридических наук, доцент, заведующий кафедрой международного права, Дипломатическая академия МИД России

119021, Российская Федерация, Москва, Остоженка ул., д. 53/2-1

danel1@mail.ru

ORCID: 0000-0001-5771-0888

Ольга Сергеевна Магомедова,

студентка 2-го курса магистратуры по программе «Международное экономическое право», Московский государственный институт международных отношений (Университет) МИД России

119454, Российская Федерация, Москва, проспект Вернадского, д. 76

olga.magomedova.96@mail.ru

ORCID: 0000-0003-0593-3101

DOI: 10.24833 / 0869-0049-2018-4-54-63

Dmitry K. LABIN

Moscow State Institute of International Relations (University) MFA Russia
76, pr. Vernadskogo, Moscow, Russian Federation, 119454
d.labin@inno.mgimo.ru
ORCID: 0000-0002-1493-4221

Renata R. MURATOVA

Moscow State Institute of International Relations (University) MFA Russia
76, pr. Vernadskogo, Moscow, Russian Federation, 119454
renata.muratova@hotmail.com
ORCID: 0000-0001-9441-3823

NEW APPROACHES TO THE BALANCE BETWEEN INVESTOR PROTECTION AND THE RIGHT TO REGULATE WITHIN MEGA-REGIONAL AGREEMENTS

INTRODUCTION. *In 2015 UNCTAD elaborated a roadmap for international investment agreements reform, aimed at bringing the terms of such agreements in line with modern sustainable development imperatives. For a long time the question of the balance between investor protection in the territory of the host state and the right of this state to regulate within international investment and trade agreements has caused controversy among international law scholars. In particular, very often international agreements endow foreign investors with greater rights thereby limiting sovereign rights of the host state. The present article provides a comparative analysis of the investment protection and promotion provisions under the Comprehensive Economic and Trade Agreement (CETA) and the Comprehensive and Progressive Agreement for Trans-Pacific Partnership (CPTPP or TPP-11). Also, for the first time among Russian scholars, the authors give an analysis of the changes that occurred during the signature of the CPTPP Agreement on March 8, 2018 after the US withdrawal at the beginning of 2017.*

MATERIALS AND METHODS. *The research in the article is based on the provisions of the CPTPP*

and CETA that regulate foreign investments as well as the works of Russian and foreign international investment law scholars. It is necessary to mention the significant role of the World Investment Reports, published by UNCTAD in 2016 and 2017, in making a comparison of provisions dedicated to investment protection and the right to regulate, contained in different international investment agreements and bilateral investment treaties.

RESEARCH RESULTS. *In-depth analysis of CPTPP and CETA provisions that regulate foreign investments showed that these agreements contain unique and innovative provisions that could rarely be found in contemporary international investment agreements. These provisions not only clarify the foreign investor rights when carrying out activities on the territory of the host state, giving more detailed description of the states obligations and the guarantees provided, but also specify rules for the investor-state disputes settlement.*

DISCUSSION AND CONCLUSIONS. *Both mega-regional agreements, analyzed in the present article, contain extensive chapters devoted to achievement of maximum transparency in dispute settlement, while*

CETA introduces its own Investment Court System which includes a permanent appellate body. At the same time, the CPTPP Agreement for the first time, compared with already existent investment agreements, carves out a specific product – tobacco – from protection when settling investor-state disputes. Although neither CETA, nor CPTPP have yet been ratified by the parties, it is important to consider how these provisions on investment regulation would shape future international investment agreements and bilateral investment treaties.

KEYWORDS: *investments, Comprehensive Eco-*

nomic and Trade Agreement (CETA), Comprehensive and Progressive Agreement for Trans-Pacific Partnership (CPTPP), investment protection, right to regulate, reform of the investor-state dispute settlement, Investment Court System

FOR CITATION: Labin D.K., Muratova R.R. New Approaches to the Balance between Investor Protection and the Right to Regulate within Mega-regional Agreements. – *Moscow Journal of International Law*. 2018. No. 4. P. 54-63.

DOI: 10.24833/0869-0049-2018-4-54-63

DOI: 10.24833 / 0869-0049-2018-4-54-63

Дмитрий Константинович ЛАБИН

Московский государственный институт международных отношений (Университет) МИД России
Проспект Вернадского, д. 76, Москва, 119454, Российская Федерация
d.labin@inno.mgimo.ru
ORCID: 0000-0002-1493-4221

Рената Равилевна МУРАТОВА

Московский государственный институт международных отношений (Университет) МИД России
Проспект Вернадского, д. 76, Москва, 119454, Российская Федерация
renata.muratova@hotmail.com
ORCID: 0000-0001-9441-3823

НОВЫЕ ПОДХОДЫ В СООТНОШЕНИИ ПРАВА НА ЗАЩИТУ ИНВЕСТИЦИЙ И ПРАВА НА РЕГУЛИРОВАНИЕ В РАМКАХ МЕГАРЕГИОНАЛЬНЫХ СОГЛАШЕНИЙ

ВВЕДЕНИЕ. Еще в 2015 г. ЮНКТАД предложила дорожную карту реформы международных инвестиционных соглашений, нацеленную на приведение режима таких договоров в соответствие с сегодняшними императивами устойчивого развития. На протяжении длительного времени именно вопрос о соотношении прав иностранного инвестора на территории принимающего государства и права этой страны на регулирование в рамках международных ин-

вестиционных и торговых соглашений вызывал полемику среди юристов-международников. В частности, нередко международные договоры наделяли иностранного инвестора большими правами, ограничивая тем самым суверенные права принимающего государства. В настоящей статье приведен сравнительный анализ положений по защите и поощрению инвестиций в рамках двух соглашений нового поколения: Соглашения о всеобъемлющей зоне свободной

торговли между Канадой и Европейским союзом (СЕТА) и Всеобъемлющего и прогрессивного соглашения для Транстихоокеанского партнерства (ВПТТП или ТПП-11). Впервые в отечественной доктрине рассмотрены изменения, произошедшие при подписании странами-партнерами Соглашения о ТПП-11 8 марта 2018 г. без участия США.

МАТЕРИАЛЫ И МЕТОДЫ. Настоящее исследование основано на анализе отдельных положений глав Соглашения о ТПП-11 и СЕТА, регулирующих иностранные инвестиции. Кроме того, в статье были рассмотрены труды отечественных и зарубежных исследователей в области международного инвестиционного права. Важную роль при сравнении положений по защите инвестиций и права на регулирование сыграли доклады о мировых инвестициях, подготовленные ЮНКТАД в 2016–2017 гг.

РЕЗУЛЬТАТЫ ИССЛЕДОВАНИЯ. Углубленный анализ глав Соглашения о ТПП-11 и СЕТА, посвященных регулированию инвестиций, позволил определить, что данные договоры содержат в себе новые подходы к регулированию инвестиций, которые практически не встречаются в действующих двусторонних инвестиционных соглашениях. Это касается не только уточнения прав иностранного инвестора при осуществлении деятельности на территории принимающей страны, но и улучшенной модели суверенного права государства на регулирование. Кроме того, были рассмотрены детально оформленные обязательства государств и предоставляемые ими гарантии, а также порядок урегулирования споров между инвестором и государством.

ОБСУЖДЕНИЕ И ВЫВОДЫ. Рассматри-

ваемые в статье мегарегиональные соглашения содержат достаточно объемную часть, посвященную достижению максимальной прозрачности при урегулировании споров, причем СЕТА идет дальше и вводит собственную систему инвестиционных судов, в рамках которой действует постоянный апелляционный трибунал. В то же время Соглашение о ТПП-11 впервые среди уже существующих инвестиционных договоров исключает договорную защиту инвесторов не только в чувствительных секторах сферы услуг, но и в производственном секторе национальной экономики – табачной отрасли. Хотя ни одно из рассматриваемых в настоящей статье соглашений пока еще не ратифицировано сторонами, важно определить, каким образом положения по регулированию инвестиций могут повлиять на будущий облик международных инвестиционных соглашений и двусторонних инвестиционных договоров.

КЛЮЧЕВЫЕ СЛОВА: инвестиции, Всеобъемлющее экономическое и торговое соглашение (СЕТА), Всеобъемлющее и прогрессивное соглашение для Транстихоокеанского партнерства (ВПТТП или ТПП-11), защита инвестиций, право на регулирование, реформа механизма международного урегулирования споров между инвестором и государством, система инвестиционных судов

ДЛЯ ЦИТИРОВАНИЯ: Лабин Д.К., Муратова Р.Р. 2018. Новые подходы в соотношении права на защиту инвестиций и права на регулирование в рамках мегарегиональных соглашений. – *Московский журнал международного права*. № 4. С. 54–63.

DOI: 10.24833/0869-0049-2018-4-54-63

The balance between the right to protect private foreign investments and the right of host countries to regulate foreign investments within their own jurisdiction is the key issue when searching for a proper international legal mechanism to overview cross-border flows of capital in terms of globalization of the world economy either in the treaty practice of states or in academic discussions in this area. The criticism that has developed here concerns essentially only those provisions of international in-

vestment treaties that limit the freedom of the contracting states to choose sovereign measures to regulate the economic activities of foreigners within their own territory. Their opponents, on the contrary, note that international conventional norms protect only covered investors [Gaukrodger 2017:40].

According to the 2017 UNCTAD World Investment Report, in 2016 there have been concluded 37 new international investment agreements: 30 bilateral investment treaties (BITs) and 7 agreements

containing provisions on investment regulation¹. Among them there have been signed 2 mega-regional agreements – the Comprehensive Economic and Trade Agreement (CETA) between Canada and the European Union and the Trans-Pacific Partnership Agreement (TPP) [Lebedeva 2017:54–69].

However, on January 22, 2017 newly elected US President D. Trump signed an executive order on the US withdrawal from the TPP Agreement, which called into question the future of the partnership [Molchakov, Yakunin 2018:56–57]. It is necessary to note that the TPP Agreement does not provide for the termination of the agreement following the withdrawal of the party. But the access to the market of the largest importer of goods and services, which is the USA, has been one of the main objectives of cooperation for the partner states. At the same time, according to some researches, the TPP Agreement was part of the US “divide and conquer” global strategy, which included the need for the US to participate in negotiations that could weaken some trading partners in order to “secure the outcomes it prefers” [Benvenisti 2015:23]. In particular, this could become possible at the regional level, rather than within global trade institutions such as the WTO [Alvarez 2016:49].

Yet, despite the withdrawal of one of the main parties, on March 8, 2018 in Santiago, Chile the remaining 11 countries signed a new agreement that became a milestone in the development of their relations within the TPP – The Comprehensive and Progressive Agreement for the Trans-Pacific Partnership, CPTPP or TPP-11². It should be mentioned that the text of the new agreement incorporates almost completely the text of the old TPP Agreement (it is included in the CPTPP Agreement by reference), aside from 22 suspended provisions that mostly concern intellectual property rights, cross border trade in services and investments. According to some experts, it was these provisions that were promoted by the USA at the stage of negotiation of the initial text of the TPP Agreement [Flynn et al. 2013: 105–202].

Another mega-regional agreement – CETA – was signed by the contracting parties on October 30, 2016³. It will replace eight already existing bilateral investment treaties between Canada and each individual EU member state. CETA became the first agreement in the treaty history of the EU that contains provisions both for the investment protection and a dispute settlement mechanism to enforce this protection [Puccio, Harte 2017:34]. It should be mentioned that Canada also is a partner state to the CPTPP.

Despite the fact that both CPTPP and CETA have yet to be ratified by the partner states (in the case of CETA – each EU state separately) before they enter into force, the Art. 30.7(3) of CETA provides for the possibility of provisional application prior to ratification by all EU member states. This became possible after CETA was ratified by the European Parliament on February 15, 2017 on the one side, and Canada on May 16, 2017 on the other. Following the joint statement during the G20 summit (July 2017) both parties to the Agreement decided to apply CETA provisionally starting from September 21, 2017⁴. In its decision as of October 27, 2016, the Council of the European Union clearly defined the CETA stipulations that could be provisionally applied⁵. It is important to take into consideration that the provisional application of CETA refers only to those provisions that are within the competence of the European Parliament, for example, by now, customs duties were eliminated for 98% of goods constituting mutual trade between the EU and Canada which means it will allow the EU to save 590 million euros per year [Chuvakhina 2018:51–58]. In turn, the provisions relating to the investment sphere of cooperation, for example the Investment Court System (ICS), that will be discussed later, will be applied only after the final ratification of the Agreement by each EU member state is made. To date the parliaments of some EU states including Denmark, Latvia, Spain, Croatia and Portugal have already ratified the CETA.

¹ World Investment Report 2017: Investment and the Digital Economy. P. 111. URL: http://unctad.org/en/PublicationsLibrary/wir2017_en.pdf (accessed date: 17.08.2018).

² Government of Canada: Official text of CPTPP. URL: <http://international.gc.ca/trade-commerce/trade-agreements-accords-commerciaux/agr-acc/cptpp-ptpgp/text-texte/index.aspx?lang=eng> (accessed date: 17.03.2018).

³ European Commission: CETA chapter by chapter. URL: <http://ec.europa.eu/trade/policy/in-focus/ceta/ceta-chapter-by-chapter/> (accessed date: 15.08.2018).

⁴ Statement by Mr Jean-Claude Juncker, President of the European Commission and Mr Justin Trudeau, Prime Minister of Canada “EU and Canada agree to set a date for the provisional application of the Comprehensive Economic and Trade Agreement”. URL: http://europa.eu/rapid/press-release_STATEMENT-17-1959_en.htm (accessed date: 23.08.2018).

⁵ Council Decision on the provisional application of the Comprehensive Economic and Trade Agreement (CETA) between Canada, of the one part, and the European Union and its Member States, of the other part. URL: <http://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-10974-2016-INIT/en/pdf> (accessed date: 23.08.2018).

Provisions ensuring an appropriate balance between the rights of foreign investors and host countries are grouped into separate sections of each of the international legal documents (CETA and CPTPP in Chapters 8 and 9, respectively). In general, both agreements provide for a standard set of obligations for Member States to protect the rights of the foreign investor and his investments, including the most-favored-nation treatment, national treatment, protection against unlawful expropriation, and minimum standard of treatment.

As it was previously mentioned, when the text of the CPTPP was agreed upon by the partner states, some of the provisions of the investment chapter were suspended. However, it does not significantly change the basis for regulating investment relations between partner states. In particular, the partner states have suspended the term “investment agreement”, often used when concluding investment agreements in primary industries (oil, mining, etc.) and the “investment authorization” from Art. 9⁶.

It is important to keep in mind that the suspension of an “investment agreement” out of the protection of the investor-state dispute settlement mechanism does not mean that any foreign investor is deprived of protection under Chapter 9. Article 9.1 contains a rather broad definition of the “investment” clarifying all types of investments that can be subject to arbitration. Thus, if a foreign investor has an agreement with the host state, and the subject of this agreement is an “investment” in accordance with Art. 9.1, then the foreign investor has the right to initiate the “investment dispute” (Art. 9.19) based on the violation by the host state of the foreign investor protection principles set out in Section A of the investment chapter of the CPTPP (minimum standard, principle of non-discrimination, expropriation, etc.).

The suspension of the term “investment authorization” should also be read in conjunction with the rest of the Chapter 9, namely the definition of “investment”, which protects “licenses, authorisations, permits and similar rights conferred pursuant to the Party's law”. Accordingly, in order to challenge the actions of the host state, the investor in each case must prove that his license, authorisation or permit falls under the definition of “investment” in order to initiate further an “investment dispute”.

Difficulties concerning the balance between the rights of a foreign investor and host state are undoubtedly related to differences in final goals: more often the interests of the former are aimed at obtaining maximum economic profit, while the interests of the latter also include the need to protect public interests, the environment, etc. Accordingly, this leads to different “expectations” of the parties to the investment agreement. In particular, it is about the concept of investor's “legitimate expectations”, originating from the standard of fair and equitable treatment provided by a host state [Rachkov 2014:196–220]. This concept allows foreign investors to file a claim with the state in international investment arbitration in cases where the state did not meet the investor's legitimate expectations. The contracting parties to CETA agreed on important provisions that ensure their right to regulate in order to achieve goals related to the protection of public health, safety, the environment, public morals, social and consumer rights, as well as the protection and promotion of cultural diversity (Art. 8.9.1). In this regard, in addition to Art. 8.9.1, Art. 8.9.2 of the CETA clarifies that any action, as well as the omission of the host state (including changing its national legislation) that did not meet the expectations of the foreign investor, will not constitute a violation by the host state of a fair and equitable standard, even if it has led to damage to the investment.

In turn, the provisions of Chapter 9 of the CPTPP Agreement provide greater certainty within the definitions of “non-discrimination” and “minimum standard of treatment”. For example, the right of a contracting state to take certain measures aimed at protecting public welfare is allowed as an exemption, even if they are inconsistent with an investor's expectations. Now there is no breach of the obligations.

Along with the increase in the number of concluded investment agreements, the number of investor-state disputes under these agreements is growing. According to the above-mentioned annual investment report of UNCTAD, in 2016, there were 62 new disputes initiated, which increased the number of already known cases to 767⁷.

Representing models of the “new era” investment agreements, both projects offer to the interested for-

⁶ TPP11: Unpacking the suspended provisions. – *Asian Trade Center – Policy Brief*. 2017. No. 17-11. URL: <https://static1.squarespace.com/static/5393d501e4b0643446abd228/t/5a0a27b1f9619a1bb0564c62/1510614967962/Policy+Brief+17-11+TPP11+Suspensions.pdf> (accessed date: 08.08.2018).

⁷ World Investment Report 2017: Investment and the Digital Economy. P. 12. URL: http://unctad.org/en/PublicationsLibrary/wir2017_en.pdf (accessed date: 17.08.2018).

eign investors an investor-state dispute settlement mechanism. Although the mechanisms themselves differ, the provisions establishing these mechanisms are among the most controversial in the opinion of some international lawyers [Hufbauer 2016:109–119].

According to international law rules, as well as widely recognized doctrine and practice, an investment dispute between foreign investor and host state can be subject to the home State espousal via diplomatic processes only when all domestic remedies (*lex situs*) have been exhausted in accordance with the legislation of the host state [Labin 2008:255]. However, the contracting states by agreement give foreign investors the right, at their own discretion, to bring a claim to international arbitration specified in the provisions of the agreement. This right, of course, gives a foreign investor greater protection. However, at the same time, it should be considered that the investor-state dispute has a private law nature, and the state is subject to international law. Therefore, the right of the state to regulate is restricted. Accordingly, there is a point of view that international investment agreements create rights for investors, but duties and responsibilities for states [Rachkov 2016:118–136].

In addition, *ad hoc* investment arbitrations provided for in many bilateral and international investment agreements are often distinguished by holding closed hearings, the parties to the dispute are the one's appointing the arbitrators, and agreements do not provide for certain qualifications or competencies to discharge the function. Thus, the problem of inconsistency and unpredictability of arbitration practice arises [Gudkov 2015:10].

In accordance with the Art. 9.19.4 of the CPTPP investors are provided with an opportunity to submit

a claim in national courts on the territory of the host state, or to submit a claim to the International Center for Settlement of Investment Disputes (ICSID) under its Rules of Procedure for Arbitration Proceedings or Additional Facility Rules or to an *ad hoc* arbitration under UNCITRAL Arbitration Rules. Thus, a foreign investor is free from the need to exhaust domestic means of legal protection. At the same time, the possibility of a parallel consideration of a dispute on one factual basis in various arbitrations is also excluded, which aims at preventing unfair attempts of abuse by a foreign investor to choose the arbitration of another body that is most beneficial for him (the so-called “forum shopping”) [Stephenson, Carroll 2016:200–215]. These provisions are aimed at avoiding payment of double compensation, as well as making contradictory decisions on the same dispute.

Unlike traditional mechanisms for settling investment disputes provided for in this category of international agreements, CETA offers a completely new approach – the creation of the Investment Court System. For the first time, the idea of establishing a permanent jurisdictional body was expressed during the negotiations between the EU and the United States on the Transatlantic Trade and Investment Partnership (TTIP), which already contained a similar arbitration clause. Caused by public protests, as well as after public consultations, the European Parliament, in its resolution as of July 8, 2015⁸, demanded that the existing mechanism for resolving investment disputes be replaced by a permanent court, including an appellate body⁹. In general, among citizens of European Union states, investment arbitration is often associated with an unjust and poorly controlled method of settling disputes¹⁰. In this regard, Belgium signed the CETA, provided that the EU Court of Jus-

⁸ European Parliament Resolution 2014/2228(INI) of 8 July 2015 containing the European Parliament's recommendations to the European Commission on the negotiations for the Transatlantic Trade and Investment Partnership (TTIP). URL: <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+TA+P8-TA-2015-0252+0+DOC+XML+V0//EN> (accessed date: 17.08.2018).

⁹ On November 16, 2015 the European Commission proposed draft provisions for a permanent international investment court (IIC) for the TTIP and other agreements containing provisions on promotion and protection of foreign investments. During the negotiations the EU representative underlined that the IIC mechanism would facilitate the implementation of the right to regulate by contracting states. See Blog by Cecilia Malmström on Proposing an Investment Court System (2015). URL: https://ec.europa.eu/commission/commissioners/2014-2019/malmstrom/blog/investments-ttip-and-beyond-towards-international-investment-court_en (accessed date: 17.08.2018). The Commission also announced the start of negotiations on the draft articles for the IIC together with all interested states. In November 2015 a draft text of the relevant provisions on the court and appellate body was prepared to be included in the TTIP investment chapter. In December 2015 the EU and Vietnam signed a FTA that contains provisions on the proposed international jurisdictional bodies.

¹⁰ Ispolinov A.S. 2015. Evropeiskii Soyuz i reforma investarbitrazha: vynuzhdennaya zhertva ili dymovaya zavesa? [The European Union and the Investment Arbitration Reform: a forced victim or a smoke screen?]. – *Zakon*. November 11, 2015. URL: https://zakon.ru/blog/2015/11/17/evropejskij_soyuz_i_reforma_investarbitrazha_vynuzhdennaya_zhertva_ili_dymovaya_zavesa (accessed date: 17.08.2018).

tice considers the issue of compliance of the CETA provisions with European Union law¹¹.

The entire Investment Court System was included in CETA, consisting of the Tribunal (Art. 8.27) and the Appellate Tribunal (Art. 8.28). In addition, unlike the traditional approach to resolving investment disputes, the Tribunal will consist of 15 members appointed by the parties to an international treaty – the European Union and Canada respectively, and not the investor and the host state, as provided for by the vast majority of modern BITs. The hearings themselves will be held with the participation of three judges elected on a rotation basis. Incidentally, the rotation concept for electing arbitrators is also enshrined in the CPTTP text.

This measure is important within the framework of reforming the existing system of investment disputes settlement. As it turned out, more than a half of the awards of the investment arbitrations were adopted by a narrow group of 15 arbitrators [Ispolinov 2015:80–96], appointed by the parties from one case to another. It may be mentioned that arbitrators are paid with high fees. Many researchers cite as an example the cases *Yukos shareholders v. Russia* [Ispolinov 2015:80–96], after which the arbitrators' fee was settled at 1.5 to 2 million euros [Rachkov 2016:118–136].

Additionally, like some other states which signed the new Agreement CPTTP New Zealand has concluded side letters limiting the possibility of using the investor-state dispute settlement mechanism¹². Supplementary agreements with Australia and Peru completely curbed this possibility. Previously, as far back as 2016, within the framework of the TTP both Australia and New Zealand established an exception to the mechanism for settling investment disputes. For these countries, the settlement of investment disputes is possible only in national courts of the host state (Chapter 9, Section B of the CPTTP). This provision demonstrates the mutual confidence between Australia and New Zealand concerning national legislative and judicial systems due to their similarity and development in terms of providing protection to a foreign investor [Nottage 2016:1–36].

At the same time, additional side letters with Brunei, Malaysia and Vietnam provide for the following procedure. The foreign investor, first of all,

will have to try to settle the controversial issue with the government of the host state through consultations and negotiations (which, among other things, include good offices, mediation and conciliation). After 6 months, in case of failure of consulting or conciliation measures, a foreign investor may request the consent of the host state to consider the dispute through the mechanism provided by the CPTTP. If the government refuses to give its consent, the national state of the investor may request consultations at the interstate level.

The procedural part of submitting a claim by a foreign investor to arbitration is also described in great detail within the framework of both agreements. At the first stage, both CETA and CPTTP provide for the parties to hold consultations. According to Art. 8.19 of CETA, consultations shall be held within 60 days of the submission of the request for consultations, unless the parties in dispute have agreed on a longer period of time. The CPTTP provides for a period of 6 months from the date of receipt by the counterpart of a written request for consultations.

In accordance with Art. 9.22 of the CPTTP, the tribunal comprises 3 arbitrators: each party to the dispute chooses one arbitrator, and the third, presiding arbitrator, is elected by mutual agreement of the parties. If within 75 days from the date the claim was submitted the tribunal has not been constituted, the Secretary-General of the ICSID shall appoint arbitrators at his or her own discretion.

If one of the arbitrators fails to comply with strict ethic rules (Art. 8.30 CETA), he/she will be replaced, but this decision will be made by an independent party, namely the President of the International Court of Justice. Such rules can make a contribution in the process of taking impartial decisions by arbitrators, as well as help reduce the likelihood of erroneous judgments.

Within the framework of the system provided by CETA, an important component is the possibility of referring the case to an appellate body. The very existence of such a body is an innovation within the framework of the international investment disputes settlement. The decision of investment arbitration has always been implied to be final and not subject to appeal. In the framework of the ICSID, in accordance

¹¹ Belgium's request for an opinion on the compatibility of the Investment Court System (ICS) with the European Treaties to the Court of Justice of the European Union. URL: https://diplomatie.belgium.be/sites/default/files/downloads/ceta_summary.pdf (accessed date: 17.08.2018).

¹² Parker H.D. New Zealand Signs Side Letters Curbing Investor-state Dispute Settlement. – *The official website of the New Zealand Government*. March 9, 2018. URL: <https://www.beehive.govt.nz/release/new-zealand-signs-side-letters-curbing-investor-state-dispute-settlement> (accessed date: 03.09.2018).

with the existing procedure stipulated by the Washington Convention on the Settlement of Investment Disputes Between States and Nationals of Other States, 1965, the disputing parties have an opportunity to request annulment of the award, but such a procedure does not imply consideration on the merits of the case or the adoption of a new award, which is the main purpose of the appellate body [Ispolinov 2015:80–96].

The lack of transparency in the investor-state dispute settlement, in particular, closed dispute settlement sessions, which also corresponds the interests of a foreign investor, have caused great controversy over the years [Van Harten 2016:103–130]. Many international investment agreements and BITs stipulate that hearings on a dispute, as well as all details of a dispute, can be kept in complete confidentiality if the disputing parties wish so, even in cases where the dispute affects public interests¹³. For example, Art. 25(4) of the UNCITRAL Arbitration Rules provides for holding a court session “*in camera* unless the parties agree otherwise”¹⁴. The CETA and CPTPP provide for full transparency throughout the entire dispute settlement period. According to the provisions of both agreements, all documents (written submissions of the disputing parties, the award of the arbitration) will be kept in the public domain. The exception composes protected information, as well as confidential business information protected from the disclosure under a party's legislation. All conditions of confidentiality of information are clearly stated in the relevant paragraphs of the agreements under consideration. All hearings will be open to the public, and third parties interested in the dispute will also be able to make their written submissions (*amicus curiae*)¹⁵.

It is important to outline that Chapter 9 (Art. 23.7) of the CPTPP Agreement explicitly states that the burden of proving all elements of its claims in the process of settling a dispute lies precisely on the investor, and not on the respondent state.

The Art. 29.5 of the CPTPP carves out tobacco from the provisions of the dispute settlement be-

tween the investor and the host state. Usually, in the practice of concluding international investment agreements, exceptions concerned broader areas of trade in goods and services. Hufbauer discusses that such an exception within the framework of the CPTPP can set a precedent for creating regulations on the exclusion of alcoholic products, corn syrup and other goods that may harm health or the environment [Hufbauer 2016:109–119]. One of the reasons for introducing such an exception into the text of the CPTPP could possibly become a lawsuit filed by Australia's Philip Morris Asia tobacco company in 2011 under the Australia-Hong Kong BIT, regarding the plain packaging law introduced by Australia in 2011, about restrictions on brand image (it could be placed only in a certain place on the packaging) and the introduction of a unified type of cigarette packs. Unified packaging was understood as matte brown packaging with no logos, trademarks and colors on it. On December 17, 2015, the Tribunal hearing the case resolved the dispute in favor of Australia, ruling that it is precluded from exercising jurisdiction over the dispute¹⁶.

It should be outlined that this dispute also influenced the development of some provisions of CETA. In particular, Art. 8.18.3 prohibits consideration of a case when “investment has been made through fraudulent misrepresentation, concealment, corruption, or conduct amounting to an abuse of process”¹⁷. Thus, CETA prevents fraudulent or misleading claims by foreign investors against the host state. In addition, under Arts. 8.32 and 8.33, there is an accelerated procedure for filing an objection that a claim resulted being without legal merit, which may take only a few weeks. These provisions are broader in application than in any other comparable agreements, with the exception of agreements with EU participation (for example, the EU – Vietnam FTA Agreement).

In general, some of the provisions for the protection and promotion of investments under the CETA and the CPTPP Agreement do more precisely regulate the rights of a foreign investor and the host

¹³ Reform of Investor-State Dispute Settlement: in search of a roadmap. UNCTAD IIA Issues Note. 2013. No. 2. URL: https://unctad.org/en/PublicationsLibrary/webdiaepcb2013d4_en.pdf (accessed date: 08.08.2018).

¹⁴ UNCITRAL Arbitration Rules. General Assembly Resolution 31/98. URL: <http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/arbitration/arb-rules/arb-rules.pdf> (accessed date: 08.08.2018).

¹⁵ See Art. 8.36 “Transparency of proceedings” (CETA), Art. 9.24 “Transparency of Arbitral Proceedings” (CPTPP Agreement).

¹⁶ Philip Morris Asia Ltd. v. The Commonwealth of Australia. PCA Case No. 2012-12 (Award on Jurisdiction and Admissibility) dated December 17, 2015. URL: https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw7303_0.pdf (accessed date: 25.08.2018).

¹⁷ Shaposhnikova O.S. The Philip Morris Case and the Right to Regulate (Legislate). – *International Law Square*. February 5, 2016. URL: <https://ilsquare.org/2016/02/05/the-philip-morris-case-and-the-right-to-regulate-legislate/> (accessed date: 19.08.2018).

state. Undoubtedly, these provisions can be considered as a prototype of the new investment rules, which can subsequently be incorporated into international investment agreements and new-generation BITs.

With the general commitment of both agreements to assist states in their right to regulate, it must be recognized that the CETA goes a little further than the CPTPP, giving the state greater rights under the investor-state dispute settlement mechanism. However, after the US's withdrawal from the TTP Agreement, the remaining partner states, in our opinion, have significantly expanded the area of their right to regulate within the new CPTPP Agreement.

At the same time, there is a necessary detail worth mentioning: CETA provides that access to the Investment Court System can be obtained not only by national companies of the EU and Canada, but also by foreign companies operating in their territory. In particular, a large number of US companies carry out their activities in Canada. Keeping in mind that negotiations between the EU and the United States to establish the TTIP in 2017 were suspended, there is a high probability that US companies operating in Canada and investing in EU countries, regardless of the location of their head office, will be able to file suit against the EU as a party of CETA, respectively. According to some analysts, this will lead to the vulnerability of European business, especially small and medium-sized, and also contradicts the fundamental socially oriented development model of EU countries due to the likely priority of corporate interests

over the norms of national legislation [Chuvakhina 2018:51–58].

However, after analyzing the chapters of CETA and CPTPP on investment regulation, we emphasise that both Agreements attempt to find a way to find a balance between the public interests of states and the private interests of investors, giving greater freedom to foreign investors, but at the same time, protecting the inalienable right of the state to regulate in order to protect the public interest. Certainly, to a greater extent, this is demonstrated by the attention of the contracting parties to CETA and CPTPP to a clearer interpretation of the principle of non-discrimination, as well as the fair and equitable treatment in general.

The issue of using investment arbitration in dispute settlement between a foreign investor and a host state, as noted, has repeatedly provoked controversy among international lawyers and great public discontent. In this article, both the advantages and disadvantages of the proposed CETA and CPTPP systems for dispute settlement were noted, but the authors come to the conclusion that by making the mechanisms more transparent, clarifying definitions, and also generally striving to more clearly mark the state's right to regulate, these mechanisms will be able to show themselves in the best light.

Both CETA and the CPTPP Agreement are still to be ratified, and only after successfully completing this procedure will it be possible to evaluate the implementation of the above-mentioned innovative provisions for the protection and promotion of investment in practice.

References

1. Alvarez Jose E. Is the Trans-Pacific Partnership's Investment Chapter the New "Gold Standard"? – *Institute for International Law and Justice Working Paper*. 2016. No. 3. 49 p. URL: https://wp.nyu.edu/megareg/wp-content/uploads/sites/3134/2016/03/Alvarez_IILJ-MegaReg_2016-3.pdf (accessed date: 09.05.2018).
2. Benvenisti E. Democracy Captured: The Mega-Regional Agreements and the Future of Global Public Law. – *GlobalTrust Working Paper Series*. 2015. No. 8. 23 p. DOI: <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2646882>
3. Chuvakhina L.G. CETA: novyi etap v razvitii otnoshenii Kanady i Evropeiskogo Soyuza [CETA: A New Stage in the Development of Relations between Canada and the European Union]. – *Vestnik Astrakhanskogo gosudarstvennogo tekhnicheskogo universiteta. Seriya. Ekonomika*. 2018. No. 1. P. 51–58. (In Russ.). DOI:10.24143/2073-5537-2018-1-51-58
4. Flynn S.M. [et al.]. The U.S. Proposal for an Intellectual Property Chapter in the Trans-Pacific Partnership Agreement. – *American University International Law Review*. 2013. Vol. 28. No. 1. P. 105–202. DOI: <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2185402>
5. Gaukrodger D. The Balance between Investor Protection and the Right to Regulate in Investment Treaties: a scoping papers. – *OECD Working Papers on International Investment*. 2017. No. 2. 40 p. DOI: <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3147346>
6. Gudkov I. Soglasenie o Transatlanticheskom trgovoinvestitsionnom partnerstve: ot zashchity ekonomicheskikh interesov investorov k zashchite suverennykh interesov prinyimayushchikh storon? [Transatlantic Trade and Investment Partnership: from protecting the economic interests of investors to protecting the sovereign interests of the host parties?]. – *Vsya Evropa*. 2015. No. 10 (103). (In Russ.) URL: <http://alleupolux.org/?p=12248> (accessed date: 05.06.2018).
7. Hufbauer G.C. Investor-State Dispute Settlement. – *Assessing the Trans-Pacific Partnership. Vol. 1: Market Access and Sectoral Issues*. Peterson Institute for International Economics. 2016. P. 109–119. URL: <https://piie.com/system/files/documents/piieb16-1.pdf> (accessed date: 15.08.2018).
8. Ispolinov A.S. Kuda idet sovremennyyi investitsionny arbitrazh? [Where does the Modern Investment Arbitra-

- tion go?]. – *Rossiiskii yuridicheskii zhurnal*. 2015. No. 3 (102). P. 80–96. (In Russ.)
9. Labin D.K. *Mezhdunarodnoe pravo po zashchite i pooshchreniyu inostrannykh investitsii* [International Law on Protection and Encouraging of Foreign Investments]. Moscow: Walters Kluwer Publ. 2008. 315 p. (In Russ.)
 10. Lebedeva L.F. Transkontinental'nye partnerstva na pereput'e: faktory, riski, posledstviya [Transcontinental Partnerships at the Crossroads: factors, risks, consequences]. – *Outlines of Global Transformations: politics, economics, law*. 2017. Vol. 10. Issue 4. P. 54–69. (In Russ.). DOI: <https://doi.org/10.23932/2542-0240-2017-10-4-54-69>
 11. Molchakov N.Yu., Yakunin V.I. Fenomen Trampa i amerikanskaya sistema razdeleniya vlastei [The Phenomenon of Trump and the American System of Separation of Powers]. – *MGIMO Review of International Relations*. 2018. No. 1. P. 42–62. (In Russ.) DOI: 10.24833/2071-8160-2018-1-58-42-62
 12. Nottage L. The TPP Investment Chapter and Investor-state Arbitration in Asia and Oceania: assessing prospects for ratification. – *Melbourne Journal of International Law*. 2016. Vol. 17. Issue 2. P. 1–36. DOI: <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2767996>
 13. Puccio L., Harte R. From Arbitration to the Investment Court System (ICS): The evolution of CETA rules. 2017. 34 p. URL: [http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/IDAN/2017/607251/EPRS_IDA\(2017\)607251_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/IDAN/2017/607251/EPRS_IDA(2017)607251_EN.pdf) (accessed date: 05.06.2018).
 14. Rachkov I.V. Kontseptsiya "zakonnykh ozhidaniy inostrannogo investora" v praktike mezhdunarodnykh investitsionnykh arbitrazhei [Concept of "Legitimate Expectations" of Foreign Investors in the International Investment Arbitration Practice]. – *Moscow Journal of International Law*. 2014. No. 1 (93). P. 196–220. (In Russ.)
 15. Rachkov I.V. Reforma mezhdunarodno-pravovogo uregulirovaniya sporov mezhdunarodnymi investitorami i gosudarstvami [Reforming International Resolution of Disputes between Foreign Investors and Host States]. – *Mezhdunarodnoe pravosudie*. 2016. No. 3 (19). P. 118–136. (In Russ.). DOI: 10.21128/2226-2059-2016-3-118-136
 16. Stephenson A., Carroll L. 2016. The Trans-Pacific Partnership. – *The Investment Treaty Arbitration Review*. Ed. by B. Legum. London: Law Business Research Ltd. 2016. P. 200–213.
 17. Van Harten G. Reforming the System of International Investment Dispute Settlement. – *Alternative Visions in the International Law on Foreign Investment: Essays in Honor of Muthucumaraswamy Sornarajah*. Ed. by C.L. Lim. Cambridge: Cambridge University Press. 2016. P. 103–130.

About the Authors

Dmitry K. Labin,

Doctor of Juridical Sciences, Professor at the Department of International Law, Head of the Department of Public Law, Moscow State Institute of International Relations (University) MFA Russia

76, pr. Vernadskogo, Moscow, Russian Federation, 119454

d.labin@inno.mgimo.ru

ORCID: 0000-0002-1493-4221

Renata R. Muratova,

postgraduate student at the Department of International Law, Moscow State Institute of International Relations (University) MFA Russia

76, pr. Vernadskogo, Moscow, Russian Federation, 119454

renata.muratova@hotmail.com

ORCID: 0000-0001-9441-3823

Информация об авторах

Дмитрий Константинович Лабин,

доктор юридических наук, профессор кафедры международного права, заведующий кафедрой публичного права, Московский государственный институт международных отношений (Университет) МИД России

119454, Российская Федерация, Москва, проспект Вернадского, д. 76

d.labin@inno.mgimo.ru

ORCID: 0000-0002-1493-4221

Рената Равиленна Муратова,

аспирант кафедры международного права, Московский государственный институт международных отношений (Университет) МИД России

119454, Российская Федерация, Москва, проспект Вернадского, д. 76

renata.muratova@hotmail.com

ORCID: 0000-0001-9441-3823

DOI: 10.24833 / 0869-0049-2018-4-64-81

Natasha A. GEORGIU

School of Law, University of Reading

Whiteknights Rd, Earley, Reading, United Kingdom, RG6 7BY

n.a.georgiou@pgr.reading.ac.uk

ORCID: 0000-0003-4747-8109

THE EXTERNAL DIMENSION OF THE EU'S INTERNAL MARKET: EXPORTING THE ENERGY ACQUIS AND ITS IMPLICATIONS FOR GAZPROM

INTRODUCTION. *The article examines the extent to which the Union's internal market can be said to have been externalised, given the extraterritorial implications of the Union's internal energy market rules and regulations. In this respect, the article investigates the exercise and control of EU regulatory power beyond EU borders by examining the cross-border reach of the Union's regulatory power beyond its boundaries given its implications for Gazprom and Russia's interests on the European market.*

MATERIALS AND METHODS. *The article pursues a doctrinal approach to the research methodology which includes the internal dimension of the Union's energy policy and the extent to which the Union's internal market regulation has been externalised and imposed on its external energy relations with Russia – this includes a detailed analysis of: (i) the Third Energy Package (TEP)'s ownership unbundling rules; (ii) the Third Country Clause; and (iii) the Union's Competition law (given the recent decision of the EU Competition investigation of Gazprom's sales in Central and Eastern Europe).*

RESEARCH RESULTS. *A fundamental aspect of the EU's rule-based market approach, is the perception that a fully liberalised and competitive EU market can facilitate energy security by way of enhancing diversification of suppliers. As such, the TEPs' ownership unbundling; the Third Country Clause; and the EU's Competition law have become significant*

*mechanisms in the Union's toolbox of instruments to further its rule-based approach and market-based agenda for the purpose of ensuring European energy security. The article illustrates the Union's sectoral application of the *acquis* beyond its borders in its efforts to export its liberalization model and Europeanise its energy corridors in pursuit of European security of energy supply.*

DISCUSSION AND CONCLUSIONS. *The article reveals a fascinating dimension to the Union's role as a global actor by analysing the Union's normative agenda which it pursues through the export of its *acquis* and rule-based market approach which it imposes on third countries and its strategic energy partner, Russia. In undertaking this analysis, the article shows that the EU's efforts to reform Russia's energy markets through its liberalization movement and European model, suggest an external dimension to its internal market rules given the implications for Russia and Gazprom.*

KEYWORDS: *EU-Russia energy relations, Gazprom, EU energy policy, Internal Market, energy *acquis*, energy regulation, gas market liberalisation, TEP, ownership unbundling, third country clause, third party access rules, EU competition law*

FOR CITATION: Georgiou N.A. The External Dimension of the EU's Internal Market: Export-

ing the Energy acquis and its Implications for Gazprom. – *Moscow Journal of International Law*.

2018. No. 4. P. 64-81.

DOI: 10.24833 / 0869-0049-2018-4-64-81

DOI: 10.24833 / 0869-0049-2018-4-64-81

Наташа А. ГЕОРГИОУ

Факультет права, Университет Рединга

Whiteknights Rd, Earley, Reading, RG6 7BY, United Kingdom

n.a.georgiou@pgr.reading.ac.uk

ORCID: 0000-0003-4747-8109

РАЗВИТИЕ ЕДИНОГО РЫНКА ЗА ПРЕДЕЛАМИ ЕС: РАСПРОСТРАНЕНИЕ ACQUIS В СФЕРЕ ЭНЕРГЕТИКИ И ЕГО ПОСЛЕДСТВИЯ ДЛЯ ПАО «ГАЗПРОМ»

ВВЕДЕНИЕ. В настоящей статье рассматриваются пределы развития единого рынка вне ЕС с учетом экстерриториального характера правил и положений, регулирующих единый рынок. В связи с этим в данной работе изучаются особенности использования регулятивных полномочий ЕС за его пределами и контроля над ними. Для этого анализируется присущая этим полномочиям трансграничность с учетом их влияния на интересы России и «Газпрома» на европейском рынке.

МАТЕРИАЛЫ И МЕТОДЫ. В статье используется научно-исследовательская методология при изучении развития энергетической политики в рамках ЕС и пределов применения норм, регулирующих единый рынок вне ЕС, а также влияющих на развитие отношений с Россией в сфере энергетики. Для этого детально анализируются правила Третьего энергетического пакета (ТЭП) о разделении права собственности, правило доступа третьих сторон, законодательство ЕС о защите конкуренции, в частности недавнее решение Европейской комиссии, касающееся конкуренции при осуществлении «Газпромом» продаж в Центральной и Восточной Европе.

РЕЗУЛЬТАТЫ ИССЛЕДОВАНИЯ. Представляется, что основой рынка ЕС выступают полная либерализация и конкуренция, повышающие уровень энергетической безопасности путем увеличения диверсификации энергетических поставщиков. Таким образом, разделение права собственности, оговорка о третьих государствах, законодательство ЕС о защите конкуренции стали важными механизмами ЕС для продвижения элементов рыночной экономики в целях обеспечения европейской энергетической безопасности. Статья отражает отраслевое применение *acquis* за пределами ЕС в целях либерализации и европеизации энергетических коридоров, в частности ради обеспечения безопасности поставок энергоресурсов в Европу.

ОБСУЖДЕНИЕ И ВЫВОДЫ. При анализе нормативной базы раскрывается значение ЕС как глобального актора, которое проявляется в распространении *acquis*, а также элементов рыночной экономики как на третьи государства, так и на своего стратегического партнера в сфере энергетики – Россию. Анализ, осуществленный в рамках настоящей статьи, показывает, что усилия ЕС по реформированию энергетического рынка России посредством

его либерализации и приведения в соответствие с европейской моделью предполагают применение за пределами ЕС правил единого рынка, которые влияют на политику российской стороны и «Газпрома».

КЛЮЧЕВЫЕ СЛОВА: отношения России и ЕС в сфере энергетики, ПАО «Газпром», энергетическая политика ЕС, единый энергетический рынок, *acquis* в сфере энергетики, регулирование в сфере энергетики, либерализация газового рынка, Третий энергетический пакет, разделе-

ние права собственности, оговорка о третьих государствах, правила доступа третьих сторон, законодательство ЕС о защите конкуренции

ДЛЯ ЦИТИРОВАНИЯ: Георгиоу Н.А. 2018. Развитие единого рынка за пределами ЕС: расширение *acquis* в сфере энергетики и его последствия для ПАО «Газпром». – *Московский журнал международного права*. № 4. С. 64-81. DOI: 10.24833/0869-0049-2018-4-64-81

1. Introduction

This article will assess the internal dimension of the EU's energy policy, which is predominantly focused on promoting a fully liberalised gas market and the extent to which it has been externalised with its implications for Gazprom further analysed. The article will briefly explore the ways in which the EU has endeavoured to implement this liberalisation model by briefly considering the directives and energy liberalisation packages initiated with a specific focus on the third liberalization package (in Section 2) which sets out the common legal framework in the energy sector. Section 3 will focus on the TEP's ownership unbundling rules (which require the separation of networks from production and supply activities of vertically integrated energy companies) and Section 4 will examine the Third Country Clause (which requires that undertakings from third countries which intend to acquire control over an electricity or gas network, need to comply with the same unbundling requirements as EU undertakings). For the purpose of this analysis, the article will also consider to what extent the Union's internal market can be said to have been externalised, given the extraterritorial implications of the Union's internal measures. In undertaking this analysis, the article will investigate the exercise and control of EU regulatory power beyond EU borders by examining the cross-border reach of the Union's regulatory power beyond its boundaries and its implications for Gazprom (Section 5). Russia's interests on the European market (Section 6) and the conflicting views of the unbundling regime (Section 7). Against this backdrop, Section 8 will assess the increasingly important role that Competition law plays in the EU's energy market and to what extent the Union's competition rules have become a significant mechanism

in its toolbox of instruments to further its rule-based approach and market-based agenda and the subsequent effects on Gazprom given the EU Competition investigation of Gazprom's sales in Central and Eastern Europe (Section 9). Finally, Section 10 will provide some concluding remarks reflecting on the Sections above whereby it will be shown that at the core of the EU's rule-based market approach, is the belief that a fully liberalised and competitive EU market can facilitate energy security by way of enhancing diversification of suppliers; boosting infrastructure investment; which will diminish the impact of any supply disruptions and in turn build energy solidarity at a Community level. In this respect the Union's efforts to fulfil its objectives in the energy sector by way of a market-based approach heavily embedded in regulation suggest that the Union has evolved into a global normative energy actor. The Union's sectoral application of the *acquis* beyond its borders in its endeavours to Europeanise its energy corridors and ensure energy security, alludes to an external dimension of the EU's internal market whereby the Union's market mechanisms and liberal market-based energy regulation are being imposed on third countries and its strategic energy partner.

2. The EU's Liberalization Model and the Internal Energy Market

The endeavours of the European Community (EC) and its predecessor the European Economic Community (EEC), to complete an "internal market" as embodied in the 1986 Single European Act (SEA), potentially represents the most ambitious undertaking of multilateral cooperation since the inception of the post-World War II international order [Garrett 1992:533]. The economic objective of the internal market entailed eliminating all import and

export duties existing between Member States. This included the removal of several non-tariff trade barriers which were construed as politically intractable, including border controls, procurement policies, preferential national standards and subsidies [Garrett 1992:533].

The European Common Market was established as the backbone of European integration in the EEC Treaty¹. The creation of a “common market” and thereby a single European economic area, is therefore a fundamental objective of the EEC Treaty which came into force on 1 January 1958 (also known as the “Treaty of Rome”). Article 2 of the Treaty of Rome articulates that objective as the Community’s task of (*inter alia*) establishing a common market and the progressive approximation of the economic policies of Member States so as to promote a harmonious development of economic activities; a continuous and balanced expansion; an increase in stability; an accelerated raising of the standard of living throughout the Community; and closer relations between the States belonging to it².

It is important to note that the terms of “common market”, “single market” and “internal market” are often used synonymously despite significant subtleties and nuances in meaning. The “common market” is a “stage in the multinational integration process, which aims to remove all barriers to intra-Community trade with a view to the merger of national markets into a single market giving rise to conditions as close as possible to a genuine internal market”³. Significantly, the Treaty of Lisbon does not refer to the “single market” or the “common market”. Instead, it replaces “common market” with “internal market” which according to Art. 26 of the TFEU comprises “an area without internal frontiers in which the free movement of goods, persons, services and capital is ensured in accordance with the provisions of the Treaties”⁴.

Prior to Lisbon, energy remained an objective under the Treaties with no specific legal basis with Art. 95 of the Treaty Establishing the European Community (TEC) and Art. 308 TEC often used to as a source of reference. Article 95 TEC facilitated

measures which had the establishment and functioning of the internal market as an objective and Art. 308 TEC enabled additional legislative competence where action was deemed necessary to fulfil the Community’s objective. These articles subsequently lead to a broader discussion on “the future of Europe” which found its inception in the Laeken Declaration in 2001. With regard to the frequent recourse to these articles, the Laeken Declaration advocated striking a balance between enabling the EU to address new challenges and develop new policy areas on the one hand whilst addressing any questions of Union competence on the other. To address these issues, the Convention on the Future of Europe in 2002 suggested that energy receive its own specific legal basis to facilitate the Union pursuing policy in this field. However, whilst energy finds its legal basis in Art. 194 TFEU, not all EU measures in energy are confined to this specific Treaty provision, with internal market provisions most notably invoked in the past.

Express competence in the energy sphere was only conferred by Lisbon in December 2009, with all prior legal developments undertaken in the energy sphere without any explicit conferral of energy competence. These developments were predominantly facilitated by different legal bases where the Union drew competence that enabled the adoption of legal instruments, such as the internal market (Art. 114 TFEU), the environment (Art. 191 TFEU) and competition (Art. 101 TFEU onwards). However, while energy remains a shared competence it is important to note that the Union’s exclusive competence to establish the competition rules necessary for the functioning of the internal market pursuant to Art. 3(1)(b) TFEU inevitably means that this competence extends into the internal energy market. The Union has therefore obtained increased regulatory oversight in undertaking its competition scrutiny which has largely been shaped by the single market objective. By implication, the Commission has become a *de facto* regulator of regulators in its application of competition law to oversee national regulators when the latter are undertaking their duties. It

¹ Khodakovskyy Y. The Legal Framework of EU-Russia Energy Relations: Master’s thesis. Universiteit Gent. 2014. P. 28. URL: https://lib.ugent.be/fulltxt/RUG01/002/163/152/RUG01-002163152_2014_0001_AC.pdf (accessed date: 31.07.2018).

² Section 2.1 of the Treaty of Rome dated March 25, 1957. URL: https://ec.europa.eu/romania/sites/romania/files/tratatul_de_la_roma.pdf (accessed date: 31.07.2018).

³ As per the Court of Justice in case 15/81. See Judgment of the ECJ of 5 May 1982 *Gaston Schul Douane Expéditeur BV v. Inspecteur der Invoerrechten*. URL: <http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?jsessionid=2CC4F2DA35F07C80A6ACAAEEE7EA2EB4?text=&docid=91250&pageIndex=0&doclang=en&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=8823912> (accessed date: 31.07.2018).

⁴ Article 26 of the Treaty on the Functioning of the European Union. URL: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/PDF/?uri=CELEX:12012E/TXT&from=EN> (accessed date: 31.07.2018).

follows that competence by implication extends into the external aspects of energy policy.

With this in mind, it is important to note that the Union's energy policy has explicitly been placed "in the context of the establishment and functioning of the internal market" and "with regard to the need to preserve and improve the environment". Its objectives include: (i) to ensure the functioning of the energy market; (ii) to ensure security of energy supply in the Union; (iii) to promote energy efficiency, energy saving and the development of new and renewable forms of energy; and (iv) to promote the interconnection of energy networks. It is posited that Lisbon's creation of a separate energy title within which the Union's energy policy draws its legal basis, has bolstered the Union's self-perception and self-projection as an energy actor with the added value of a European energy policy. Whilst Member States were initially wary of the Europeanization of this strategic policy area falling within the ambit of the Union's growing competence in the energy realm, it facilitated increased external action on the part of the Union which surpassed the effectiveness of the activity undertaken at Member State level. As will be shown here further, one of the novelties introduced by Lisbon was greater coherence in EU external relations with the explicitly conferred shared competence in the energy domain setting the legal platform for the development of an external energy policy. In this respect it is important to note, as has been mentioned before, that whilst Art. 194 expressly confers competence in energy, there is no express external competence conferred on the Union. Here, the legislative packages adopted in the electricity and gas sectors are important as any external action will need to transpire from the internal rules adopted by the Union. Notwithstanding, Member states retain competence to decide their energy mix which the Union's internal action cannot interfere with.

3. The TEP and the Unbundling Regime

The TEP⁵ represents the third bundle of legislation that was adopted with the aim of creating an

integrated European energy market. With the EU's heavy energy dependence on imports and its energy demand expected to continue to rise; safe, secure, sustainable and affordable energy had become key to maintaining Europe's continuing prosperity. Ensuring a robust EU energy policy, has therefore become a priority and an important factor at the fore of the Union's package of energy laws and regulations that have been rolled out in an effort to create a truly pan-European energy market. For many years, the completion of the internal market for electricity and gas has been at the heart of the Union's objectives⁶ with the third bundle of legislation bolstering this impetus. Of the plethora of market liberalization measures that were introduced in the energy packages, two of the measures were specifically aimed at the anticompetitive behavior of the vertically integrated energy incumbents. These included the Third Party Access Regulation (TPA) and "Unbundling".

The key provisions of the TEP include: (i) the effective unbundling of energy generation and supply from transmission network ownership and operation; (ii) bolstering the powers and duties of national energy regulators; (iii) establishing an EU energy agency; and (iv) the introduction of separate certification procedures for transmission system operators (TSOs) controlled by non-EU legal entities [Stanic 2011:1]. The provisions are significant in their contribution towards creating an integrated energy market, however, this thesis will focus on the unbundling regime and ownership unbundling.

Besides the novelties noted above, the TEP is best known for its unbundling rules, albeit controversial. The unbundling rules aim to prevent companies that are involved in both the transmission of energy and production or supply of energy from using their position as a TSO to prevent competitors from using the transmission network [Stanic 2011:2]. The Commission found that the legal and functional unbundling of energy supply and production from transmission networks under the Second Energy Liberalization Package did not suffice for the purpose of ensuring a fully functional liberalized energy market⁷. Ownership unbundling was therefore included by the Commission as the fundamental foundation of the

⁵ The TEP is a legislative package for an internal gas and electricity market in the European Union. Its purpose is to further open up the gas and electricity markets in the European Union. The package was proposed by the European Commission in September 2007, and adopted by the European Parliament and the Council of the European Union in July 2009.

⁶ European Council. Conclusions on Energy European Council dated February 4, 2011. URL: https://www.consilium.europa.eu/uedocs/cms_data/docs/pressdata/en/trans/119253.pdf (accessed date: 31.07.2018).

⁷ EU Commission. The Sector Inquiry pursuant to Article 17 of Regulation (EC) 1/2003 in to the European gas and electricity sectors dated January 10, 2007. URL: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=CELEX:52006DC0851> (accessed date: 31.07.2018).

TEP. Ownership unbundling entailed the separation of energy generation and supply from transmission network ownership and operation which was considered controversial amongst vertically integrated energy companies [Stanic 2011:2]. Significantly, the Commission's TEP⁸, which was adopted on 13 July 2009, introduced a choice of three unbundling options at the discretion of Member States. Although the options were presented as equal alternatives, they differ substantially in substance in terms of their implications for vertically integrated undertakings⁹.

The third option is the so called "ownership unbundling" which is the most controversial option on account of its implications for energy incumbents. Full ownership unbundling requires vertically integrated energy companies to dispose of their gas networks and electricity grids. Under the third model, supply and production companies are forbidden a majority share in a TSO or from exercising rights such as voting or board member appointment [Stanic 2011:2].

Article 9 of the Gas Directive prescribes ownership unbundling in the following manner:

1. Member States shall ensure that ... :

- (a) each undertaking which owns a transmission system acts as a transmission system operator;
- (b) the same person or persons are entitled neither:
 - (i) directly or indirectly to exercise control over an undertaking performing any of the functions of production or supply, and directly or indirectly to exercise control or exercise any right over a transmission system operator or over a transmission system; nor
 - (ii) directly or indirectly to exercise control over a transmission system operator or over a transmission system, and directly or indirectly to exercise control or exercise any right over an undertaking performing any of the functions of production or supply;
- (c) the same person or persons are not entitled to appoint members of the supervisory board, the

administrative board or bodies legally representing the undertaking, of a transmission system operator or a transmission system, and directly or indirectly to exercise control or exercise any right over an undertaking performing any of the functions of production or supply; and

(d) the same person is not entitled to be a member of the supervisory board, the administrative board or bodies legally representing the undertaking, of both an undertaking performing any of the functions of production or supply and a transmission system operator or a transmission system.

2. The rights referred to in points (b) and (c) of paragraph 1 shall include, in particular:

- (a) the power to exercise voting rights;
- (b) the power to appoint members of the supervisory board, the administrative board or bodies legally representing the undertaking; or
- (c) the holding of a majority share.

Simply put, the process requires vertically integrated companies to transfer ownership of the transmission system to a separate legal entity that also acts as the TSO [Van Hoorn 2009:52]. The rationale being that ownership unbundling would ensure complete independence of the transmission arm of the incumbent and thereby remove any potential anti-competitive conduct [Van Hoorn 2009:52]. Unbundling is a market liberalisation tool and refers to the process of separation of energy supply and generation from the operation of transmission networks. This is seen as an appropriate mechanism to remove the conflict of interest that may arise if a single company operates a transmission network and generates or sells energy at the same time. This would in turn facilitate free competition amongst energy suppliers which is why the third model is strongly advocated by the Commission. Nevertheless, it would appear that most Member States have opted not to prescribe to this model. Despite the Commission's initial proposals¹⁰, the new regime does not include mandatory ownership unbundling with a choice of the three alternative models available at Member State discretion.

⁸ The TEP consists of (i) a directive concerning the common rules for the internal market in electricity (2009/72/EC) (the Electricity Directive); (ii) a directive concerning the common rules for the internal market in gas (2009/73/EC) (the Gas Directive); (iii) a regulation on the conditions for access to the natural gas transmission networks ((EC) No. 715/2009); (iv) a regulation on the conditions for access to the network for cross-border exchange of electricity ((EC) No. 714/2009); and (v) a regulation establishing the Agency for the Cooperation of Energy Regulators ((EC) No. 713/2009).

⁹ A vertically integrated undertaking is defined in Art. 2(19) of the Gas Directive as a "natural gas undertaking or a group of natural gas undertakings where the same person or the same persons are entitled, directly or indirectly, to exercise control, and where the undertaking or group of undertakings perform at least one of the functions of transmission, distribution, LNG or storage, and at least one of the functions of production or supply of natural gas". A similar definition can be found in the Electricity Directive.

¹⁰ See Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council amending Directive 2003/54/EC of the European Parliament and of the Council of 26 June 2003 concerning common rules for the internal market in electricity. URL: https://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:caeb5f68-61fd-4ea8-b3b5-00e692b1013c.0004.02/DOC_1&format=PDF

It goes without saying that unbundling is a fundamental tool in the Union's liberalization movement generally and the EU energy market specifically. With liberalization as its core objective, it is not surprising that the ownership unbundling model is often met with much resistance from third countries, given its impact on their interests in the European market. Through the three separate waves of liberalization and the regulation that was rolled out subsequent thereto, the current unbundling regime was adopted. As the EU embarked on its third wave of energy reforms, political observers cautioned that the Commission administer the gas sector with care to avoid raising any alarm bells with third country suppliers. In this respect it is important to note that Europe's main gas supplies come from Russia, Norway, Algeria, Nigeria, Libya, Qatar, Egypt, amongst others¹¹. However, the main concerns were that the TEP and its schemes would raise potential issues with Russia, Europe's largest gas supplier, whereby some Member States were totally dependent on Russian gas for their national consumption.

4. Ownership Unbundling and the Third Country Clause

As articulated above, ownership unbundling requires that vertically integrated energy incumbents forego their transmission activities. Notwithstanding, and contrary to what the name suggests, ownership of the transmission assets is still allowed, albeit only to a certain degree. Rather than abandon ownership, the ownership unbundling model merely requires that undertakings separate ownership so as to ensure full independence of the transmission chain and thereby eliminate any discrimination between competing suppliers.

The Commission has persistently pursued this separation in the context of the third legislative package to avoid any conflict of interest. This was considered necessary given that vertically integrated companies often engage in potentially anti-competitive conduct which can adversely affect EU market liberalization efforts [Van Hoorn, Ramsees 2014:450]. The Commission's rationale for its pursuit of liberalization is that it increases the efficiency of the en-

ergy sector and the competitiveness of the European economy as a whole. As such, the liberalization of energy markets in Europe was predominantly for the purpose of enabling consumers to freely select their gas suppliers based on competitive deals from a plethora of suppliers within a competitive marketplace [Cottier, Matteotti-Berkutova, Nartova 2010:1].

It follows that the TEP's separation requirement is applicable to any company active within the European market and is imposed by the relevant unbundling models under the Gas Directive¹². Significantly Art. 11 of the Gas Directive, the so-called "Third Country Clause", applies to third country operators on the continent which by implication places them under a specific regime. The Third Country Regime is largely an effort on the part of EU legislators to eliminate any threat posed to the Union's security of energy supply through the control of a transmission system or transmission system operator by third countries [Cottier, Matteotti-Berkutova, Nartova 2010:3]. Recital 22 of the Directive brings this concern to the fore which is elaborated as follows: "The security of energy supply is an essential element of public security and is therefore inherently connected to the efficient functioning of the internal market in gas and the integration of the isolated gas markets of Member States. Gas can reach the citizens of the Union only through the network. Functioning open gas markets and, in particular, the networks and other assets associated with gas supply are essential for public security, for the competitiveness of the economy and for the well-being of the citizens of the Union. Persons from third countries should therefore only be allowed to control a transmission system or a transmission system operator if they comply with the requirements of effective separation that apply inside the Community... The security of supply of energy to the Community requires, in particular, an assessment of the independence of network operation, the level of the Community's and individual Member States' dependence on energy supply from third countries, and the treatment of both domestic and foreign trade and investment in energy in a particular third country. Security of supply should therefore be assessed in the light of the factual circumstances of each case as well as the rights and obligations aris-

(accessed date: 28.07.2018); Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council amending Directive 2003/55/EC of the European Parliament and of the Council amending Directive 2003/55/EC of the European Parliament and of the Council of 26 June 2003 concerning common rules for the internal market in natural gas. URL: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/HTML/?uri=CELEX:52008AP0347&from=EN> (accessed date: 28.07.2018).

¹¹ See Assessment Report of Directive 2004/67/EC on Security of Gas Supply. P. 63. URL: https://www.cep.eu/Analysen_KOM/KOM_2009_363_Sicherheit_der_Erdgasversorgung/SEC_2009-978.pdf (accessed date: 23.07.2018).

¹² In particular, Art. 9 (which relates to Ownership Unbundling); Art. 14 and 15 (which relates to ISO) and Art. 17 to 23 (which relates to ITO).

ing under international law, in particular the international agreements between the Community and the third country concerned¹³.

Therefore, the third energy liberalization package puts forward provisions which prevent transmissions systems or transmission system operators from being controlled by companies of non-EU member states until they satisfy certain requirements. Article 11 establishes the certification requirements for a transmission system operator from third countries, which is largely aimed at regulating the open gas markets and ensuring security of supply [Cottier, Matteotti-Berkutova, Nartova 2010:4]. Article 11 thereby addresses any concerns that ownership unbundling would facilitate the acquisition of strategic Union energy transmission assets by foreign entities¹⁴. As a consequence, national regulators now have the right to refuse certification of a transmission system operator under the control of a company by a third country state if the said foreign entity fails to comply with the requirements of Art. 11.

Article 11 of the Gas Directive deals with certification in relation to third countries, which states as follows:

1. Where certification is requested by a transmission system owner or a transmission system operator which is controlled by a person or persons from a third country or third countries, the regulatory authority shall notify the Commission. The regulatory authority shall also notify to the Commission without delay any circumstances that would result in a person or persons from a third country or third countries acquiring control of a transmission system or a transmission system operator.

2. The transmission system operator shall notify to the regulatory authority any circumstances that would result in a person or persons from a third country or third countries acquiring control of the transmission system or the transmission system operator.

3. The regulatory authority shall adopt a draft decision on the certification of a transmission system operator within four months from the date of notification by the transmission system operator. It shall refuse the certification if it has not been demonstrated.

(a) that the entity concerned complies with the requirements of Art. 9; and

(b) to the regulatory authority or to another competent authority designated by the Member State that granting certification will not put at risk the security of energy supply of the Member State and the Community. In considering that question the regulatory authority or other competent authority so designated shall take into account:

(i) the rights and obligations of the Community with respect to that third country arising under international law, including any agreement concluded with one or more third countries to which the Community is a party and which addresses the issues of security of energy supply;

(ii) the rights and obligations of the Member State with respect to that third country arising under agreements concluded with it, insofar as they are in compliance with Community law; and

(iii) other specific facts and circumstances of the case and the third country concerned.

Article 11(3) forms the core segment of the Third Country Clause which sets out the conditions by which certification can be refused. By implication, it sets out the condition by which a third country undertaking needs to comply. Compliance with these conditions and the burden of proof thereof, is undertaken by the applicant in question¹⁵. The remainder of the Article addresses the certification procedure for which the national regulatory authority is responsible while the Commission acts as an advisory body [Johnston, Block 2012:61–62].

Article 11(3)(a) states that certification can be refused where the entity has not complied with Art. 9. This inadvertently extends the unbundling regime to third country undertakings which means that transmission system owners and operators from third countries are obliged to comply with the same unbundling requirements as EU undertakings. Here it is important to note that the provision is specifically addressed to third country undertakings and not their respective governments, which means that the unbundling obligation is restricted to the operations of the said undertakings within the European market. The Third Country Clause therefore does

¹³ See Recital 22 of the Gas Directive 2009/73/EC adopted July 13, 2009. URL: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/HTML/?uri=CELEX:32009L0073&from=EN> (accessed date: 30.07.2018).

¹⁴ Europa press release: Energising Europe: A real market with secure supply. September 19, 2007. URL: europa.eu/rapid/press-release_IP-07-1361_en.pdf (accessed date: 30.07.2018).

¹⁵ Commission staff working paper of 22 January 2010: Interpretative note on Directive 2009/72/EC concerning common rules for the internal market in electricity and Directive 2009/73/EC concerning common rules for the internal market in natural gas. The unbundling regime. P. 23. URL: https://ec.europa.eu/energy/sites/ener/files/documents/2010_01_21_the_unbundling_regime.pdf (accessed date: 30.07.2018).

not propose any reciprocity and as such, any reference to a “reciprocity clause” in relation to the Third Country Clause is erroneous given the adopted version which has deviated from that initially proposed [Cottier, Matteotti-Berkutova, Nartova 2010:5–6].

Article 11(3)(b) states certification can be refused where the Member State and/or Community’s security of energy supply is put at risk, for which additional criteria is provided to facilitate the regulatory authority in undertaking its assessment and reaching its decision. Whilst the criteria are not cumulative, the Commission alludes to a preference where there are agreements in place, either pursuant to international law under the first criterion or EU law under the second criterion¹⁶. The third criterion relates to circumstances where there is no agreement in place by which “other specific facts and circumstances” will apply on a case-by-case basis [Goldberg, Bjornbye 2012:19].

Significantly, as evidenced above, Art. 11 requires that undertakings from third countries which intend to acquire control over an electricity or gas network, need to comply with the same unbundling requirements as EU undertakings. Failure to do so will entail refusal of the necessary certification which will effect energy incumbents with an active presence within the European market. The TEP requires “effective unbundling” which means energy companies have a legal obligation to unbundle the ownership and operation of its gas pipelines on EU territory and allow third party access to its pipelines. It therefore comes as no surprise that the TEP is a highly contentious issue for such entities given the implications for their interests in the European market, which will be elaborated on further in the article specifically in relation to Russia and Gazprom, the entity allegedly targeted by the said TEP’s Third Country Clause.

5. The External Dimension of the Internal Market: The Third Country Clause and Gazprom

Significantly, Art. 11 requires that undertakings from third countries which intend to acquire control over an electricity or gas network, need to comply with the same unbundling requirements as EU undertakings. Failure to do so will entail refusal of the necessary certification which will have severe ramifications on energy incumbents, in particular Russia’s energy giant Gazprom, which has an active

presence within the European market [Van Elsuwege 2012:13]. The TEP requires “effective unbundling” which means Gazprom has a legal obligation to unbundle the ownership and operation of its gas pipelines on EU territory and allow third party access to its pipelines. It therefore comes as no surprise that the TEP is a highly contentious issue for Russia, given its implications for Russian interests in the European market. In particular, the Third Country Clause which is perceived by Russia as the Commission’s attempt to specifically target Gazprom, Russia’s largest vertically integrated state-owned energy incumbent. It follows that the TEP’s ownership unbundling and Third Country Clause has been famously dubbed the ‘Gazprom Clause’ after the entity allegedly targeted by the Commission’s unbundling rules as an attempt to curb its strategic purchasing of EU liberalized assets [Van Vooren, Wessel 2014:451].

Gazprom is a textbook example of a vertically integrated energy undertaking which is indisputably acknowledged as the largest in the world [Grigoryev 2007:132]. Gazprom is Russia’s largest oil and gas company. Although the company was initially Government owned, it was later converted into a joint-stock company in 1993. The Russian Government held 40% of the shares which was later increased to 51% in 2003. With the state as the majority owner, Gazprom operates much like a quasi-governmental agency given the significant control the Russian Government exercises [Juravlev 2011:5]. Russia’s natural gas production and distribution is run by Gazprom for which the revenues from the company are a substantial contribution to the Russian state budget [Yergin 2011:335]. By way of example, Gazprom is among Russia’s largest taxpayers with approximately RUB 2 trillion contributed to the budget in taxes and customs duties every year¹⁷. Gazprom’s core activities in the gas market include production, exploration, transportation, storage, processing and marketing. In addition thereto, the energy giant is a major operator of pipelines with its infrastructure deeply imbedded within the European market. The fact that Gazprom has a monopoly on the export of Russian gas to Europe to which it is bound by its pipeline network and the fact that it is the only entity that manages the transmission pipelines, serves to validate that Gazprom has established a significant presence within the European market [Grigoryev 2007:132].

¹⁶ Khodakovskyy Y. Op. cit. P. 38.

¹⁷ Kruglov A. Gazprom’s Financial and Economic Policy. – *Press Conference Gazprom’s Financial and Economic Policy*. June 29, 2016. URL: <http://www.gazprom.com/f/posts/87/380788/transcript-press-conference-2016-06-29-en.pdf> (accessed date: 18.07.2018).

Gazprom's monopoly and global ambitions to become a world leading energy company¹⁸ set the agenda and pace at which the Company undertook its activities in the energy sphere [Godzimirski 2009:178]. Gazprom's prominent position within the European market, raised some concerns within the Union, in particular the Commission, as it suggested a strategic relevance that energy resources hold where resource nationalism has an important part to play in developing Russia's energy industry [Bilgin 2011:120]. This appears to be inconsistent with the Union's outlook of energy which is driven by an economic-based view which is less focused on strategic relevance [Umbach 2010:1229–1240]. In this respect, Gazprom's monopoly plays a key role and is often perceived to be a lever of the state given its ties to the Russian Government and the directions it takes from President Putin [Pirani Stern, Yafimava 2009:31]. There therefore appear to be conflicting interests and objectives – the EU wants Russia to reform its energy markets and partake in the liberalisation movement, whereas Russia is reluctant to do so as this would ultimately end Gazprom's monopoly and thereby eliminate any leverage that the Russian Government would be able to use as a policy tool to pursue its political agenda [Aalto, Westphal 2008:13].

It is no secret that Gazprom is of significant economic and strategic political importance which has made full liberalisation of the Russian gas sector unlikely. The Union has therefore increasingly become wary of the incongruousness of the Union's liberalisation paradigm and Russia's resource nationalism [Bilgin 2011:121]. The Union is dependent on Russian energy imports and therefore endeavours to ensure security of supply, whereas Gazprom is dependent on exports for which it wants to ensure security of demand. In its efforts to improve its global presence, Gazprom has tried to move in the downstream sector in Europe [Stern 2006:17]. Gazprom's downstream diversification has entailed Gazprom moving into EU Member States to reap the benefits of the liberalisation and privatisation of the markets. This has resulted in opposition from EU Member States who have objected to Gazprom's increasing presence and power in the European energy market [Finon, Locatelli 2008:434–435]. In an effort to curb Gazprom's growing dominance within the European market, the Gazprom clause emerged which subjects

companies from third countries to the same unbundling rules as EU entities.

The Union had become increasingly cautious of Russia's manoeuvres in the energy sphere and the security of its energy supply ever since the gas crises in 2006 and 2009 when gas supplies were temporarily halted which strongly affected Western European consumers. Furthermore, the Union's caution has been further exacerbated by the fact that its efforts to institutionalise EU-Russia energy relations within a legally binding framework has been unsuccessful with Russia constantly refuting any form of binding agreements, the Energy Charter Treaty being a case in point. After several failed attempts to formalise any bilateral energy cooperation agreements with Russia, the Commission undertook efforts to instil strict rules for third countries operating within the European energy market whereby its energy relations could be regulated.

The Gazprom clause imposes a restriction on third country incumbents, namely that they cannot control transmission systems or transmission system operators unless (i) an agreement exists between the Union and the said third country within which the incumbent is based; and (ii) the incumbent can demonstrate that it is not influenced by a third country or an operator active in the production or supply of gas or electricity. The clause was included in the text of the Commission's third energy liberalization package as a response to concerns that ownership unbundling would inadvertently lead to the indiscriminate acquisition of EU energy assets by third countries. The rationale that was provided at the time by the then Commission President, Jose Manuel Barroso, was (inter alia) to protect the openness of the European market and the expected benefits that the unbundling regulation would bring by implementing strict conditions on the ownership of assets and making sure all non-EU companies play by the same rules¹⁹. Therefore, under the clause, any third country incumbents are required to unequivocally comply with the same unbundling rules as EU companies.

From an external perspective, the application of unbundling rules to non-EU energy companies active within the European market is politically sensitive. Particularly in the gas sector where many Member States are heavily dependent on Russian gas imports. The Commission's law-based approach

¹⁸ See Gazprom. Annual Report 2011. Moscow. 2012. 188 p. URL: <http://www.gazprom.com/f/posts/51/402390/annual-report-2011-eng.pdf> (accessed date: 18.07.2018).

¹⁹ European Commission, press release: Energising Europe: A Real Market with Secure Supply. September 19, 2007. URL: http://europa.eu/rapid/press-release_IP-07-1361_en.htm?locale=en (accessed date: 22.07.2018).

to energy policy which endeavours to implement market principles as the foundation for international energy trade therefore appears to be at odds with Russia's approach to energy policy which is largely driven by a divide-and-rule strategy. With this in mind, the fact that non-EU companies are required to ensure effective unbundling of transmission from supply and production activities means that the third legislative package has acquired an external dimension. By implication, third countries are required to unbundle and thereby comply with the same rules otherwise applicable to their European counterparts.

According to the Commission, the extension of the TEP's unbundling rules to non-EU entities, was intended to prevent any discrimination between non-EU and EU undertakings²⁰. More specifically, the Commission's restriction that non-EU individuals and third countries do not acquire control over an EU transmission system or operator unless permitted by an agreement between the EU and said third country, was aimed at guaranteeing that non-EU undertakings respect the same rules applicable to EU based companies. It is often the case that grid infrastructure will be controlled by a company in third country state and gas equally traded by a non-national operator. However, given European gas supplies largely depend on imports, particularly from Russia, the relationship between the Union and such third countries and the grids and gas supplies controlled by these non-EU states, is of crucial importance for the Union's energy security [Cottier, Matteotti-Berkutova, Nartova 2010:1].

6. The Gazprom Clause and Reciprocity

Reciprocity is a political instrument used to moderate market opening in strategic sectors of the economy. Reciprocity essentially makes the granting of particular rights contingent on the receipt of similar or comparable rights. It was first applied between EU member states, whereby one state granted access to its markets to another state provided that it equally

opened its own market. The reciprocity principle is one of the major instruments used in exporting the EU *acquis communautaires* [Belyi 2009:117]. The Community *acquis* is the body of common rights and obligations which bind all the Member States together within the Union including inter alia the legislation adopted in application of the treaties and the case law of the Court of Justice²¹; and measures relating to the common foreign and security policy. The principle of reciprocity therefore protects markets against states that have not liberalised their energy sectors to the same degree [Belyi 2009:117]. It was intended to protect European markets against "free riders" who had opted not to liberalise their markets to a similar extent [Cottier, Matteotti-Berkutova, Nartova 2010:6]. In that respect, reciprocity can be seen as is a political tool to facilitate market opening [Cottier, Oesch 2005:367]²².

The TEP's so-called "Gazprom Clause" is only one of the requirements imposed on third country service providers. Article 11 sets out two main criteria of certification which include: (i) unbundling of transmission systems and transmission system operators; and (ii) the security of supply risk assessment. Through Art. 11(a), the TEP appears to extend the principle of reciprocity to third countries which (as already mentioned) requires a foreign operator to comply with the same unbundling requirements as EU operators under Art. 9. However, as stipulated above, the provision is addressed to the foreign entity rather than its Government and as such, the undertaking that Member States establish a regime compatible with ownership unbundling, does not apply to non-EU states [Cottier, Matteotti-Berkutova, Nartova 2010:6]. The provision is therefore incongruous with the usual obligations of reciprocity that exist in other regulatory areas, such as the reciprocity requirements found among Member States in relation to access to electricity within the EU [Cottier, Matteotti-Berkutova, Nartova 2010:16]. Here the Union has refrained from formally imposing the full reciprocity unbundling requirements to third coun-

²⁰ European Commission: Inquiry pursuant to Article 17 of Regulation (EC) No. 1/2003 into the European gas and electricity sectors (Final Report). 2007. URL: <https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2006:0851:FIN:EN:PDF> (accessed date: 22.07.2018). See also Lowe P., Pucinskaite I., Webster W., Lindberg P. Effective Unbundling of Energy Transmission Networks: Lessons from the Energy Sector Inquiry. 2007. URL: http://ec.europa.eu/competition/publications/cpn/2007_1_23.pdf (accessed date: 22.07.2018).

²¹ Europa – Summaries of EU Legislation. – *Glossary*. URL: http://europa.eu/legislation_summaries/glossary/community_acquis_en.htm (accessed date: 22.07.2018).

²² By way of example, foreign banks were allowed to operate subsidiaries to the extent only that domestic banks were able to obtain licenses in the partner country. In this respect, see the 1934 Swiss Banking Act which states that permission to operate a foreign bank is made dependent upon the grant of reciprocal rights, subject to international obligations to the contrary ("*...von der Gewährleistung des Gegenrechts durch die Staaten, in denen die Ausländer mit qualifizierten Beteiligungen ihren Wohnsitz oder Sitz haben, sofern keine anderslautenden internationalen Verpflichtungen entgegenstehen...*").

tries. Instead the conditions merely affect operations within the EU. As such, the regime is often mistakenly called a “reciprocity clause” as it simply requires that non-EU companies comply with domestic unbundling rules applicable to EU countries. Therefore, in order for a foreign entity to operate within the EU, it needs to discard its monopolistic composition and structurally separate its grid and trading operations [Cottier et al 2010:6]. While the unbundling of foreign controlled companies within the EU can be monitored on the basis of competition rules, it is unclear how such unbundling will be enforced or exercised independent of mutual cooperation in matters of competition control [Cottier, Matteotti-Berkutova, Nartova 2010:7].

The second certification requirement for non-EU entities entails entry into the European market without hindering security of supply of the Member State involved or the Union as a whole²³. There is a wide range of considerations that the Member State and Commission can take into account in undertaking their assessment to allow the non-EU entity within their territory. Inevitably the concerned Member State will provide certification once it has been ascertained that the third country company does not pose a threat to its security of supply or that of the Union.

In undertaking its assessment, rights and obligations under international agreements will be taken into account. This enables the EU to make certification conditional upon secure supplies and transit rights. It also provides the EU with leverage to secure energy supplies in exchange for operational right of grids within the EU. These open-ended conditions which the EU may impose on third country incumbents extend beyond the commitments of Member States, which has raised objections from major supply partners, in particular the Russian Federation.

7. The TEP and Russia's Interests in the European Market

Whilst the third country clause was initially proposed by the Commission as an incentive for Member States to implement the proposed unbundling regime, there were concerns that Gazprom would buy European networks on sale while the said European

undertakings were unbundling their activities [Eikland 2011:29]. Article 11(3)(a) of the Gas Directive remedies this concern as it requires that non-EU undertakings abide by the same unbundling rules [Van Hoorn 2009:58]. This would in turn ensure that Gazprom would not be able to discriminate against other energy suppliers by preventing access to its pipelines [Juraslev 2011:11–12]. In so doing, Art. 11(3)(a) would help irradicate potential anti-competitive behaviour by dismantling Gazprom as a vertically integrated company and thereby ensuring a level-playing field amongst all market participants [Haghighi 2009:178]. Therefore Art. 11(3)(a) curbs the possibility of Gazprom acquiring strategically important European assets which would give it a competitive advantage and threaten the Union's energy security [Borisocheva 2007:12]. The same security considerations were taken into account with the conditions under Art. 11(3)(b) which provide an additional layer of insurance in securing the Union security of energy in accordance with Recital 22 of the Gas Directive giving credence to this endeavour²⁴. Non-EU undertakings therefore have an obligation to prove that their operations within the European market would not jeopardise the Unions security of supply [Cottier, Matteotti-Berkutova, Nartova 2010:3–4]. The conditions imposed under Art. 11 thereby aim to ensure fundamental Union's interests, namely the enhancement of competition within its energy market and security of supply [Talus 2012:20].

The Commission has been strongly advocating that the TEP and its new unbundling regime will facilitate an open competitive energy market which will in turn facilitate new business opportunities for Russian companies [Goldberg, Bjornbye 2012:20]. Russia however does not agree for which it views the third country regime as untoward [Yastrzhembsky 2008:35]. Russia has subsequently expressed its dissatisfaction towards the unbundling requirements which it has proclaimed amounts to a “robbery” of Russian property²⁵. This would inevitably be the case in a situation where Russia was forced to sell its assets in its efforts to unbundle which would result in asset value losses. Notwithstanding, even where Gazprom would not need to unbundle its ownership and thereby retain its transmission assets, the TEP would still

²³ See Recital 22 of the Gas Directive 2009/73/EC adopted July 13, 2009. URL: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/HTML/?uri=CELEX:32009L0073&from=EN> (accessed date: 30.07.2018).

²⁴ See Recital 22 of the Gas Directive 2009/73/EC adopted July 13, 2009. URL: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/HTML/?uri=CELEX:32009L0073&from=EN> (accessed date: 30.07.2018).

²⁵ Bryanski G. Russia may contest EU Energy rules in WTO. – *Reuters*. November 16, 2011. URL: <https://www.reuters.com/article/russia-wto-energy/russia-may-contest-eu-energy-rules-in-wto-source-idUSL5E7MF3ZE20111116> (accessed date: 31.07.2018).

restrict Gazprom from managing the said assets. As such, Gazprom's investments in its pipelines would be devalued which would impact its activities in the European market²⁶. These concerns seem justified where a Member State opts to apply ownership unbundling or the ISO model to a transmission system operated by a Gazprom subsidiary. The same holds true where an ITO model has been applied and Gazprom is (irrespective thereof) prohibited from controlling its pipelines due to the additional security of supply condition under Art. 11 of the Gas Directive.

Apart from the direct financial losses incurred from the obligatory divestment and subsequent loss of control over its transmission network, there are additional implications for Gazprom which may pose a threat to its operations. In particular in relation to Gazprom's long-term supply contracts under which Gazprom supplies gas to its European consumers²⁷. Pursuant to the new unbundling regime and TPA rules, Gazprom would risk losing control over its pipelines and thereby the necessary capacity to deliver on its supply commitments [Juravlev 2011:18–19]. With a loss of control over its existing transmission network, Gazprom may not be in a position to ensure sufficient transportation capacity which could lead to supply disruptions and therefore financial and reputational damage [Yafimaya 2013:29–36]. Therefore, with the Commission's unbundling and TPA rules potentially hindering supply and the Union's energy security, Gazprom has argued that the probable repercussions outweigh any likely advantages of an increasingly competitive market [Juravlev 2011:21–22].

Russia has subsequently disputed any favourable investment opportunities that may result from the Union's regulation which appears to be discriminatory towards Russia²⁸. The Russian Government's stance is clear – that it needs to maintain control over its mass distribution system in order to ensure reliable and consistent deliveries to its largest energy

consumer base [Juravlev 2011:24]. This appears to be inconsistent with the Union's unbundling regime and its ultimate goal of alleviating Russia's stronghold in the European energy market²⁹. Russia has subsequently argued for exemptions from the unbundling regime and concessions for Gazprom as the EU's largest energy supplier, the grievances of which were not taken into account in the prevailing regulation. It would therefore appear that where the Commission seeks to detach itself from Russia's energy grip, the more Russia seeks to enhance its control in order to secure its interests. Whilst Member States are reluctant to apply the discriminatory third country regime on Gazprom subsidiaries, Gazprom inevitably tries to avoid application through legal proceedings or lobbying for exemptions³⁰.

8. The Unbundling Regime and Conflicting Views

Russia's WTO accession has opened a window of opportunity to the trigger of a WTO ruling on the TEP and compatibility of the Gazprom clause with the WTO [Van Der Loo 2013:22]. The condition under Art. 11(3) of the Gas Directive which requires non-EU entities to unbundle, appears to discriminate third country undertakings from European undertakings, and further, third country undertakings with an agreement in place with the Union. With discrimination prohibited under various international instruments, Gazprom has legal grounds to challenge the application of Art. 11 on its EU-based subsidiaries for which it can claim compensation or annulment [Willems, Sul, Benizri 2010:241].

Russia claims the TEP is a violation of Art. 34(1) PCA which states that parties "shall use their best endeavours to avoid taking any measures or actions which render the conditions for the establishment and operation of each other's companies more restrictive than the situation existing on the day preceding the date of signature of the agreement"³¹. The Com-

²⁶ Komlev S. Third Energy Package and Impact on Gazprom Activities in Europe. Speech at the EBC Working Committee "Energy". Essen. March 18, 2011. URL: http://www.gazpromexport.ru/files/komlev_speech_essen_18_03_1124.pdf (accessed date: 30.07.2018).

²⁷ Ibidem.

²⁸ Iskauskas C. Third Energy Package: dispute between Russia and the EU. – *Geopolitika*. March 23, 2011. URL: <http://www.geopolitika.lt/?artc=4561> (accessed date: 30.07.2018).

²⁹ Vinatier L. Gazprom and the Kremlin: Russia's Double Approach to Europe's Energy Markets? – *Thomas More Institute*. May 2013. URL: <http://institut-thomas-more.org/2013/05/28/gazprom-and-the-kremlin-russias-double-approach-to-europes-energy-markets/> (accessed date: 30.07.2018).

³⁰ Ibidem.

³¹ Government of the Russian Federation: Notes of Press Conference after the February 2011 EU-Russia Summit. URL: <http://archive.premier.gov.ru/eng/events/pressconferences/14257/print/> (accessed date: 30.07.2018).

mission, in turn, has warned Gazprom that it will fall privy to competition law within the EU pursuant to principles of market liberalisation [Van Elsuwege 2012:24]. Subsequently, EU-Russia energy relations have been further aggravated by the Commission's formal proceedings initiated in September 2012 as to whether Gazprom abused to its market position in Central and Eastern-European member states, in breach of Art. 102 TFEU. Russia, on the other hand, having threatened to use the WTO instruments as a means of protecting its interests³² submitted a request for consultation on 30 April 2014 regarding the TEP which it views as inconsistent with several obligations of the EU under the WTO³³.

9. EU Competition Law and the Energy Markets

Tackling the anti-competitive behaviour of vertically integrated energy undertakings and ensuring free access to the transportation infrastructure was at the fore of establishing competition in the European energy market. Whilst various proposals were made in order to achieve this objective, competition rules (Art. 85 and 86 of the EC Treaty (today's EU Competition Law under Art. 101 and Art. 102 TFEU)) initially had a lesser role to play in the EU energy market with the regulatory approach being pursued in the alternative through the consecutive liberalization packages adopted. Amongst the Union's market liberalization efforts implemented through the packages, the two measures, as mentioned above, which specifically targeted anticompetitive behaviour of energy incumbents was the unbundling regime and TPA rules. Therefore, despite competition law being pushed to the periphery during the early stages of the EU energy market, throughout the implementation of the liberalization directives, Competition law began to play an increasingly important role as the EU's

energy market grew and matured [Roggenkamp, Boisseleu 2005:3].

Today competition law appears to be a powerful tool in the Commission's Liberalisation artillery. EU competition law is found in Art. 101 TFEU, which prohibits agreements between undertakings, which may affect trade between Member States and distort competition in the internal market, and in Art. 102 TFEU, which prohibits the abuse of a dominant position by an undertaking within the internal market or in a substantial part of it. The EU Merger Regulation (EC) No. 139/2004 is also powerful tool. Under Art. 2(3) of the Merger Regulation³⁴, the Commission is entitled to declare a concentration that causes significant impediments to effective competition incompatible with the internal market, particularly if it concerns the strengthening of a dominant position in the market³⁵.

Where energy undertakings are reluctant to abide by the applicable unbundling rules, the Commission encourages them to do so by virtue of Competition law under Art. 102 TFEU [Talus 2013:67]. In many ways, the Commission can be said to be achieving more through resorting to general competition rules, than it did before through its regulatory measures [Talus 2013:83]. It follows that the Commission has been using Art. 102 TFEU to further its agenda and secure further commitments from undertakings that extend beyond the ambit of the unbundling requirements [Johnston, Block 2012:71]. In particular, the Commission has been approaching TSO's of vertically integrated energy undertakings that are operating under an ITO model, with evidence of its anti-competitive behaviour which it then uses as leverage for obtaining further commitments [Westerhof 2009:27]. In so doing, the undertakings are obliged to agree to ownership unbundling or alternatively fall privy to antitrust prosecution under

³² Bryanski G. Russia May Contest EU Energy Rules in WTO. – *Reuters*. November 16, 2011. URL: <https://www.reuters.com/article/russia-wto-energy/russia-may-contest-eu-energy-rules-in-wto-source-idUSL5E7MF3ZE20111116> (accessed date: 31.07.2018).

³³ WTO, European Union and its Member States. Certain Measures Relating to the Energy Sector. Request for consultations by the Russian Federation dated April 30, 2014. URL: [https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/FE_Search/FE_S_S006.aspx?Query=\(%20wt/ds476/1%20or%20wt/ds476/1/*\)&Language=ENGLISH&Context=FomerScriptedSearch&languageUIChanged=true#](https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/FE_Search/FE_S_S006.aspx?Query=(%20wt/ds476/1%20or%20wt/ds476/1/*)&Language=ENGLISH&Context=FomerScriptedSearch&languageUIChanged=true#) (accessed date: 31.07.2018).

³⁴ See Council Regulation (EC) No 139/2004 of 20 January 2004 on the control of concentrations between undertakings (the EC Merger Regulation). URL: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:32004R0139&from=en> (accessed date: 27.07.2018).

³⁵ A recent case concerns the proposed acquisition of the only Greek gas transmission system operator DESFA by SOCAR, the State Oil Company of Azerbaijan Republic which is pending approval by the European Commission on account of the Commission's concerns that the proposed merged entity "may have the ability and the incentive to hinder competitive upstream gas suppliers from accessing the Greek transmission system, in order to reduce competition on the upstream wholesale gas market in Greece" (see Commission Press Release: Commission opens in-depth investigation into proposed acquisition of Greek gas transmission system operator DESFA by SOCAR dated November 5, 2014. URL: http://europa.eu/rapid/press-release_IP-14-1442_en.htm (accessed date: 24.07.2018)).

Art. 102 TFEU [Willems, Sul, Benizri 2010:340]. Given the prospect of hefty financial fines and the likely reputational damage, undertakings have been willing to concede on the Commission's request [Willems, Sul, Benizri 2010:340]. This manoeuvre has been particularly successful amongst European undertakings that have agreed to unbundle and sell segments of their transmission activities despite the ITO model under which they were operating [Johnston, Block 2012:71]. The Commission's use of Competition law has therefore proved to be a persuasive instrument in ensuring compliance with the prevailing unbundling regime [Talus 2013:137].

10. Application of EU Competition Law on Gazprom: the EU Competition Investigation of Gazprom's Sales in Central and Eastern Europe

To discuss the realities of the application of the unbundling regime on Russia's Gazprom, without taking into the account the contribution EU competition law has made to the unbundling process, would be negligent. After all, the unbundling process is aimed restricting undertakings from discriminating against its competitors, which is strongly linked to the abuse of dominant position under Art. 102 TFEU. Today competition law appears to be a powerful tool in the Commission's Liberalisation artillery. Where energy undertaking are reluctant to abide by the applicable unbundling rules, the Commission encourages them to do so by virtue of Competition law under Art. 102 TFEU [Talus 2013:67]. These developments have also affected Gazprom. Where the transmission of gas to the EU by Gazprom was not previously affected by competition law, today the situation has completely changed [Talus 2013:241].

The full extent of the influence of competition on Gazprom is best illustrated in the Baltic energy market where the Commission was asked to investigate potential market abuse on account of the politically motivated price discrimination of Lithuania's gas³⁶. In September 2011, the Commission launched a series of raids on Gazprom offices in Central and

Eastern Europe to accumulate sufficient evidence on suspicions that Gazprom was abusing its dominant position in its upstream gas supply markets. The Commission alleged that some of Gazprom's business practices in Central and Eastern gas markets constituted an abuse of its dominant position in breach of Art. 102 TFEU. In particular, the Commission alleged that by imposing territorial restrictions in its supply contracts, Gazprom was effectively segregating Central and Eastern gas markets. The territorial restrictions included measures inhibiting the cross-border flow of gas such as export ban clauses and destination clauses which facilitated Gazprom to pursue a strategy of market partitioning, thereby enabling Gazprom to charge unfair prices in five eastern EU member states, namely Bulgaria, Estonia, Latvia, Lithuania, and Poland, by charging prices significantly higher compared to Gazprom's costs or to benchmark prices³⁷.

Formal proceedings were brought against Gazprom on 4 September 2012 for market abuse in Central and Eastern Europe contrary to Art. 102 TFEU [Riley 2012:1]. According to the Commission's preliminary findings, Gazprom may have been leveraging its dominant market position by making the supply of gas to Bulgaria and Poland dependent on obtaining unrelated commitments from wholesalers concerning gas transport infrastructure. By way of example, gas supplies were contingent on investments in pipeline projects promoted by Gazprom (i.e. the South Stream project in Bulgaria) or conceding on Gazprom's reinforced control over a pipeline (i.e. the Yamal-Europe pipeline in Poland). Such behaviour, if confirmed, would impede the cross-border sale of gas within the single market thus lowering the liquidity and efficiency of gas markets. Furthermore it would raise artificial barriers to trade between Member States and results in higher gas prices. The hefty fines imposed for antitrust violations, which may reach up to 10% of the dominant undertaking's total turnover in the preceding year³⁸, may explain Gazprom's willingness to offer commitments³⁹ so as to alleviate the Commission's con-

³⁶ See *OAO Gazprom v. Republic of Lithuania*. SCC, Final Award. Arbitration No. V (125/2011). Para. 155. URL: http://arbitrations.ru/files/articles/uploaded/Gazprom_v_Lithuania_Final_Award_SCC.pdf (accessed date: 22.07.2018).

³⁷ Commission Press Release: Commission sends statement of objections to Gazprom for alleged abuse of dominance on Central and Eastern European Gas Supply Markets dated April 24, 2015. URL: http://europa.eu/rapid/press-release_IP-15-4828_en.htm (accessed date: 29.07.2018).

³⁸ See Art. 23(2) of the Council Regulation 1/2003 of 16 December 2002 on the implementation of the rules on competition laid down in Articles 81 and 82 of the Treaty. URL: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:32003R0001&from=EN> (accessed date: 29.07.2018).

³⁹ Ibid. Art. 9.

⁴⁰ See Case AT.39816. Upstream gas supplies in Central and Eastern Europe dated May 24, 2018. URL: http://ec.europa.eu/competition/antitrust/cases/dec_docs/39816/39816_10148_3.pdf (accessed date: 29.07.2018).

cerns⁴⁰. Introduced into EU competition law by Art. 9 of Regulation 1/2003, commitment decisions allow the Commission to terminate the investigation without the finding of infringement and the subsequent imposition of a fine. The standard of proof is thus significantly low. The parties may propose remedies to remove the Commission's concerns embodied into legally binding commitment decisions. In essence, "commitment decisions are a bargain between the Commission and the undertaking concerned" [Von Rosenberg 2009:245]. By contrast, antitrust procedures under Art. 7 of the same regulation may lead to the establishment of an infringement and levy significant fines. Damages before national courts may also be triggered.

In particular, Gazprom's proposed measures to remedy competition concerns relate to the removal of restrictions to re-sell gas cross-border, to ensuring competitive gas prices in Central and Eastern European gas markets and removing demands in relation to gas infrastructure projects obtained through its dominant market position⁴¹. The Commission's market testing of Gazprom's concessions, if satisfactory, would mean it could adopt a decision making the commitments legally binding on Gazprom. In the event that Gazprom breaks such commitments, the Commission may then impose a fine up to 10% of the company's worldwide turnover, without having to prove an infringement of the EU antitrust rules⁴².

Although the proceedings only reached fruition in May 2018⁴³, on account of the market testing, they have no doubt nudged Gazprom towards ownership unbundling on the Lithuanian market, as well as other affected Eastern European states where Gazprom may fall privy to EU Competition rules. The fact that the Commission has secured the commitments from Gazprom that extend beyond the usual unbundling provisions, makes it clear that the Commission's use of Competition law has proved to be a persuasive instrument in obtaining Gazprom's compliance with the prevailing unbundling regime [Talus 2013:137].

11. Conclusion

Having discussed the different perspectives of the unbundling regime, it is clear that the EU and Russia's

objectives are manifestly inconsistent with the EU seeking more competition to secure its energy supply whilst Russia seeks to retain its dominant position within the European energy market. It goes without saying that Russia is not pleased by the Commission's unbundling rules for which it has raised several legal issues to contest its application. That said, the EU sees Gazprom's ever-increasing control over EU energy infrastructure as a source of concern for which its measures are justified. By imposing the requirements of the so-called Gazprom clause, the EU seeks to secure its energy supply which is threatened by Gazprom's control over its transmission network. This is in addition to other incidents which have driven the Union to err on the side of caution such as the gas crises and Russia's reluctance to formalise its bilateral energy relations with the Union in a legally binding framework [Van Der Bergh 2009:232].

Providing an elaborate account of the pros and cons of the unbundling regime and the third country clause falls beyond the ambit of this article. However it is important to note that in the absence of a legal framework, the unbundling regulation has not done much to stabilise EU-Russia relations. The TEP's unbundling regime seems to have become another simmering issue in a relationship already riddled with concerns [Talus 2013:84]. If anything, it has brought the differences between these strategic partners to the fore. This is not surprising given that unbundling hinges on control of the gas transmission network which is of strategic relevance to both the EU and Russia.

Whilst the EU's unbundling regulation is limited to its own territory and does not specifically address Gazprom, Gazprom's presence on the European energy market means that it falls within the scope of its application. Albeit surreptitiously, perhaps the application of EU energy regulation concerning ownership and management of Russian pipelines on EU soil, would have best been addressed within the realm of a bilateral or multilateral legal agreement, rather than unilaterally imposed obligations pursuant to EU directives. With that in mind, the fact that Russia has been reluctant to institutionalise EU-Russia relations within a legally binding framework or the multilateral global architecture, may well jus-

⁴¹ Press Release: Antitrust: Commission invites comments on Gazprom commitments concerning Central and European gas markets Brussels dated March 13, 2017. URL: http://europa.eu/rapid/press-release_IP-17-555_en.htm (accessed date: 29.07.2018).

⁴² Ibidem.

⁴³ Press Release: Antitrust: Commission imposes binding obligations on Gazprom to enable free flow of gas at competitive prices in Central and Eastern European gas markets Brussels dated May 24, 2018. URL: http://europa.eu/rapid/press-release_IP-18-3921_en.htm (accessed date: 29.07.2018).

tify the Union's manoeuvres in pursuing its agenda (although unilaterally) beyond the ambit of a bilateral agreement. The ever-prevailing delays in negotiating a new partnership agreement and Russia's withdrawal from the ECT, give credence to this assertion and to some degree allude to a somewhat strategic Union which has pursued its energy security agenda through its internal regulation which has been externalised, in the absence of international legal instruments that could regulate energy relations between these strategic partners.

The objectives of EU internal energy policy, quite simply put and as indicated earlier, entail three elements – competitiveness; security and the environment. More specifically, the three objectives relate to the EU's endeavours to provide secure and affordable energy to European consumers; curb the Union's vulnerability in its energy dependence on external suppliers; and combat climate change. What links these three dimensions is the fact that the Union seeks to fulfil these objectives by way of a market-based approach which is heavily embedded in regulation. As such, legal frameworks such as regulations; direc-

tives; and bilateral or multilateral agreements, which is quintessentially normative, provide a platform from which the Union can pursue its energy policy objectives. This law-based agenda therefore sets the stage for the Union's internal and external policy with the relevant dimensions serving as both instrument and objective. It follows that security, competitiveness and sustainability, each in turn, facilitate the fulfilment of the other. By way of example a well-functioning market increases energy security; whilst energy efficiency diminishes energy dependence and thereby increases energy security. Each objective therefore correlates with the other and serves as a means unto itself with the Union's laws and regulations as the preferred medium to attain these objectives [Van Vooren, Wessel 2014:444]. In this respect the Union's legal and market-based approach becomes a means for all other ends and in turn, an end in itself. The fact that the Union uses legal instruments as a mechanism to forward its market-based approach in the energy sector (both internally and externally), serves to validate the Union's role as a global normative energy actor.

References

1. Aalto P., Westphal K. Introduction. – *The EU-Russian Energy Dialogue: Europe's Future Energy Security*. Ed. by P. Aalto. London, New York: Routledge. 2008. P. 1–23.
2. Belyi A. Reciprocity as a Factor of the Energy Investment Regimes in the EU-Russia Energy Relations. – *Journal of World Energy Law & Business*. 2009. Vol. 2. Issue 2. P. 117–128. DOI: <https://doi.org/10.1093/jwelb/jwp002>
3. Bilgin M. Energy Security and Russia's Gas Strategy: The Symbiotic Relationship between the State and Firms. – *Communist and Post-Communist Studies*. 2011. Vol. 44. No. 2. P. 119–127. DOI: <https://doi.org/10.1016/j.postcomstud.2011.04.002>
4. Borisocheva K. *Analysis of the Oil and Gas Pipeline Links between EU and Russia: an account of intrinsic interests*. Athens: Centre for Russia and Eurasia. 2007. 25 p. URL: <https://docplayer.net/4644540-Analysis-of-the-oil-and-gas-pipeline-links-between-eu-and-russia-an-account-of-intrinsic-interests.html> (accessed date: 12.09.2018)
5. Cottier T., Matteotti-Berkutova S., Nartova O. Third Country Relations in EU Unbundling of Natural Gas Markets: the "Gazprom Clause" of Directive 2009/73 EC and WTO Law. – *Swiss National Centre of Competence in Research, Working Paper*. 2010. No. 2010/06. 16 p. URL: https://www.wti.org/media/filer_public/96/9b/969b5456-820f-4077-a716-67576d322ca9/access_to_gasgrids.pdf (accessed date: 12.09.2018).
6. Cottier T., Oesch M. *International Trade Regulation: Law and Policy in the WTO, The European Union and Switzerland: Cases, Material and Comments*. Berne: Cameron May & Staempli. 2005. 367 p.
7. Eikland P. O. EU Internal Energy Market Policy: Achievements and Hurdles. – *Toward a Common European Union Energy Policy: Problems, Progress and Prospects*. Ed. by V.L. Birchfield, J.S. Duffield. Palgrave. 2011. P. 302–309. DOI: 10.1057/9780230119819
8. Finon D., Locatelli C. Russian and European Gas Interdependence: Could Contractual Trade Channel Geopolitics? – *Energy Policy*. 2008. Vol. 36. Issue 1. P. 423–442.
9. Garrett G. International Cooperation and the Institutional Choice: The European Community's Internal Market. – *International Organization*. 1992. Vol. 46. No. 2. P. 533–560. DOI: 10.1017/S0020818300027806
10. Goldberg S., Bjornbye H. Introduction and Comment. – *EU Energy Law and Policy Issues*. 2012. Vol. 3. Issue 9. P. 1–33.
11. Grigoryev Y. The Russian Gas Industry, its Legal Structure, and its Influence on World Markets. – *Energy Law Journal*. 2007. Vol. 125. P. 125–142.
12. Haghighi S. Establishing an External Policy to Guarantee Energy Security in Europe? A Legal Analysis. – *European Energy Law Report*. Ed. by M. Roggenkamp, U. Hammer. Vol. VI. Antwerp: Intersentia. 2009. P. 155–185.
13. Jakub M., Godzimirski J.M. Energy Security and the Politics of Identity. – *Political Economy of Energy in Europe: Forces of Integration and Fragmentation*. Ed. by G. Fernmann. Berlin: Berliner Wissenschafts-Verlag. 2009. P. 173–208. DOI: https://doi.org/10.1057/9781137502766_5
14. Johnston A., Block G. *EU Energy Law*. Oxford: Oxford University Press. 2012. 466 p.
15. Juravlev A. The Effect of the European Union's Unbundling Provisions on the EU-Russian Natural Gas Relationship and Russia's Accession to the World Trade Organization. – *SSRN Electronic Journal*. 2011. December. 24 p. DOI: 10.2139/ssrn.1969502
16. Pirani S., Stern J., Yafimava K. *The Russo-Ukrainian Gas Dispute of January 2009: A Comprehensive Assessment*.

- Oxford: Oxford Institute for Energy Studies. 2009. 66 p.
17. Riley A. Gazprom versus Commission: The Antitrust Clash of the Decade. – *CEPS Policy Brief*. 2012. No. 285. 14 p. URL: http://aei.pitt.edu/37321/1/PB_No_285_AR_Commission_v_Gazprom.pdf (accessed date: 12.09.2018).
 18. Roggenkamp M., Boisseleu F. The Liberalisation of the EU Electricity Market and the Role of Power Exchange. – *The Regulation of Power Exchanges in Europe*. Ed. by M. Roggenkamp, F. Boisseleu. Antwerp: Intersentia. 2005. P. 1–23.
 19. Stanic A. New EU Rules on the Internal Energy Market and Energy Policy. – *Oil, Gas & Energy Law Journal*. 2011. Vol. 9. Issue 5. P. 1–9.
 20. Stern J. *The Future of Russian Gas and Gazprom*. Oxford: Oxford University Press. 2005. 300 p.
 21. Talus K. *EU Energy Law and Policy: A Critical Account*. Oxford: Oxford University Press. 2013. 352 p. DOI: 10.1093/acprof:oso/9780199686391.001.0001
 22. Umbach F. Europe's Next Cold War: the European Union Needs a Plan to Secure its Energy Supply. – *International Politik-Global Edition*. 2006. Vol. 7. Issue. 3. P. 64–71.
 23. Umbach F. Global Energy Security and the Implications for the EU. – *Energy Policy*. 2010. Vol. 38. Issue 3. P. 1229–1240. DOI: <https://doi.org/10.1016/j.enpol.2009.01.010>
 24. Van Der Bergh C. Reciprocity Clause and International Trade Law. – *Journal of Energy & Natural Resources Law*. 2009. Vol. 27. Issue. 2. P. 228–257. DOI: <https://doi.org/10.1080/02646811.2009.11435214>
 25. Van Der Loo G. EU-Russia Trade Relations: It Takes WTO to Tango? – *Legal Issues of Economic Integration*. 2013. Vol. 40. Issue 1. P. 7–32.
 26. Van Elsuwege P. Towards a Modernisation of EU-Russia Relations? – *CEURUS EU-Russia Papers*. 2012. No. 5. 28 p. URL: <http://ceurus.ut.ee/wp-content/uploads/2011/06/EU-Russia-Paper-51.pdf> (accessed date: 12.09.2018).
 27. Van Hoorn V. "Unbundling", "Reciprocity" and the European Internal Energy Market: WTO Consistency and Broader Implications for Europe. – *European Energy and Environmental Law Review*. 2009. Vol. 18. Issue 51. P. 51–76.
 28. Van Vooren B., Wessel R. *EU External Relations Law: Text, Cases and Materials*. Cambridge: Cambridge University Press. 2014. 620 p.
 29. Von Rosenberg H. Unbundling through the Back Door... The Case of Network Divestiture as Remedy in the Energy Sector. – *European Competition Law Review*. 2009. Vol. 30. Issue 5. P. 237–254.
 30. Westerhof J. G. The Third Internal Energy Market Package. – *European Energy Law Report*. Ed. by M. Roggenkamp and U. Hammer. Vol. VI. Antwerp: Intersentia. 2009. P. 19–35.
 31. Willems A., Sul J., Benizri Y. Unbundling as a Defence Mechanism Against Russia: Is the EU Missing the Point? – *EU-Russia Energy Relations*. Ed. by K. Talus and P.L. Fratini. Brussels: Euroconfidentiel. 2010. P. 227–244.
 32. Yafimaya K. *The EU Third Package for Gas and the Gas Target Model: Major Contentious Issues Inside and Outside the EU*. Oxford: Oxford Institute for Energy Studies. 2013. 70 p. DOI: <https://doi.org/10.26889/9781907555718>
 33. Yastrzhembsky S. Trust, Not Double Standards: What Russia Expects from the EU. – *Pipelines, Politics and Power: the Future of EU-Russia Energy Relations*. Ed. by K. Barych. London: Centre for European Reform. 2008. P. 35–39.

About the Author

Natasha A. Georgiou,

Ph.D. Candidate, School of Law, University of Reading, Reading

Whiteknights Rd, Earley, Reading, United Kingdom, RG6 7BY

n.a.georgiou@pgr.reading.ac.uk
ORCID: 0000-0003-4747-8109

Информация об авторе

Наташа А. Георгиу,

Ph.D. Candidate, Факультет права, Университет Рединга

Whiteknights Rd, Earley, Reading, RG6 7BY, United Kingdom

n.a.georgiou@pgr.reading.ac.uk
ORCID: 0000-0003-4747-8109

DOI: 10.24833 / 0869-0049-2018-4-82-95

Ольга Сергеевна СТАРШИНОВА

Всероссийская академия внешней торговли Министерства экономического развития
Российской Федерации

Пудовкина ул., д. 4а, Москва, 119285, Российская Федерация

olgaboklan@yandex.ru

ORCID: 0000-0001-9725-6165

РЕФОРМА ДОГОВОРЕННОСТИ О ПРАВИЛАХ И ПРОЦЕДУРАХ РАЗРЕШЕНИЯ СПОРОВ ВТО

ВВЕДЕНИЕ. Вопрос о реформе Договоренности о правилах и процедурах разрешения споров является крайне актуальным. Страны – члены ВТО стремятся согласовать новые положения, которые позволят повысить эффективность разрешения споров.

МАТЕРИАЛЫ И МЕТОДЫ. Автором проанализированы материалы переговорного процесса по реформе Договоренности о правилах и процедурах разрешения споров. В статье представлены комментарии, а также приведена практика, которая соответствует рассматриваемым в переговорном процессе 12 вопросам. Методологическую основу исследования составляют общенаучные и специальные методы.

РЕЗУЛЬТАТЫ ИССЛЕДОВАНИЯ. По итогам проведенного исследования автор приходит к выводу о том, что Договоренность о правилах и процедурах разрешения споров требует значительного реформирования. Однако страны – члены ВТО с высокой степенью осторожности относятся к расширению полномочий ВТО, стремясь обезопасить себя от возможных решений и ограничений, противоречащих их интересам.

ОБСУЖДЕНИЕ И ВЫВОДЫ. Автор дает оценку обсуждаемым в рамках реформы Догово-

ренности о правилах и процедурах разрешения споров вопросам. В настоящей статье сделан вывод о необходимости внесения изменений в положения Договоренности о правилах и процедурах разрешения споров. При этом отмечается, что ряд предложений, обсуждаемых в ходе реформы, не являются целесообразными. Кроме того, автор отмечает, что при нынешнем формате работы вероятность окончания переговоров по реформе Договоренности о правилах и процедурах разрешения споров крайне мала. Государствам – членам ВТО необходимо принять во внимание иные форматы переговорной работы, которые будут предусматривать установление конкретных сроков, для ускорения окончания переговорного процесса.

КЛЮЧЕВЫЕ СЛОВА: ВТО, реформа ВТО, Договоренность о правилах и процедурах разрешения споров, разрешение споров, ответные меры, третьи стороны, наименее развитые страны, эффективность разрешения споров

ДЛЯ ЦИТИРОВАНИЯ: Старшинова О.С. 2018. Реформа Договоренности о правилах и процедурах разрешения споров ВТО. – Московский журнал международного права. № 4. С. 82-95. DOI: 10.24833 / 0869-0049-2018-4-82-95

DOI: 10.24833 / 0869-0049-2018-4-82-95

Olga S. STARSHINOVA

Russian Foreign Trade Academy of the Ministry of Economic Development of the Russian Federation
4a, ul. Pudovkina, Moscow, Russian Federation, 119285

olgaboklan@yandex.ru

ORCID: 0000-0001-9725-6165

NEGOTIATIONS ON IMPROVEMENTS AND CLARIFICATIONS OF THE WTO DISPUTE SETTLEMENT UNDERSTANDING

INTRODUCTION. *Negotiations on improvements and clarifications of the WTO Dispute Settlement Understanding are on top of the agenda today. WTO members are negotiating new rules, which are deemed to improve the effectiveness of WTO dispute settlement system.*

MATERIALS AND METHODS. *The author has analyzed negotiations reports and materials as well as practice of the Dispute Settlement Body with respect to the issues discussed and presented comments concerning twelve issues discussed in the course of negotiations process. The methodological basis of the research consists of general scientific and special methods.*

RESEARCH RESULTS. *The author comes to the conclusion, that the Dispute Settlement Understanding needs substantive review. However, WTO members are very cautious when giving additional powers to the WTO, trying to secure themselves from any decisions, which could be contrary to their interests.*

DISCUSSION AND CONCLUSIONS. *The author has presented the assessment of twelve issues discussed in the course of negotiations on improve-*

ments and clarifications of the Dispute Settlement Understanding and come to the conclusion that Dispute Settlement Understanding needs to be reviewed. At the same time certain changes proposed are not viable and beneficial. Moreover, it should be highlighted that the current organization of the course of negotiations is not really productive and the negotiations are not likely to be finished. For this reason, WTO members need to work on organization of the negotiations, putting strict deadlines to facilitate the conclusion of the negotiation process.

KEYWORDS: *WTO, negotiations on improvements and clarifications of the Dispute Settlement Understanding, Dispute Settlement Understanding, dispute settlement, retaliation, third parties, leased developed countries, effectiveness of the WTO Dispute Settlement System*

FOR CITATION: Starshinova O.S. Negotiations on Improvements and Clarifications of the WTO Dispute Settlement Understanding. – *Moscow Journal of International Law*. 2018. No. 4. P. 82-95. DOI: 10.24833 / 0869-0049-2018-4-82-95

Переговоры по совершенствованию и уточнению положений Договоренности о правилах и процедурах разрешения споров (далее – Договоренность) идут с 1997 г.

В 2001 г. по итогам министерской конференции в Дохе была принята Декларация, согласно которой страны – члены ВТО согласились на «проведение переговоров об улучшении и разъяснении

Договоренности». Предполагалось, что переговоры закончатся не позднее мая 2003 г.¹ Однако по истечении данного срока переговоры завершены не были.

Действующий мандат переговоров закреплен в п. 34 Гонконгской министерской декларации², предусматривающем разработку согласованных изменений в Договоренность на основе предложений стран – членов ВТО в целях ускорения процесса рассмотрения споров и повышения его эффективности.

Органом ВТО, ответственным за координацию переговоров, является Специальная сессия Органа по разрешению споров ВТО, действующая под председательством посла Сенегала К. Сека. В настоящее время работа идет преимущественно в формате консультаций в малых группах с проведением заседаний Специальной сессии Органа по разрешению споров ВТО несколько раз в год. Последняя версия консолидированного текста всех предложений по внесению уточнений в Договоренность была распространена в июле 2008 г. и до сих пор остается актуальной.

С ноября 2016 г. было принято решение проводить переговоры по каждому из 12 находящихся на рассмотрении вопросов поочередно³. Их анализу и посвящена данная статья.

1. Права третьих сторон

Государства – члены ВТО обсуждают возможность заявления прав третьей стороной в споре по истечении 10 дней после принятия решения об учреждении третейской группы (далее – ТГ) [Kazzi 2015:207]. Статья 10 Договоренности не предусматривает срок, в течение которого после учреждения ТГ третья сторона может присоединиться к спору. В связи с этим еще в рамках Совета ГАТТ было установлено, что во избежание затягивания процедуры разрешения споров, государство – член ВТО должно заявить о сво-

ем намерении присоединиться к спору в качестве третьей стороны не позднее чем в течение 10 дней с момента учреждения ТГ⁴. В ходе переговоров отдельные страны – члены ВТО выразили свое согласие предусмотреть более гибкую процедуру присоединения третьих сторон к спору, тогда как их оппоненты настаивали на закреплении в самом тексте Договоренности положения о 10-дневном сроке. Все участники выразили согласие, что присоединение третьей стороны к спору, вне зависимости от установленной процедуры, не должно усложнять ход производства по спору. Подобная сложность может возникнуть в связи с применением ст. 8.3 Договоренности, предусматривающей, что граждане государств – третьих сторон в споре не могут выступать в качестве членов ТГ, если стороны не договорились об ином. Таким образом, в случае, если ТГ будет уже сформирована и на этой стадии страна – член ВТО выразит свое желание присоединиться в качестве третьей стороны, это приведет к необходимости пересмотра состава ТГ. Более существенные задержки могут возникнуть, если государство – член ВТО заявит о своем желании присоединиться в качестве третьей стороны на более поздней стадии.

Обсуждается также вопрос возможности присоединения к спору в качестве третьей стороны на стадии рассмотрения спора Апелляционным органом (далее – АО) или процедур по контролю за соблюдением ответчиком рекомендаций Органа по разрешению споров ВТО (далее – ОРС ВТО).

Расширение прав третьей страны целесообразно в связи с тем, что на стадии рассмотрения спора ТГ большое значение придается фактической стороне дела, что может быть менее актуальным для остальных стран – членов ВТО. При этом на стадии рассмотрения спора АО поднимаются исключительно вопросы права, что, как правило, вызывает значительно больший интерес.

¹ Ministerial Declaration. Adopted on 14 November 2001. Para. 30. URL: https://www.wto.org/english/thewto_e/minist_e/min01_e/mindecl_e.htm (accessed date: 10.09.2018).

² См.: Doha Work Programme. Ministerial Declaration. Adopted on 18 December 2005. Para. 35. URL: https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/FE_Search/FE_S_S009-DP.aspx?language=E&CatalogueIdList=70196&CurrentCatalogueIdIndex=0&FullTextSearch= (accessed date: 10.09.2018).

³ Special Session of the Dispute Settlement Body. Report by the Chairman, Ambassador Ronald Saborío Soto, to the Trade Negotiations Committee. 2011. Para. 16. URL: [https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/FE_Search/FE_S_S006.aspx?Query=\(+%40Symbol%3d+tn%2fds%2f*+and+\(%40Title%3d+report+and+chairman\)\)&Language=ENGLISH&Context=FomerScriptedSearch&languageUIChanged=true#](https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/FE_Search/FE_S_S006.aspx?Query=(+%40Symbol%3d+tn%2fds%2f*+and+(%40Title%3d+report+and+chairman))&Language=ENGLISH&Context=FomerScriptedSearch&languageUIChanged=true#) (accessed date: 10.09.2018).

⁴ Third-Party Participation in Panels. Statement by the Chairman of the Council. 1994. URL: <https://docs.wto.org/gattdocs/q/GG/C/COM-3.PDF> (accessed date: 10.09.2018).

2. Процедура формирования третейских групп

Страны – участники ВТО стремятся обеспечить наличие специальной компетентности членов ТГ, так как ст. 8 Договоренности не предусматривает в качестве необходимого условия наличие специальных знаний по предмету спора. Некоторые делегации также предлагают предусмотреть возможность участия в ТГ граждан государств – третьих сторон, не являющихся госслужащими. Отдельные страны – члены ВТО, в первую очередь США и ЕС, в спорах, в которых они не являются истцами или ответчиками, систематически присоединяются к спору в качестве третьей стороны. В связи с этим согласно нынешнему регулированию граждане таких государств – членов ВТО не могут выступать в качестве членов ТГ, если стороны спора не договорились об ином. Это приводит к тому, что граждане США и ЕС, будучи, как правило, наиболее опытными специалистами, фактически исключаются из списков потенциальных кандидатов в члены ТГ⁵. Однако отметим, что для российской стороны предложенное изменение не кажется приемлемым. В интересах России, чтобы члены ТГ были максимально беспристрастными. Нынешнее регулирование в данном случае создает дополнительные гарантии такой беспристрастности.

3. Дополнительное рассмотрение и установление фактов ТГ в рамках апелляционной стадии

Участники переговоров согласны, что такой механизм необходим в ситуации, когда АО отменяет решение ТГ и возникает необходимость анализа фактической стороны дела для завершения рассмотрения спора (англ. *remand*). При этом АО не имеет полномочий рассматривать вопросы факта, которыми наделена исключительно ТГ. Проблема заключается в отсутствии единого понимания того, какая из сторон (истец или ответчик) должна инициировать возвращение спора в ТГ.

В настоящее время рассматриваются предложения Кореи⁶ и Новой Зеландии⁷.

Новая Зеландия предлагает механизм, в результате которого по спору АО принимает два доклада. В первом АО рекомендует вернуть спор в ТГ и представляет выводы по итогам собственного рассмотрения. Соответственно, ТГ вновь рассматривает вопросы как факта, так и права. По результатам дополнительного рассмотрения ТГ принимает новый доклад. На него затем также может быть подана апелляция, по итогам которой АО принимает второй доклад. Такой механизм предлагается для соблюдения процессуальных сроков, так как дополнительное рассмотрение может их существенно увеличить. Но у стран – членов ВТО возникает множество вопросов о механизме исполнения рекомендаций, содержащихся в двух докладах АО.

Корея предлагает, чтобы при направлении спора на дополнительное рассмотрение в ТГ АО принимал бы «предварительные рекомендации», указывая, что не может завершить рассмотрение спора. При этом ТГ будет рассматривать только факты, не вынося новых решений по вопросам права, а затем новый доклад ТГ будет направлен обратно в АО. Процедурно данное предложение более логичное, но с ним также связан ряд неразрешенных пока вопросов. В частности, как ТГ может рассматривать факты без правового анализа? К тому же возникает проблема со сроками принятия итогового доклада АО, которые в таком случае затягиваются.

У обоих предложений нет активных сторонников и противников. Страны – члены ВТО в основном задают уточняющие вопросы, пытаясь совместно выработать оптимальную процедуру.

Следует отметить, что в связи с нынешнем кризисом в АО [Трунк-Фёдорова 2018:112–121], вызванным невозможностью начать отбор членов АО, а также критикой деятельности АО, в том числе в связи с превышением им своих полномочий [Terence 2018:4], реализовать предложенные изменения не представляется возможным. На данный момент осталось три члена АО, срок полномочий которых истекает 10 декабря 2019 г. и 30 ноября 2020 г.⁸

⁵ Composition of WTO Dispute Settlement Panels-ADCNY. International Trade Committee Proposal. 2005. URL: http://www.nycbar.org/pdf/report/Composition_of_WTO.pdf (accessed date: 10.09.2018).

⁶ Special Session of the Dispute Settlement Body. Report by the Chairman, Ambassador Ronald Saborío Soto. 2011. Paras. 280–282. URL: [https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/FE_Search/FE_S_S006.aspx?Query=\(+%40Symbol%3d+tn%2fds%2f*+and+\(%40Title%3d+report+and+chairman\)\)&Language=ENGLISH&Context=FomerScriptedSearch&languageUICChanged=true#](https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/FE_Search/FE_S_S006.aspx?Query=(+%40Symbol%3d+tn%2fds%2f*+and+(%40Title%3d+report+and+chairman))&Language=ENGLISH&Context=FomerScriptedSearch&languageUICChanged=true#) (accessed date: 10.09.2018).

⁷ Ibidem.

⁸ Appellate Body Members. – WTO official website. URL: https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/ab_members_descrp_e.htm (accessed date: 10.09.2018).

Страны – члены ВТО работают над возможностью реформирования АО в целом⁹. Активную позицию занимает Европейский союз, предлагающий ряд нововведений¹⁰. Они состоят в следующем. Во-первых, разработать новые правила, которые определяют в каких случаях члены АО могут продолжить рассмотрение споров, когда срок их полномочий истек. Во-вторых, обеспечить завершение апелляционного рассмотрения в 90-дневный срок. В связи с нынешним кризисом оно длится около одного года. В-третьих, четко установить, что АО должен рассматривать исключительно вопросы, необходимые для разрешения спора между сторонами. На практике АО неоднократно рассматривал вопросы, которые не были необходимы для разрешения спора¹¹. Так, П. Теренс указывает на то, что США отмечали, что выводы АО по вопросам, рассмотрение которых не является необходимым для разрешения спора, по существу представляют собой *obiter dicta* [Terence 2017:9]¹². В-четвертых, предусмотреть механизм ежегодных встреч членов ВТО с членами АО для обсуждения системных вопросов.

Кроме того, для обеспечения эффективного функционирования АО Европейский союз предлагает увеличить срок членства с четырех до шести лет, а также увеличить количество членов АО с семи до девяти. Предложение также включает правила, обеспечивающие автоматическое начало выборов по истечении полномочий членов АО.

Данные предложения в настоящий момент находятся на рассмотрении государств – членов ВТО.

4. Решения, принимаемые по взаимному согласию сторон

В рамках переговорного процесса по вопросу о порядке уведомления ОРС ВТО о достижении взаимоприемлемого урегулирования спора в центре дискуссии оказался вопрос о том, насколько детальным должно быть такое уведомление. Сегодня данный вопрос не регламентирован. В большинстве случаев стороны не стремятся направлять государствам – членам ВТО подробные уведомления об условиях достижения взаимоприемлемого соглашения. Вместо этого они направляют уведомление, которое содержит указание лишь на сам факт достижения подобного соглашения, без описания условий, на которых оно было достигнуто¹³. Это связано в первую очередь с нежеланием сторон информировать ОРС о том, на какие уступки они пошли ради прекращения спора. Таким образом стороны не поставят себя в невыгодную переговорную позицию в будущем, при взаимоприемлемом урегулировании в рамках нового спора. При этом есть примеры, когда стороны все-таки более детально уведомляют о причинах и об условиях взаимоприемлемого урегулирования спора. Так, например, в деле «Китай: меры в отношении демонстрационных баз и программ для технического обслуживания» к уведомлению сторонами был приложен меморандум о согласии. Прежде всего, стороны договорились не продолжать спор в связи с истечением большинства оспариваемых мер, а также в связи с внесением изменений в нормативно-правовые акты, которые вызывали у истца наибольшую обеспокоенность¹⁴.

⁹ Ljunggren D., Lawder D. WTO Member Group Vows to Reform Rules on Subsidies, Dispute Settlement. – *Reuters Business News*. 2018. 25 Oct. URL: <https://www.reuters.com/article/us-usa-trade-wto-canada-idUSKCN1MZ2CL> (accessed date: 16.12.2018).

¹⁰ WTO Reform: EU Proposes Way forward on the Functioning of the Appellate Body. URL: https://eeas.europa.eu/delegations/world-trade-organization-wto/54442/wto-reform-eu-proposes-way-forward-functioning-appellate-body-26-november-2018_en.htm (accessed date: 10.09.2018).

¹¹ См., например: Argentina – Measures Relating to Trade in Goods and Services. Appellate Body Report. 2015. Para. 6.84. URL: https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/cases_e/ds453_e.htm (accessed date: 10.09.2018).

Здесь АО, придя к выводу о неверности выводов ТГ, продолжил рассмотрение апелляционной жалобы Панамы, касавшейся указанных выводов.

¹² Речь идет о заявлениях, замечаниях, рассуждениях, нашедших отражение в докладе АО, но не создающих его правовую основу.

¹³ United States – Anti-Dumping Measures on Certain Shrimp from Viet Nam, Notification of a Mutually Agreed Solution. 2016. URL: https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/429abr_e.pdf (accessed date: 10.09.2018); European Union – Measures on Atlanto-Scandian Herring. Joint Communication from Denmark in Respect of the Faroe Islands and the European Union. 2014. URL: [http://www.worldtradelaw.net/cr/ds469-1\(cr\).pdf.download](http://www.worldtradelaw.net/cr/ds469-1(cr).pdf.download) (accessed date: 10.09.2018).

¹⁴ China – Measures Related to Demonstration Bases and Common Service Platforms Programs, Memorandum of Understanding between the People's Republic of China and the United States of America. URL: https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/cases_e/ds489_e.htm (accessed date: 10.09.2018).

Страны – члены ВТО стремятся нормативно закрепить положение, которое установит, насколько детальным должно быть такое уведомление. Кроме того, остается неурегулированным вопрос о том, одна ли сторона направляет соответствующее уведомление или же его текст должен быть согласован сторонами спора. Сторонники второго подхода указывают, что в случае, если сторонам удалось достичь взаимоприемлемого урегулирования, им не составит труда согласовать текст уведомления. При этом другие государства – члены ВТО отмечают, что в некоторых обстоятельствах одна из сторон может выразить желание направить отдельное уведомление, содержащее более детальные условия достигнутого соглашения¹⁵. Данный вопрос остается неразрешенным.

5. Представление в ОРС ВТО конфиденциальной информации и ее охрана

Данный вопрос пока не получил широкого обсуждения. Страны – члены ВТО говорят о необходимости обеспечения более высокого уровня защиты конфиденциальной информации¹⁶. Это крайне важно для эффективного разрешения споров в рамках ВТО, так как в большинстве случаев для того, чтобы ТГ могла разобраться в существе возникших разногласий, сторонам необходимо предоставить детальную информацию о деятельности компаний, чьи интересы затронуты в споре. Такая информация, как правило, составляет коммерческую тайну. Только в случае, если стороны спора будут уверены в надлежащей защите подобных сведений, их предоставят ТГ.

6. Транспарентность процесса

Государствами – членами ВТО обсуждается возможность обеспечения публичности слушаний как на стадии рассмотрения спора ТГ, так и на стадии апелляции.

Многие страны – члены ВТО поддерживают возможность проведения открытых слушаний, так как это обеспечит еще большую уверенность в справедливости и беспристрастности рассмотрения споров. Тем не менее некоторые участники переговорного процесса, не возражая против публичности слушаний как таковой, обеспокоены необходимостью защиты конфиденциальной информации. Кроме того, проблемы могут возникнуть при техническом обеспечении трансляций, что потребует дополнительных расходов из бюджета. В ходе переговорного процесса обсуждались разные варианты трансляций. Было предложено, чтобы все устные слушания (кроме части слушаний, где поднимаются вопросы, связанные с конфиденциальной информацией) были открыты для общественного просмотра (через систему закрытой трансляции в отдельной комнате), если любая из сторон не потребовала закрытого слушания. Второй вариант предполагает защищенную паролем интернет-трансляцию всех слушаний для сторон и третьих сторон, чтобы должностные лица имели возможность смотреть слушания дистанционно. В настоящее время сторонам не удалось достичь консенсуса по рассматриваемому вопросу. На наш взгляд, сегодня Российская Федерация пока не готова поддержать идею о повышении открытости разбирательств в рамках ВТО в связи с тем, что рассматриваемые в рамках Организации споры затрагивают крайне высокочувствительные вопросы.

Участники переговорного процесса указали на необходимость сохранения баланса между обеспечением интересов сторон спора и транспарентностью разбирательства, обратив внимание на тот факт, что согласно нынешнему регулированию присутствие на всех слушаниях даже третьих сторон не допускается¹⁷. По общему правилу третьи стороны присутствуют только на той части заседания, которая предполагает выступление третьих сторон. На ней также истцу и от-

¹⁵ Special Session of the Dispute Settlement Body. Report by the Chairman, Ambassador Dr Stephen Ndungu Karau, to the Trade Negotiations Committee. 2017. Para. 3.3. URL: [https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/FE_Search/FE_S_S006.aspx?Query=\(+%40Symbol%3d+tn%2fds%2f*+and+\(%40Title%3d+report+and+chairman\)\)&Language=ENGLISH&Context=FomerScriptedSearch&languageUIChanged=true#](https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/FE_Search/FE_S_S006.aspx?Query=(+%40Symbol%3d+tn%2fds%2f*+and+(%40Title%3d+report+and+chairman))&Language=ENGLISH&Context=FomerScriptedSearch&languageUIChanged=true#) (accessed date: 10.09.2018).

¹⁶ Special Session of the Dispute Settlement Body. Report by the Chairman, Ambassador Ronald Saborío Soto, to the Trade Negotiations Committee. 2011. P. 39. URL: [https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/FE_Search/FE_S_S006.aspx?Query=\(+%40Symbol%3d+tn%2fds%2f*+and+\(%40Title%3d+report+and+chairman\)\)&Language=ENGLISH&Context=FomerScriptedSearch&languageUIChanged=true#](https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/FE_Search/FE_S_S006.aspx?Query=(+%40Symbol%3d+tn%2fds%2f*+and+(%40Title%3d+report+and+chairman))&Language=ENGLISH&Context=FomerScriptedSearch&languageUIChanged=true#) (accessed date: 10.09.2018).

¹⁷ Ibid. P. 41.

ветчику предоставляется право задать третьим сторонам вопросы. При этом согласно стандартным процедурам третьей стороны не получают возможности заслушать ни заявления сторон спора, ни ответы сторон на вопросы ТГ.

Кроме того, некоторые страны – члены ВТО поддерживают идею распространения доклада ТГ до его перевода на официальные языки. При этом доклад ТГ будет считаться окончательно распространенным только после его перевода. Обеспокоенность вызывают права государств – членов ВТО, рабочий язык которых не совпадает с языком распространенного доклада. Было предложено, что будут публиковаться только решения и рекомендации ТГ¹⁸. Обсуждение данного вопроса было спровоцировано возникшей на практике проблемой, связанной с необходимостью значительного периода времени для перевода доклада (перевод доклада по некоторым спорам занял около одного года).

Использование экспертных заключений. Данный вопрос рассматривается вместе с вопросом о транспарентности. Страны – члены ВТО согласились, что представление внешних экспертных заключений, не должно создавать дополнительные обременения для участников спора. В доктрине критикуется возможность представления экспертных заключений без запроса сторон или ТГ [Schill, Vidigal 2018:8]. Так, например, такое заключение было представлено П. Андерсон от имени организации «Люди за этичное отношение к животным» (PETA) и актером Дж. Лоу по делу «Европейские сообщества: меры по запрету импорта и торговли продукцией из тюленей»¹⁹. Данные заключения не столько носили субстантивный характер, сколько придали спору дополнительную огласку и способствовали широкому освещению в средствах массовой информации.

7. Сокращение сроков процессуальных действий

С целью повышения эффективности процедуры разрешения споров в рамках ВТО члены переговорной группы обсуждают возможность сокращения процессуальных сроков.

Так, в настоящее время согласно ст. 4.7 Договоренности, если сторонам не удалось урегулировать спор путем консультаций в 60-дневный срок, истец может потребовать учреждения ТГ. Данный срок предлагается сократить до 30 дней. Рекомендуются также предусмотреть возможность автоматического учреждения ТГ на первом заседании ОРС ВТО, на котором истец его потребовал. В настоящее время на первом заседании ответчик имеет право заблокировать учреждение ТГ. При этом на следующем заседании по требованию истца группа будет учреждена автоматически.

В отношении утверждения доклада ТГ, по аналогии с докладом АО, предлагается предусмотреть возможность автоматического его утверждения сразу после распространения²⁰. В данный момент ст. 16.1 Договоренности закрепляет положение, согласно которому доклад может быть утвержден по истечении 20 дней с момента его распространения. При этом стороны спора получают предварительный доклад, содержащий решения и рекомендации ТГ, задолго до опубликования и распространения на официальных языках окончательной версии. Таким образом, у сторон спора есть достаточное количество времени для ознакомления с текстом доклада ТГ и – в случае необходимости – принятия решения о подаче апелляции.

8. Специальный и дифференцированный режим в отношении развивающихся и наименее развитых стран

Авторами предлагаемых изменений являются развивающиеся и наименее развитые страны (да-

¹⁸ Special Session of the Dispute Settlement Body. Report by the Chairman, Ambassador Ronald Saborío Soto, to the Trade Negotiations Committee. 2011. P. 42. URL: [https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/FE_Search/FE_S_S006.aspx?Query=\(+%40Symbol%3d+tn%2fdfs%2f*+and+\(%40Title%3d+report+and+chairman\)\)&Language=ENGLISH&Context=FomerScriptedSearch&languageUIChanged=true#](https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/FE_Search/FE_S_S006.aspx?Query=(+%40Symbol%3d+tn%2fdfs%2f*+and+(%40Title%3d+report+and+chairman))&Language=ENGLISH&Context=FomerScriptedSearch&languageUIChanged=true#) (accessed date: 10.09.2018).

¹⁹ European Communities – Measures Prohibiting the Importation and Marketing of Seal Products. URL: https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/cases_e/ds400_e.htm (accessed date: 10.09.2018).

²⁰ Special Session of the Dispute Settlement Body. Report by the Chairman, Ambassador Ronald Saborío Soto, to the Trade Negotiations Committee. 2011. P. 43. URL: [https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/FE_Search/FE_S_S006.aspx?Query=\(+%40Symbol%3d+tn%2fdfs%2f*+and+\(%40Title%3d+report+and+chairman\)\)&Language=ENGLISH&Context=FomerScriptedSearch&languageUIChanged=true#](https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/FE_Search/FE_S_S006.aspx?Query=(+%40Symbol%3d+tn%2fdfs%2f*+and+(%40Title%3d+report+and+chairman))&Language=ENGLISH&Context=FomerScriptedSearch&languageUIChanged=true#) (accessed date: 10.09.2018).

лее – РС и НРС соответственно). Ряд стран продвигает идею о создании фонда для финансовой поддержки РС и НРС при разрешении споров. Другие же предлагают, чтобы развитые страны оплачивали судебные издержки РС и НРС в случае своего проигрыша в споре [Khoury 2011:470].

9. Гибкость процедур и возможность контроля над процессом разрешения споров со стороны государств – членов ВТО

В рамках реформы обсуждается возможность сторон спора удалять по взаимному согласию части доклада ТГ или АО, которые не являются необходимыми для разрешения возникшего спора, а также право утверждать доклад частично. Большая часть стран – членов ВТО выразила обеспокоенность тем, как это повлияет на итоговый результат спора. В настоящее время сторонам не удалось достичь взаимопонимания по данному вопросу.

Помимо этого было высказано предложение предусмотреть направление предварительного доклада сторонам спора не только на стадии рассмотрения ТГ, но и на апелляционной стадии. Это могло бы существенно повысить качество докладов АО, но потребовало бы дополнительного времени.

Стороны также обсуждают возможность предусмотреть дополнительные инструкции для арбитров, не носящие обязательного характера и касающиеся в том числе вопросов использования международного публичного права (например, обоснованности использования обычных норм и других источников международного публичного права, не входящих в соглашения ВТО) и процесса толкования²¹.

10. Упорядочение процессуальных стадий рассмотрения спора

Данный вопрос наиболее полно проработан в рамках переговорного процесса. Основная цель переговоров состоит в нормативном урегулировании соотношения двух процессуальных стадий:

(1) разбирательства об исполнении решений и рекомендаций ОРС ВТО;

2) приостановления уступок со стороны истца в случае, если рекомендации и решения не были исполнены. Как указывают О.В. Савельев и М.Ю. Медведков, вопрос заключается в том, является ли обязательным процессуальным условием для введения ответной меры решение ОРС ВТО о том, что оспоренная истцом мера не была приведена в соответствие с соглашениями ВТО [Правила ВТО... 2017:526].

Государства – члены ВТО обсуждают, какая сторона должна инициировать разбирательство ТГ об исполнении вынесенных решений и рекомендаций. Некоторые страны-члены обеспокоены тем, как повлияет инициирование разбирательства ответчиком на юрисдикцию ТГ. Ведь обычно запрос на учреждение ТГ составляется истцом и определяет пределы юрисдикции группы [Боклан, Боклан 2017:110–118]. Кроме того, возникает вопрос: может ли истец потребовать определения соответствия мер нормам ВТО, если они не были указаны ответчиком в запросе на учреждение ТГ?

В настоящее время подготовлен проект изменений, которые предполагают следующее: консультации могут быть проведены, но не являются обязательным условием для учреждения ТГ, рассматривающей спор об исполнении решений и рекомендаций ОРС ВТО; такое разбирательство может быть инициировано истцом, и последующее приостановление уступок возможно только после предварительного установления ОРС ВТО факта неприведения оспариваемой меры в соответствие с нормами ВТО²².

Таким образом, странам – членам ВТО удалось предварительно договориться о том, что стадия разбирательства о приведении оспоренной меры в соответствие с решениями и рекомендациями ОРС ВТО должна предшествовать стадии приостановления уступок. При этом, на наш взгляд, проблема затягивания разбирательства остается неразрешенной. Члены переговорной группы стараются преодолеть эту преграду путем пересмотра положений о процессуальных действиях после приостановления уступок. Предлагается установить следующий порядок. После того как истец получит решение о том, что рекомендации ОРС ВТО исполнены не были, он одновременно приобретет право приостановить

²¹ Подробнее см.: [Qureshi 2015:11–14].

²² Special Session of the Dispute Settlement Body, Report by the Chairman, Ambassador Ronald Saborío Soto, to the Trade Negotiations Committee. 2011. P. 40. URL: [https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/FE_Search/FE_S_S006.aspx?Query=\(+%40Symbol%3d+tn%2f%2f*+and+\(%40Title%3d+report+and+chairman\)\)&Language=ENGLISH&Context=FomerScriptedSearch&languageUIChanged=true#](https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/FE_Search/FE_S_S006.aspx?Query=(+%40Symbol%3d+tn%2f%2f*+and+(%40Title%3d+report+and+chairman))&Language=ENGLISH&Context=FomerScriptedSearch&languageUIChanged=true#) (accessed date: 10.09.2018).

уступки. Если, по мнению ответчика, такая ответная мера будет неправомерной, то ответчику необходимо будет продемонстрировать, что после введения ответных мер оспоренная мера была приведена в соответствие с нормами ВТО и основания для дальнейших ответных мер со стороны истца отсутствуют.

11. Процессуальные действия после приостановления уступок

Как справедливо отмечает П. Ван ден Боссе, Договоренность не содержит норм, регулирующих правоотношения, связанные с отменой ответной меры [Van den Bossche, Zdouc 2013:298; Cook 2015:104–105]. Было предложено создать дополнительную процедуру, посредством которой можно определить, была ли мера приведена в соответствие с нормами ВТО уже после того, как истец получил право на приостановление уступок. Стороны также обсудили, к каким последствиям с точки зрения объема приостанавливаемых уступок приведет частичное исполнение решений и рекомендаций ОРС ВТО. В целом было предложено предусмотреть схожие процедуры для разбирательства об исполнении решений и рекомендаций как до введения ответных мер, так и после²³.

Сторонам удалось достичь договоренности о том, что необходимо проработать четкие правила, касающиеся шагов после введения ответных мер, и в их основу положить уже существующие нормы (ст. 21.5 и 22.6 Договоренности). При этом инициатором разбирательства об исполнении решений и рекомендаций после того, как было получено разрешение на введение ответных мер, должен быть ответчик. Он несет бремя доказывания исполнения решений и рекомендаций. Ответчик должен направить детальное уведомление о том, как мера была приведена в соответствие с нормами ВТО. Уровень детализации такого уведомления должен быть выше, чем в случае, когда ответчик впервые сообщает о приведении меры в соответствие еще до введения ответных мер. Истец должен опровергнуть доводы ответчика и доказать, что мера не была при-

ведена в соответствие, для сохранения права на ответные меры. Если стороны не могут прийти к согласию по вопросу исполнения решений и рекомендаций, их разногласия разрешаются ОРС ВТО через процедуру, предусмотренную ст. 21.5 Договоренности. Если стороны достигли соглашения о том, что мера была приведена в соответствие с нормами ВТО, то ОРС ВТО автоматически отменяет разрешение на введение ответных мер. Право на введение ответных мер действует до тех пор, пока оно не будет отменено или изменено ОРС ВТО. По итогам разбирательства об исполнении решений и рекомендаций в случае, если было принято решение о том, что мера приведена в соответствие с правом ВТО, право на приостановление уступок отменяется. В случае если мера была приведена в соответствие частично, уровень разрешенных к приостановлению уступок может быть изменен (предусматривается возможность арбитражного разбирательства в соответствии со ст. 22.6 Договоренности)²⁴.

Принимая во внимание достигнутую переговорщиками договоренность о том, что ответчик несет бремя доказывания приведения меры в соответствие с нормами ВТО, были представлены два альтернативных мнения о том, как именно ответчик должен представить данную позицию. Согласно одной точке зрения ему необходимо представить повторное детальное уведомление о том, как мера была приведена в соответствие с нормами ВТО до начала разбирательства. Другие считают, что ответчик должен представить аргументацию, подтверждающую приведение меры в соответствие с нормами ВТО в своем первом письменном представлении в рамках разбирательства. В свою очередь, это даст ответчику возможность лучше подготовить свою аргументацию²⁵.

На наш взгляд, рассматриваемый вопрос крайне важен и должен быть нормативно урегулирован, так как на данный момент для ответчика, против которого введены ответные меры, не предусмотрено специальной процедуры, какую он мог бы использовать для их отмены. Это привело на практике к множеству проблем и разногласий.

²³ Special Session of the Dispute Settlement Body. Report by the Chairman, Ambassador Ronald Saborío Soto, to the Trade Negotiations Committee. 2011. P. 41. URL: [https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/FE_Search/FE_S_S006.aspx?Query=\(+%40Symbol%3d+tn%2fds%2f*+and+\(%40Title%3d+report+and+chairman\)\)&Language=ENGLISH&Context=FomerScriptedSearch&languageUIChanged=true#](https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/FE_Search/FE_S_S006.aspx?Query=(+%40Symbol%3d+tn%2fds%2f*+and+(%40Title%3d+report+and+chairman))&Language=ENGLISH&Context=FomerScriptedSearch&languageUIChanged=true#) (accessed date: 10.09.2018).

²⁴ Ibid. P. 61.

²⁵ Ibid. P. 61–65.

Наиболее показательным делом в сфере анализируемой проблематики является спор «США: меры касающиеся импорта, маркировки и продажи тунца и продуктов из тунца». Мексика инициировала спор 24 октября 2008 г. В июле 2012 г. ОРС ВТО принял решение о том, что меры США не соответствуют нормам ВТО. Позднее, в 2013 г., США изменили оспоренную меру. В декабре 2015 г. ОРС ВТО принял решение о том, что США не выполнили своих обязательств. В связи с этим 10 марта 2016 г. Мексика запросила приостановление уступок. В ответ 22 марта 2016 г. США предприняли ряд действий: выдвинули возражения против предложенного Мексикой уровня приостановления уступок и в третий раз внесли изменения в оспариваемую меру.

Несмотря на это, 12 мая 2017 г. Мексика направила в ОРС ВТО уведомление²⁶ о намерении приостановить уступки на основании решения арбитра от 25 апреля 2017 г. об эквивалентном уровне ответных мер. В подтверждение приводилось разъяснение арбитров о том, что согласно ст. 22 Договоренности уровень приостановления уступок определяется на основе меры, не соответствующей обязательствам государства – члена Организации, «в момент истечения срока, отведенного для приведения меры в соответствие с обязательствами»²⁷, т.е. в данном случае – по состоянию на 2013 г. Таким образом, арбитры сняли обеспокоенность Мексики в отношении ситуации, когда страна – член ВТО может по истечении разумного периода времени (далее – РПВ), не выполнив соответствующие решения и рекомендации, бесконечно долго вносить в исходную меру поправки, тем самым лишая вторую сторону спора возможности требовать приостановления уступок. Справедливость подобных

опасений была также подтверждена другими странами – членами ВТО: Гватемалой, Канадой, Японией, Кореей, Австралией, Норвегией и Тайванем. В результате ОРС ВТО разрешил Мексике приостановить уступки в отношении США²⁸.

В результате рассмотрения нового спора о приведении мер в соответствие с нормами ВТО 26 октября 2017 г. ТГ приняла решение, что США исполнили решения и рекомендации ОРС ВТО²⁹. Мексика 1 декабря 2017 г. подала апелляцию, которая рассматривается до сих пор. Таким образом, разрешение на приостановление уступок Мексикой так и не было отменено.

В деле «Канада: продолжающееся приостановление» ЕС пошел по другому пути и, вместо того чтобы начинать повторные разбирательства по ст. 21.5 Договоренности, открыл новое отдельное разбирательство. Однако ТГ не вынесла решения об отмене ответной меры, а рекомендовала ЕС для ее отмены использовать процедуру по ст. 21.5 Договоренности, что было в дальнейшем поддержано АО³⁰.

Исходя из рассмотренной практики, оптимальной процедурой является отмена ответной меры путем использования разбирательства по ст. 21.5 Договоренности. В случае если в результате такого разбирательства ОРС ВТО сделает вывод, что мера была приведена в соответствие с нормами ВТО, то право на приостановление уступок будет отменено.

12. Эффективность исполнения рекомендаций

Страны – члены ВТО обсуждают возможность повысить эффективность исполнения решений и рекомендаций с помощью усиления

²⁶ United States – Measures Concerning the Importation, Marketing and Sale of Tuna and Tuna Products. Recourse to Article 22.7 of the DSU by Mexico. URL: https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/cases_e/ds381_e.htm (accessed date: 10.09.2018).

²⁷ United States – Measures Concerning the Importation, Marketing and Sale of Tuna and Tuna Products. Recourse to Article 22.6 of the DSU by the United States. Decision by the Arbitrator. 2017. Para. 3.22. URL: https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/FE_Search/FE_S_S009-DP.aspx?language=E&CatalogueIdList=235930,235931,235776,235778,232836,232837,229903,229349,229094,228843&CurrentCatalogueIdIndex=0&FullTextHash=&HasEnglishRecord=True&HasFrenchRecord=True&HasSpanishRecord=True (accessed date: 10.09.2018).

²⁸ Minutes of Meeting of the Dispute Settlement Body of the WTO Held. 2017. Paras. 7.1–7.24. URL: https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/FE_Search/FE_S_S006.aspx?MetaCollection=WTO&SymbolList=WT%2fDSB%2fM%2f397&Serial=&IssuingDateFrom=&IssuingDateTo=&CATITITLE=&ConcernedCountryList=&OtherCountryList=&SubjectList=&TypeList=&FullTextHash=371857150&ProductList=&BodyList=&OrganizationList=&ArticleList=&Contents=&CollectionList=&RestrictionTypeName=&PostingDateFrom=&PostingDateTo=&DerestrictionDateFrom=&DerestrictionDateTo=&ReferenceList=&Language=ENGLISH&SearchPage=FE_S_S001&ActiveTabIndex=0&languageUIChanged=true# (accessed date: 10.09.2018).

²⁹ United States – Measures Concerning the Importation, Marketing and Sale of Tuna and Tuna Products. Recourse to Article 21.5 of the DSU by the United States, Second Recourse to Article 21.5 of the DSU by Mexico Reports of the Panels. URL: https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/cases_e/ds381_e.htm (accessed date: 10.09.2018).

³⁰ Canada – Continued Suspension of Obligations in the EC – Hormones Dispute. URL: https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/cases_e/ds321_e.htm (accessed date: 10.09.2018).

ответных мер, применяемых в соответствии со ст. 22 Договоренности. В рамках данного вопроса обсуждался целый ряд тем, связанных с повышением эффективности исполнения рекомендаций и решений.

Развивающиеся и наименее развитые страны предложили разрешить использование коллективных ответных мер в случаях, когда ответчиком является развивающаяся страна. Такое предложение вызвано тем, что РС и НРС, выиграв спор против развитой страны, зачастую не имеют эффективного механизма принуждения к исполнению решений и рекомендаций. Это связано с тем, что их экономика недостаточно сильна, чтобы они могли приостановить уступки против своего торгового партнера, не нанеся существенный вред собственной экономике.

Самым известным примером является дело «США: игорный бизнес», в котором истцом является небольшое развивающееся островное государство Антигуа и Барбуда. Решение против США было вынесено АО еще в 2005 г. В 2007 г. было вынесено решение об эквивалентном уровне уступок, которые Антигуа и Барбуда могли бы приостановить³¹. Арбитры пришли к выводу, что уровень аннулированных и сокращенных выгод равен 21 млн долл. В 2013 г. Антигуа и Барбуда обратились в ОРС ВТО для получения разрешения на приостановление уступок. При этом приостановить уступки в отношении США, не нанеся вред собственной экономике, данному государству было крайне сложно. Поэтому арбитры разрешили введение ответной меры в рамках Соглашения по торговым аспектам прав интеллектуальной собственности, а не в рамках Генерального соглашения по торговле услугами, которому не соответствовала оспоренная мера. Тем не менее до сих пор решения и рекомендации не были официально исполнены США.

Впрочем, данное предложение еще не было в должной степени проработано. Отмечается, что введение ответной меры может нанести ущерб экономике любого государства. Пока не удалось выработать стандарт для определения конкретной ситуации, в которой могут вводиться коллективные ответные меры. Кроме того, риск

нанесения собственной экономике вреда может привести к тому, что государства не захотят становиться участниками коллективных ответных мер по спору, в котором они не являются стороной³².

Кроме того, стороны подняли вопрос о возможности введения ответной меры в ином секторе или по иному соглашению, нежели те, по которым было выявлено нарушение, для развивающихся стран без требования дополнительного обоснования [Limenta 2017:66–67; Frankel 2015:208]. Нынешнее регулирование требует вводить ответную меру в том же секторе и по тому же соглашению, что было нарушено, если истец не сможет доказать неэффективность такой ответной меры. Как отмечает Ф. Эббот, сложившаяся ситуация делает введение ответной меры для РС и НРС еще более обременительным [Abbott 2009:8].

Отдельно рассматривается возможность принятия во внимание ущерба, нанесенного во время РПВ, при определении меры, эквивалентной правонарушению [Боклан 2017:41–44]. В доктрине справедливо указывается на то, что в настоящий момент данный вопрос не урегулирован в Договоренности [Matsushita et al. 2015:312]. Некоторые страны – члены ВТО указали на то, что согласно нынешнему регулированию право на введение ответной меры является по своей природе «перспективным». Оно возникает только после того, как ОРС ВТО разрешил ввести ответную меру. Таким образом, оно не может охватывать период, предшествующий такому разрешению, а именно РПВ, предоставленный для исполнения решений и рекомендаций, а также время, которое пройдет с момента истечения данного периода до введения ответной меры. При этом многие страны-члены заявили, что, на их взгляд, период времени после истечения РПВ должен быть включен в расчет эквивалентной ответной меры³³. Кроме того, отмечается возможность ответчика максимально оттягивать момент введения ответной меры. Как отмечает К. Андерсон, в случае включения в расчет эквивалентной ответной меры РПВ станет для ответчика значительно менее выгодным и, возможно,

³¹ United States – Measures Affecting the Cross-Border Supply of Gambling and Betting Services. Recourse to Arbitration by the United States under Article 22.6 of the DSU. URL: https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/cases_e/ds285_e.htm (accessed date: 10.09.2018).

³² Special Session of the Dispute Settlement Body. Report by the Chairman, Ambassador Ronald Saborío Soto, to the Trade Negotiations Committee. 2011. P. 40. URL: [https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/FE_Search/FE_S_S006.aspx?Query=\(+%40Symbol%3d+tn%2fds%2f*+and+\(%40Title%3d+report+and+chairman\)\)&Language=ENGLISH&Context=FomerScriptedSearch&languageUIChanged=true#](https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/FE_Search/FE_S_S006.aspx?Query=(+%40Symbol%3d+tn%2fds%2f*+and+(%40Title%3d+report+and+chairman))&Language=ENGLISH&Context=FomerScriptedSearch&languageUIChanged=true#) (accessed date: 10.09.2018).

³³ Ibid. P. 52–53.

выступит дополнительным стимулом привести меру в соответствие с нормами ВТО [Anderson 2002:125].

Особого внимания заслуживает вопрос о компенсации, выплачиваемой потерпевшей стороне взамен исполнения решений и рекомендаций. Стороны обсудили целесообразность начала переговоров о компенсации в течение РПВ, тогда как по текущему регулированию они начинались после его окончания. Кроме того, был затронут вопрос о соотношении компенсации и приостановления уступок [Alschner 2014:70]. Является ли отсутствие согласованной компенсации необходимым условием для начала процедуры введения ответных мер? По общему правилу компенсация и ответные меры являются альтернативными средствами судебной защиты. Тем не менее могут возникнуть ситуации, когда компенсация выплачивается только за часть нарушения или носит временный характер. В таком случае потерпевшая сторона может обратиться за разрешением на приостановление уступок в ответ на ту часть нарушения, которая осталась невозмещенной³⁴.

В отношении вопроса о содержании уведомления о введенной ответной мере страны – члены ВТО предварительно пришли к согласию, что оно должно направляться в ОРС ВТО в письменном виде, в течение 28 дней после введения ответной меры. Основную дискуссию вызвало содержание такого уведомления. В целом была поддержана идея о том, что оно должно включать не только указание на сам факт введения ответной меры, но и описание конкретных действий, которые были предприняты для ее введения³⁵.

Таким образом, как отмечает Й. Шани, вопрос повышения эффективности исполнения

рекомендаций и решений является проблемным и крайне актуальным [Shany 2014:6]. Члены переговорной группы предлагают целый ряд решений, которые позволят сделать принуждение к исполнению решений и рекомендаций наиболее эффективным. При этом данный вопрос серьезно затрагивает интересы каждого государства – члена ВТО, так как любое из них является потенциальным ответчиком.

Исходя из вышеизложенного, можно сделать вывод, что Договоренность о правилах и процедурах разрешения споров требует серьезного реформирования. В настоящий момент в рамках переговорного процесса страны – члены ВТО рассматривают 12 вопросов, по итогам обсуждения которых предлагается внести соответствующие изменения в этот документ. Основными целями переговоров являются повышение эффективности разрешения споров, сокращение сроков и повышение доверия к системе в целом.

Впрочем, процесс согласования новых положений крайне сложный. Страны – члены ВТО с высокой степенью осторожности относятся к расширению полномочий ОРС ВТО с учетом исключительной компетенции ОРС ВТО на рассмотрение споров, вытекающих из соглашений ВТО [Боклан 2017:223–236], стремясь обезопасить себя от возможных невыгодных решений и ограничений. В связи с этим при нынешнем формате работы вероятность окончания переговоров по реформе Договоренности крайне мала. Государствам – членам ВТО необходимо рассмотреть иные форматы переговорной работы, которые будут предусматривать установление конкретных сроков, для ускорения окончания переговорного процесса.

Список литературы

1. Боклан Д.С. 2017. Евразийский экономический союз и Всемирная торговая организация: соотношение правовых режимов. – *Право. Журнал Высшей школы экономики*. № 2. С. 223–236. DOI: 10.17323/2072-8166.2017.2.223.236
2. Боклан Д.С., Боклан О.С. 2017. Запрос о вынесении предварительного решения об ограничении юрисдикции третейской группы органа по разрешению споров ВТО как процессуальное средство защиты интересов ответчика. – *Международное правосудие*. № 3 (23). С. 110–118.
3. Боклан О.С. 2017. Эквивалентность как материальное условие введения ответных мер в рамках ВТО. – *Евразийский юридический журнал*. № 6 (109). С. 41–44.
4. *Правила ВТО и основы торговой политики*. Под ред. О.В. Савельева, М.Ю. Медведкова. 2017. М.: Международные отношения. 624 с.
5. Трунк-Фёдорова М.П. 2018. Апелляционный орган Всемирной торговой организации: перспективы развития. – *Международное правосудие*. № 1 (25). С. 112–121.

³⁴ Special Session of the Dispute Settlement Body. Report by the Chairman, Ambassador Ronald Saborío Soto, to the Trade Negotiations Committee. 2011. P. 54–55. URL: [https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/FE_Search/FE_S_S006.aspx?Query=\(+%40Symbol%3d+tn%2fds%2f*+and+\(%40Title%3d+report+and+chairman\)\)&Language=ENGLISH&Context=FomerScriptedSearch&languageUIChanged=true#](https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/FE_Search/FE_S_S006.aspx?Query=(+%40Symbol%3d+tn%2fds%2f*+and+(%40Title%3d+report+and+chairman))&Language=ENGLISH&Context=FomerScriptedSearch&languageUIChanged=true#) (accessed date: 10.09.2018).

³⁵ Ibid. P. 59–61.

6. Abbott F.M. 2009. Cross-Retaliation in TRIPS: Options for Developing Countries. – *ICTSD Dispute Settlement and Legal Aspects of International Trade*. 80 p. URL: https://www.iprsonline.org/New%202009/foray_april2009.pdf (accessed date: 16.09.2018).
7. Albashar F.A., Maniruzzaman A.F. 2011. Reforming the WTO Dispute Settlement System: A Rethink of the Third Party Right of Access to Panel and Appeal Processes from Developing Countries' Perspectives. – *The Journal of World Investment & Trade*. Vol. 11. Issue 3. P. 311–337. DOI: <https://doi.org/10.1163/221190010X00086>
8. Alschner W. 2014. Amicable Settlements of WTO Disputes: Bilateral Solutions in a Multilateral System. – *World Trade Review*. Vol. 13. Issue 1. P. 65–102. DOI: <https://doi.org/10.1017/S1474745613000165>
9. Anderson K. 2002. Peculiarities of Retaliation in WTO Dispute Settlement. – *World Trade Review*. Vol. 1. Issue 2. P. 123–134. DOI: <https://doi.org/10.1017/S1474745602001118>
10. Cook G. 2015. *A Digest of WTO Jurisprudence on Public International Law Concepts and Principles*. Cambridge: Cambridge University Press. 363 p.
11. Frankel S. 2015. *The TRIPS Agreement and Cross-Retaliation*. New York: Routledge. 261 p.
12. Kazzi H. 2015. Reshaping the WTO Dispute Settlement System: Challenges and Opportunities for Developing Countries in the Doha Round Negotiations. – *European Scientific Journal*. Vol. 11. Issue 31. P. 199–216.
13. Khoury M. 2011. Prospects of Reform of the WTO Dispute Settlement Mechanism. – *Indonesian Journal of International Law*. Vol. 8. Issue 3. P. 464–473. DOI: <http://dx.doi.org/10.17304/ijil.vol8.3.300>
14. Limenta M. 2017. *WTO Retaliation Effectiveness and Purposes*. Oxford: Bloomsbury. 184 p.
15. Matsushita M. [et al.]. 2015. *The World Trade Organization: Law, Practice, and Policy*. New York: Oxford University Press. 944 p.
16. Qureshi A.H. 2015. *Interpreting WTO Agreements: Problems and Perspectives*. Cambridge: Cambridge University Press. 452 p.
17. Schill S.W., Vidigal G. 2018. Reforming Dispute Settlement in Trade: The Contribution of Mega-Regionals. – *International Centre for Trade and Sustainable Development*. 24 p. URL: http://e15initiative.org/wp-content/uploads/2015/09/reforming_dispute_settlement_in_trade-stephan_schill-rta_exchange-final.pdf (accessed date: 16.09.2018).
18. Shany Y. 2014. *Accessing the Effectiveness of International Courts*. Oxford: Oxford University Press. 70 p.
19. Terence P.S. 2017. Disputed Court: A Look at the Challenges to (and from) the WTO Dispute Settlement System. – *Global Business Dialogue*. 28 p. URL: <http://www.stewartlaw.com/Content/Documents/WTO%20Dispute%20Settlement%20System%20-%20Paper%20for%2012-20-17%20GBD.pdf> (accessed date: 16.09.2018).
20. Van den Bossche P., Zdouc W. 2013. *The Law and Policy of the World Trade Organization*. Cambridge: Cambridge University Press. 1035 p.
21. *Aspects of International Trade*. 2009. 80 p. URL: https://www.iprsonline.org/New%202009/foray_april2009.pdf (accessed date: 16.09.2018).
22. Albashar F.A., Maniruzzaman A.F. Reforming the WTO Dispute Settlement System: A Rethink of the Third Party Right of Access to Panel and Appeal Processes from Developing Countries' Perspectives. – *The Journal of World Investment & Trade*. 2011. Vol. 11. Issue 3. P. 311–337. DOI: <https://doi.org/10.1163/221190010X00086>
23. Alschner W. Amicable Settlements of WTO Disputes: Bilateral Solutions in a Multilateral System. – *World Trade Review*. 2014. Vol. 13. Issue 1. P. 65–102. DOI: <https://doi.org/10.1017/S1474745613000165>
24. Anderson K. Peculiarities of Retaliation in WTO Dispute Settlement. – *World Trade Review*. 2002. Vol. 1. Issue 2. P. 123–134. DOI: <https://doi.org/10.1017/S1474745602001118>
25. Boklan D.S. Evraziiskii ekonomicheskii soyuz i Vsemirnaya trgovaya organizatsiya: sootnoshenie pravovykh rezhimov [Eurasian Economic Union and World Trade Organization: Interrelation of Legal Regimes]. – *Pravo. Zhurnal Vyshei shkoly ekonomiki*. 2017. No. 2. P. 223–236. (In Russ.) DOI: 10.17323/2072-8166.2017.2.223.236
26. Boklan D.S., Boklan O.S. Zapros o vnesenii predvaritel'nogo resheniya ob ogranichenii yurisdiktsii treteiskoi gruppy organa po razresheniyu sporov VTO kak protsessual'noe sredstvo zashchity interesov otvetchika [Preliminary Ruling Request to the Panel of the WTO Dispute Settlement Body, as a Procedural Remedy for the Respondent]. – *Mezhdunarodnoe pravosudie*. 2017. No. 3 (23). P. 110–118. (In Russ.)
27. Boklan O.S. Ekvivalentnost' kak material'noe uslovie vvedeniya otvetnykh mer v ramkakh VTO [Equivalence as a Substantive Condition of Retaliation in WTO]. – *Evraziiskii yuridicheskii zhurnal*. 2017. No. 6 (109). P. 41–44. (In Russ.)
28. Cook G. *A Digest of WTO Jurisprudence on Public International Law Concepts and Principles*. Cambridge: Cambridge University Press. 2015. 363 p.
29. Frankel S. *The TRIPS Agreement and Cross-Retaliation*. New York: Routledge. 2015. 261 p.
30. Kazzi H. Reshaping the WTO Dispute Settlement System: Challenges and Opportunities for Developing Countries in the Doha Round Negotiations. – *European Scientific Journal*. 2015. Vol. 11. Issue 31. P. 199–216.
31. Khoury M. Prospects of Reform of the WTO Dispute Settlement Mechanism. – *Indonesian Journal of International Law*. 2011. Vol. 8. Issue 3. P. 464–473. DOI: <http://dx.doi.org/10.17304/ijil.vol8.3.300>
32. Limenta M. *WTO Retaliation Effectiveness and Purposes*. Oxford: Bloomsbury. 184 p.
33. Matsushita M. [et al.]. *The World Trade Organization: Law, Practice, and Policy*. New York: Oxford University Press. 2015. 944 p.
34. *Pravila VTO i osnovy trgovoi politiki*. Pod red. O.V. Savel'eva, M.Yu. Medvedkova [WTO Rules and the Basis of Trade Policy. Ed. by O.V. Savel'ev and M.Yu. Medvedkov]. Moscow: Mezhdunarodnye otnosheniya Publ. 2017. 624 p. (In Russ.)
35. Qureshi A.H. *Interpreting WTO Agreements: Problems and Perspectives*. Cambridge: Cambridge University Press. 2015. 452 p.
36. Schill S.W., Vidigal G. Reforming Dispute Settlement in Trade: The Contribution of Mega-Regionals. – *International Centre for Trade and Sustainable Development*.

References

1. Abbott F.M. Cross-Retaliation in TRIPS: Options for Developing Countries. – *ICTSD Dispute Settlement and Legal*

2018. 24 p. URL: http://e15initiative.org/wp-content/uploads/2015/09/reforming_dispute_settlement_in_trade-stephan_schill-rta_exchange-final.pdf (accessed date: 16.09.2018).
17. Shany Y. *Assessing the Effectiveness of International Courts*. Oxford: Oxford University Press. 2014. 70 p.
18. Terence P.S. Disputed Court: A Look at the Challenges to (and from) the WTO Dispute Settlement System. – *Global Business Dialogue*. 2017. 28 p. URL: <http://www.stewartlaw.com/Content/Documents/WTO%20Dispute%20Settlement%20System%20-%20Paper%20for%2012-20-17%20GBD.pdf> (accessed date: 16.09.2018).
19. Trunk-Fedorova M.P. 2018. Apellyatsionnyi organ Vsemirnoi trgovoi organizatsii: perspektivy razvitiya [The Appellate Body of the World Trade Organization: development perspectives]. – *Mezhdunarodnoe pravosudie*. 2018. № 1 (25). P. 112–121. (In Russ.)
20. Van den Bossche P.V., Zdouc W. *The Law and Policy of the World Trade Organization*. Cambridge: Cambridge University Press. 2013. 1035 p.

Информация об авторе

Ольга Сергеевна Старшинова,

аспирант кафедры международного права, Всероссийская академия внешней торговли Министерства экономического развития Российской Федерации

119285, Российская Федерация, г. Москва, ул. Пудовкина, д. 4а

olgaboklan@yandex.ru

ORCID: 0000-0001-9725-6165

About the Author

Olga S. Starshinova,

postgraduate student at the Department of International Law, Russian Foreign Trade Academy of the Ministry of Economic Development of the Russian Federation

4a, ul. Pudovkina, Moscow, Russian Federation, 119285

olgaboklan@yandex.ru

ORCID: 0000-0001-9725-6165

МЕЖДУНАРОДНОЕ ПРАВО И ОКРУЖАЮЩАЯ СРЕДА

DOI: 10.24833 / 0869-0049-2018-4-96-109

Инна Петровна ДУДЫКИНА

Юридическая фирма ООО «ПКФ Фактор»

Мичуринский проспект, д. 16, Москва, 119192, Российская Федерация

inna_mel3008@mail.ru

ORCID: 0000-0003-0507-6621

ОРХУССКАЯ КОНВЕНЦИЯ: РОССИЙСКИЕ И ЗАРУБЕЖНЫЕ ДОКТРИНАЛЬНЫЕ ОЦЕНКИ

ВВЕДЕНИЕ. В статье дана доктринальная юридическая характеристика Конвенции о доступе к информации, участии общественности в процессе принятия решений и доступе к правосудию по вопросам, касающимся окружающей среды (Орхус, 25 июня 1998 г.). Согласно совпадающим мнениям российских и англо-американских правоведов, Орхусская конвенция стала новым и важнейшим шагом в увязывании мер охраны окружающей среды с правами человека, в том числе и посредством улучшения международно-правовых механизмов оценки воздействия на окружающую среду. Немногочисленные оценки Орхусской конвенции в российской науке международного права носят сдержанный характер. В англоязычной научной литературе правоведы рассматривают юридическую ценность Орхусской конвенции как источника международного права в контексте того, что она устанавливает весьма конкретные правовые стандарты участия общественности в принятии мер, касающихся охраны окружающей среды.

МАТЕРИАЛЫ И МЕТОДЫ. Материалом для исследования послужили сама Орхусская конвенция, предшествующие ей международно-правовые документы по охране окружающей среды, а также директивы Европейского союза, определяющие основы процедуры оценки воздей-

ствия на окружающую среду, сквозь призму толкования этих правовых документов в российской и англо-американской международно-правовой доктрине. Методологическую основу исследования составили общенаучные и частнонаучные методы познания (диалектический метод, методы анализа и синтеза, дедукции и индукции), а также специальные методы, применяемые в юридической науке, такие как историко-правовой, формально-юридический и сравнительно-правовой методы.

РЕЗУЛЬТАТЫ ИССЛЕДОВАНИЯ. В ходе проведенного исследования автором критически проанализировано то, как в российских и англо-американских научных публикациях по международному праву оценивается влияние Орхусской конвенции на развитие международного природоохранного права. Что особенно актуально, конвенционные нормы исследуются в контексте судебной практики, в том числе национальной, касающейся арктических районов. В общетеоретическом контексте в статье рассматриваются доктринальные толкования конвенционных механизмов гармонизации социально-экологических (в том числе природоохранных) и экономических интересов государств и их лиц, физических и юридических, прежде всего на фоне экологического права Европейского союза.

ОБСУЖДЕНИЕ И ВЫВОДЫ. В статье автор обращает внимание читателя на то, что Орхусская конвенция мало исследуется даже в зарубежных курсах международного права, а тем более в российской международно-правовой доктрине. Будучи принятой посредством площадки Европейской экономической комиссии ООН, Орхусская конвенция, вступившая в силу в 2001 г., в англо-американской правовой литературе рассматривается как тесно взаимосвязанная с развитием экологически значимого регулирования в государствах прежде всего Европейского союза с учетом того, что в Орхусской конвенции получили развитие многие процессуально-правовые элементы, связанные с участием общественности в принятии решений по конкретным видам деятельности, в том числе и в сфере энергетики, а также с получением населением значимой экологической ин-

формации. Орхусская конвенция, оказав существенное влияние на развитие правовых механизмов на стыке правочеловеческой и природоохранной отраслей, нацелена на эффективную гармонизацию социально-экологических и экономических интересов, что особенно важно для уточнения режима охраны окружающей среды в Арктике.

КЛЮЧЕВЫЕ СЛОВА: Орхусская конвенция 1998 г., экологические права человека, оценка воздействия на окружающую среду (ОВОС), Европейский союз, экологическое право, окружающая среда

ДЛЯ ЦИТИРОВАНИЯ: Дудыкина И.П. 2018. Орхусская конвенция: российские и зарубежные доктринальные оценки. – Московский журнал международного права. № 4. С. 96-109. DOI: 10.24833/0869-0049-2018-4-96-109

INTERNATIONAL ENVIRONMENTAL LAW

DOI: 10.24833 / 0869-0049-2018-4-96-109

Inna P. DUDYKINA

Law Firm "Factor"

16, pr. Michurinsky, Moscow, Russian Federation, 119192

inna_mel3008@mail.ru

ORCID: 0000-0003-0507-6621

THE AARHUS CONVENTION IN RUSSIAN AND FOREIGN INTERNATIONAL LEGAL DOCTRINES

INTRODUCTION. The article provides a doctrinal legal description of the Aarhus Convention on Access to Information, Public Participation in Decision-making and Access to Justice in Environmental Matters (Aarhus, 25 June 1998) (hereinafter referred as the Aarhus Convention). According to the common position of the Russian and Anglo-American legal scholars, the Aarhus Convention was a new and crucial step in linking environmental protection mea-

sures with human rights, including through improved international legal mechanisms for environmental impact assessment. The few assessments of this convention in the Russian science of international law are restrained. In the Anglo-American scientific literature the scholars see legal value of this convention as a source of international law in the context of the Convention setting very specific legal standards for public participation in environmental protection measures.

MATERIALS AND METHODS. *The material for the study was the Aarhus Convention itself, the previous international legal instruments on environmental protection, as well as the European Union Directives defining the basis of the environmental impact assessment procedure, primarily against the background of the interpretation of these legal instruments in the Russian and Anglo-American international legal doctrine. The methodological basis of the study was general scientific and private scientific methods of cognition (dialectical method, methods of analysis and synthesis, deduction and induction), as well as special methods used in legal science, such as historical and legal, formal legal and comparative legal methods.*

RESEARCH RESULTS. *In the article, the author critically analyzed how the Russian and Anglo-American scientific publications on international law assesses the impact of the Aarhus Convention on the development of international environmental law. What is especially important, the conventional mechanisms are analyzed in the context of the applicable court practice to the Arctic regions. The article deals with the doctrinal interpretation of the Convention mechanisms of harmonization of socio-environmental (including environmental) and economic interests of States and their individuals, physical and legal, especially against the background of environmental law of the European Union.*

DISCUSSION AND CONCLUSIONS. *In the article the author draws the reader's attention to the fact that the Aarhus Convention is little studied even*

in foreign courses of international law, especially in the Russian international legal doctrine. Having been adopted through the UN Economic Commission for Europe platform, the Aarhus Convention entered into force in 2001, the Anglo-American legal literature is considered as closely interrelated with the development of environmental regulation in the States of the European Union taking into consideration that in the Aarhus Convention that many procedural and legal elements related to public participation in decision-making on specific activities, including in the field of energy, as well as the receipt of significant environmental information by the population, have been developed. The Aarhus Convention, having had a significant impact on the development of the legal mechanisms at the intersection of the human rights and environmental sectors, is aimed at the effective harmonization of social, environmental and economic interests what is especially important for the verification of the regime of environmental protection in the Arctic.

KEYWORDS: Aarhus Convention of 1998, environmental rights, Environmental Impact Assessment (EIA), European Union, environmental law, environment

FOR CITATION: Dudykina I.P. The Aarhus Convention in Russian and Foreign International Legal Doctrines. – *Moscow Journal of International Law*. 2018. No. 4. P. 96-109.

DOI: 10.24833/0869-0049-2018-4-96-109

1. Историко-правовой контекст принятия Орхусской конвенции и ее значение

Орхусская конвенция о доступе к информации, участии общественности в процессе принятия решений и доступе к правосудию по вопросам, касающимся окружающей среды (далее – Орхусская конвенция, Конвенция), была принята 25 июня 1998 г. на 4-й Конференции министров окружающей среды европейских стран в г. Орхус (Дания)¹ и подписана представителями 38 государств. Этот многосторонний договор как новый источник международного природоохранного права вступил в силу 30 октября

2001 г., после того как 16 государств завершили соответствующие процедуры согласно их национальному праву, подтверждающие принятие договорных обязательств. Хотя Орхусская конвенция была разработана и принята в рамках Европейской экономической комиссии, являющейся региональной комиссией ООН, она открыта для подписания всеми государствами – членами ООН, но с согласия предусмотренного Конвенцией институционального органа – Совещания государств – участников Конвенции. Первое Совещание государств – участников Орхусской конвенции состоялось в октябре 2002 г., последнее по времени – в сентябре 2017 г. в Будве (Черногория).

¹ См.: Конвенция о доступе к информации, участии общественности в процессе принятия решений и доступе к правосудию по вопросам, касающимся окружающей среды, 1998 г. Доступ: http://www.un.org/ru/documents/decl_conv/conventions/orhus.shtml (дата обращения: 18.09.2018).

Стоит отметить, что в переговорном процессе по вопросу принятия Орхусской конвенции активную роль играли неправительственные организации. Среди ее инициаторов и разработчиков были Региональный экологический центр для стран Центральной и Восточной Европы со штаб-квартирой в Будапеште, Коалиция неправительственных экологических организаций Европы (теперь широко известная под названием «Европейский ЭКО-Форум»), Международный совет по праву окружающей среды и Всемирный союз охраны природы. Факт участия данных организаций при согласовании положений Конвенции свидетельствует о признании мировым сообществом той ключевой роли, которую играет общественность в принятии экологически значимых решений.

Основное значение и ценность Орхусской конвенции заключаются в том, что она устанавливает основные стандарты участия общественности в решении вопросов, касающихся сохранения окружающей среды: «Конвенция является всемирно значимым примером правовой консолидации мер роста участия общества в отношении принятия административных решений, свободы информации и доступа к правосудию» [Richardson, Razzque 2006:174]. Английский правовед М. Шоу пишет, что хотя «отсылки к правам человека» (“references to human rights”) есть и в иных международно-правовых документах, предшествующих Орхусской конвенции (например, в Рио-де-Жанейрской декларации по окружающей среде и развитию, принятой на Конференции ООН по окружающей среде и развитию в 1992 г.²), тем не менее именно она стала «важной стадией» (“an important stage”), на которой произошло «явное объединение защиты прав человека и охраны окружающей среды», поскольку Конвенция предусматривает положение о том, что «надлежащая защита окружающей среды имеет существенное значение для благополучия человека» (“adequate protection of the environment is essential to human well-being”), и соответствующие механизмы такого объединения [Shaw 2017:643]. Примеры объединения природоохранных интересов и обеспечения прав человека на

благоприятную окружающую среду можно найти и в принятых ранее международных документах. В их числе Проект декларации принципов в области прав человека и окружающей среде (Draft Principles on Human Rights and the Environment), подготовленный в 1994 г. в рамках Подкомиссии ООН по предупреждению дискриминации и защите меньшинств, который предусматривал, что «права человека, экологически здоровая окружающая среда, устойчивое развитие и мир являются взаимозависимыми и неделимыми»³. В 1997 г. Институт международного права принял Резолюцию по окружающей среде, ст. 2 которой предусматривала, в частности: «Каждый человек имеет право жить в здоровой окружающей среде» (“Every human being has the right to live in a healthy environment”) [Loucaides 2005:249]. Наконец, следует упомянуть Конвенцию об оценке воздействия на окружающую среду в трансграничном контексте 1991 г.⁴ (далее – Конвенция Эспо). Иными словами, можно утверждать, что Орхусская конвенция юридически вызрела из предшествующей практики; но именно она стала наиболее значимым этапом в соединении экологического и правочеловеческого измерений.

2. Юридическая характеристика цели и содержания Орхусской конвенции

Основная цель Конвенции – содействовать защите права каждого человека нынешнего и будущих поколений жить в окружающей среде, благоприятной для его здоровья и благосостояния. Для реализации указанной цели договаривающиеся государства должны гарантировать права на доступ к экологической информации, на участие общественности в процессе принятия решений и на доступ к правосудию по вопросам, касающимся окружающей среды; при этом гражданам должна оказываться необходимая помощь для осуществления ими данных прав. Кроме того, в качестве одной из целей Конвенции указывается обеспечение ответственного подхода и прозрачности процесса принятия решений. В Орхусской конвенции предусматривается право общественности на участие в решении экологических вопросов без

² Рио-де-Жанейрская декларация по окружающей среде и развитию. Принята Конференцией ООН по окружающей среде и развитию, Рио-де-Жанейро, 3–14 июня 1992 г. Доступ: http://www.un.org/ru/documents/decl_conv/declarations/riodecl.shtml (дата обращения: 18.09.2018).

³ См. п. 1 Проекта декларации принципов в области прав человека и окружающей среды. Доступ: <http://undocs.org/ru/E/CN.4/Sub.2/1994/9> (дата обращения: 18.09.2018).

⁴ См.: Конвенция об оценке воздействия на окружающую среду в трансграничном контексте. Принята 25 февраля 1991 г. Доступ: http://www.un.org/ru/documents/decl_conv/conventions/env_assessment.shtml (дата обращения: 18.09.2018).

дискриминации по признаку гражданства, национальной принадлежности или местожительства, а в случае юридического лица – без дискриминации по признаку его зарегистрированного местонахождения или фактического центра деятельности. В свою очередь, государства-участники обязались принять необходимые законодательные и другие правовые акты, с тем чтобы обеспечить доступ к информации, участие общественности в процессе принятия решений и доступ к правосудию, а также гарантировать применение этих актов; расширять экологическое образование и способствовать росту экологического сознания; признавать и поддерживать объединения, организации и группы, способствующие охране окружающей среды. В Конвенции особо подчеркивается, что договаривающиеся государства должны обеспечить, чтобы лица, которые будут осуществлять свои права, в том числе и право доступа к экологической информации, не подвергались наказанию, притеснениям и преследованиям (отметим это положение и скажем о нем чуть ниже).

Содержащиеся в Орхусской конвенции основные положения можно условно разделить на *три основных блока*. Охарактеризуем каждый из них кратко.

К *первому* относится предусмотренная ст. 4 Конвенции обязанность государств обеспечить в рамках национального законодательства доступ общественности к экологической информации. Объем понятия «экологическая информация» очерчен достаточно широко и включает сведения:

- о состоянии элементов окружающей среды, таких как воздух и атмосфера, вода, почва, земля, ландшафт и природные объекты, биологическое разнообразие и его компоненты, включая генетически измененные организмы, и взаимодействие между этими элементами;
- о факторах, таких как вещества, энергия, шум и излучение, а также деятельность или меры, включая административные меры, экологические соглашения, политику, законодательство, планы и программы, оказывающие или способные оказать воздействие на вышеуказанные элементы окружающей среды, а также данные экономического анализа;
- о состоянии здоровья и безопасности людей, об условиях жизни людей, о состоянии объектов культуры и зданий и сооружений в той мере, в какой они подвержены воздействию окружающей среды (п. 3 ст. 2).

В Конвенции устанавливаются требования к форме и срокам предоставления государствен-

ным органом экологической информации: такая информация должна предоставляться в максимально сжатые сроки, но не позднее одного месяца после подачи запроса; не требуется, чтобы в запросе содержалось его обоснование. Кроме того, согласно Конвенции в запросе о предоставлении экологической информации может быть отказано по исчерпывающему перечню оснований (например, если разглашение такой информации может отрицательно повлиять на международные отношения, национальную оборону или государственную безопасность) (п. 3 и 4 ст. 4). При этом все основания для отказа должны толковаться ограничительно, с учетом заинтересованности общественности в раскрытии соответствующей информации. На участниках Конвенции лежит обязательство обеспечить порядок, при котором государственные органы обладали бы в рамках своей компетенции постоянно обновляемой экологической информацией, а также сведениями об осуществляемой или планируемой деятельности, которая может оказывать значительное воздействие на окружающую среду (п. 1 ст. 5).

Ко *второму блоку* относится участие общественности в принятии решений по конкретным видам деятельности. «Общественность» понимается в очень широком смысле: одно или более чем одно физическое или юридическое лицо и в соответствии с национальным законодательством или практикой их ассоциации, организации или группы. При этом под «заинтересованной общественностью» подразумеваются те ее представители, интересы которых затрагиваются или могут затрагиваться процессом принятия решения по вопросам, касающимся окружающей среды, или которые имеют заинтересованность в этом процессе (п. 4 и 5 ст. 2). Согласно ст. 6 Конвенции заинтересованная общественность должна адекватно и своевременно информироваться, в частности, о следующем:

- планируемой деятельности;
- характере возможных решений или проекте решения;
- государственном органе, ответственном за принятие решения;
- предусматриваемой процедуре принятия решения и возможностях для участия общественности.

Информация, относящаяся к процессу принятия решений, должна включать в себя по крайней мере описание планируемого промышленного объекта, его значительного воздействия на окружающую среду, планируемых природоохранных

мер и т.д. Участие общественности в процессе принятия решения должно быть обеспечено на самом раннем этапе. Государственный орган также должен предоставить ей текст решения вместе с указанием причин и соображений, положенных в его основу.

К *третьему блоку* относится доступ общественности к правосудию. Участники Конвенции взяли на себя обязательство обеспечить, чтобы лицо, считающее, что оно не получило запрашиваемую экологическую информацию, как это предусмотрено в Конвенции, имело возможность обратиться в суд или другой независимый и беспристрастный орган. Кроме того, представители общественности должны иметь доступ к административным и судебным процедурам в целях оспорить действие или бездействие частных лиц или органов власти, которые нарушают правовые положения, имеющие отношение к окружающей среде (ст. 9).

3. Орхусская конвенция в контексте природоохранного права Европейского союза

Орхусская конвенция оказывает влияние на развитие правовых механизмов, обеспечивающих гармонизацию социально-экологических интересов всего общества и коммерческих мотивов конкретной компании в реализации выгодного хозяйственного проекта, который может иметь последствия для состояния природы. Особенно отчетливо это можно проследить в развитии экологического (природоохранного) права Европейского союза. Правовое регулирование оценки воздействия на окружающую среду (далее также – оценка воздействия или ОВОС) в ЕС активно развивалось в общем контексте права в сфере природопользования и охраны окружающей среды в течение порядка 30 лет⁵.

Первым документом Европейского экономического сообщества, определившим основы процедуры оценки воздействия, стала Директи-

ва от 27 июня 1985 г. 85/337/ЕЭС (далее – Директива 1985 г.) по оценке воздействия некоторых государственных и частных проектов на окружающую среду⁶. Разработка данного документа преследовала следующие цели: учет экологического фактора на наиболее ранней стадии проектирования и принятия решения о начале деятельности; минимизацию неблагоприятных условий конкуренции как следствия различия в национальных законах, регулирующих процедуру оценки воздействия. Опыт проведения процедуры ОВОС потребовал правового уточнения ряда ее аспектов и дальнейшего развития регулирования в этой сфере. Основная Директива 1985 г. дополнялась несколько раз. Основные изменения были внесены в 1997, 2003 и 2009 гг. Кратко их содержание сводится к следующему. Директива 97/11/ЕС⁷ была призвана привести регулирование процедуры оценки воздействия в соответствие с Конвенцией Эспо. Директива 2003/35/ЕС⁸ была направлена на гармонизацию правового регулирования ЕС, касающегося участия населения, с положениями Орхусской конвенции.

Правовыми новеллами, которые были созданы Конвенцией в уже существовавшем на тот момент массиве европейских норм о процедуре оценки воздействия на окружающую среду, следует считать прежде всего следующие положения.

При определении понятия «общественность» в экологическом праве ЕС делается ссылка на определение, содержащееся в Орхусской конвенции (п. 4 ст. 2): «общественность» означает физические или юридические лица, их ассоциации, организации или группы. Под влиянием Орхусской конвенции был существенно расширен в сторону большей правовой определенности предусмотренный в праве ЕС механизм межгосударственных консультаций в случае возможного трансграничного воздействия всякого экономического проекта.

В содержательном плане необходимо отметить и более четкое определение в экологическом

⁵ Вылегжанина Е.Е. Основные тенденции развития экологического права Европейского Союза: Дис. ... д-ра юрид. наук. М. 2005. С. 3–85. Автор выражает признательность д.ю.н. Е.Е. Вылегжаниной за консультации и материалы, использованные при написании раздела статьи о месте Орхусской конвенции в праве ЕС.

⁶ Council Directive 85/337/EEC of 27 June 1985 on the assessment of the effects of certain public and private projects on the environment. URL: <http://data.europa.eu/eli/dir/1985/337/oj> (accessed date: 10.09.2018).

⁷ Council Directive 97/11/EC of 3 March 1997 amending Directive 85/337/EEC on the assessment of the effects of certain public and private projects on the environment. URL: <https://eur-lex.europa.eu/eli/dir/1997/11/oj> (accessed date: 10.09.2018).

⁸ Directive 2003/35/EC of the European Parliament and of the Council of 26 May 2003 providing for public participation in respect of the drawing up of certain plans and programmes relating to the environment and amending with regard to public participation and access to justice Council Directives 85/337/EEC and 96/61/EC. URL: <https://eur-lex.europa.eu/eli/dir/2003/35/oj> (accessed date: 10.09.2018).

праве ЕС информации для подготовки отчета о реализации экономического проекта, а также обозначение планов и программ экономической деятельности, которые могут оказать существенное воздействие на окружающую среду, – опять-таки с учетом положений Орхусской конвенции.

Для установления того, оказывают ли данный план и программа деятельности *существенное* воздействие на окружающую среду, предлагаются следующие параметры: степень ограничений, которые планы и программы создают для других видов деятельности в данном районе; учет в планах и программах экологического аспекта, в частности, в свете задачи продвижения к устойчивому развитию; взаимосвязь планов и программ с имплементацией права ЕС, касающегося окружающей среды (в частности, таких аспектов, как обращение с отходами, охрана водных ресурсов и др.).

Развитие получили характеристики воздействия на окружающую среду, которые стали включать в том числе кумулятивный эффект; трансграничный характер; риск для здоровья человека и окружающей среды; ценность и уязвимость района, который может быть затронут (имеются в виду особые природные условия, и объекты культурного наследия и т.д.).

Как уже отмечалось в юридической науке⁹, Орхусская конвенция придала значительный стимул развитию самого правового механизма оценки воздействия конкретных экономических проектов на окружающую среду, причем на ранних стадиях разработки таких проектов. Директива 85/337/ЕЭС была дополнена новой Директивой Европейского парламента и Совета 2003/35/ЕС от 26 мая 2003 г.¹⁰, в которой указывается, что право ЕС должно быть приведено в соответствие с Конвенцией. В преамбуле Директивы подчеркивается, что право ЕС направлено на сохранение, защиту и улучшение качества окружающей среды, а также охрану здоровья человека. Эффективное участие общественности в принятии решений позволяет населению выражать свое мнение и озабоченность, которые могут быть уместны, а властям – учитывать их при принятии решений, повышая тем самым ответственность и прозрач-

ность процесса принятия решений и способствуя росту осознания обществом важности экологических вопросов и поддержке принятых решений. Участие общественности, включая участие ассоциаций, организаций и групп природоохранной направленности, должно поощряться, в том числе и путем развития экологического воспитания населения.

В Директиве появилась новая статья (10а), предусматривающая право представителей общественности участвовать в соответствии с национальным законодательством в процедуре проверки решений в суде или другом независимом и объективном органе. Такая процедура может касаться вопросов законности принятого решения как по существу, так и по процедурным аспектам.

Положения Директивы 1985 г. и поправки к ней были кодифицированы в новой Директиве 2011/92/ЕС¹¹. В современных условиях в оценке воздействия должны быть обозначены прямое и косвенное воздействие проекта на человека, фауну, флору, почву, воду, воздух, климат, ландшафт, материальные объекты и культурное наследие, а также взаимодействие всех этих элементов. Информация по проекту на наиболее раннем этапе процесса выработки решения должна быть доступна следующим заинтересованным сторонам: органам власти, занимающимся экологическими вопросами, согласие которых требуется для реализации данного проекта; общественности (одновременно с органами власти) с помощью доступных средств, включая электронные средства связи; другим государствам-членам, если проект может оказать трансграничное воздействие. В завершение процедуры ОВОС населению и другим государствам-членам должна быть предоставлена следующая информация: согласие или отказ в проекте и связанные с этим условия; основные аргументы в пользу принятия такого решения; меры, направленные на снижение отрицательных последствий проекта. Государства-члены должны обеспечить в соответствии с национальным правом возможность для заинтересованных сторон обжаловать принятое решение в судебном порядке.

⁹ См.: Вылегжанина Е.Е. Указ. соч. С. 12–18.

¹⁰ Directive 2003/35/EC of the European Parliament and of the Council of 26 May 2003 providing for public participation in respect of the drawing up of certain plans and programmes relating to the environment and amending with regard to public participation and access to justice Council Directives 85/337/EEC and 96/61/EC. URL: <http://data.europa.eu/eli/dir/2003/35/oj> (accessed date: 10.09.2018).

¹¹ Directive 2011/92/EU of the European Parliament and of the Council of 13 December 2011 on the assessment of the effects of certain public and private projects on the environment. URL: <http://data.europa.eu/eli/dir/2011/92/oj> (accessed date: 10.09.2018).

Таким образом, можно отметить, что в праве ЕС уделяется большое внимание гармонизации подходов к обеспечению доступа населения к экологически значимой информации и его участию в правовых механизмах оценки воздействия на окружающую среду.

Наибольшую практическую сложность и вместе с тем наивысший теоретический интерес (как международно-правовая новелла) представляет ст. 9 Орхусской конвенции, имеющая название «Доступ к правосудию». Как показывает анализ применения Конвенции на пространстве ЕС, основные вопросы возникают по следующим положениям: круг лиц, обладающих правом обращаться в судебные органы; понятие нарушения права; право общественных организаций на обращение в судебные органы; компетенция суда в экологических спорах; принятие временных мер защиты. По всем этим аспектам законодательство и судебная практика государств-членов ЕС носят весьма противоречивый характер [Selected Problems of the Aarhus Convention... 2009].

Так, например, в Австрии юристы толкуют положения Конвенции узко: обращаться в суд может лишь сторона, участвовавшая в административной процедуре, только в целях пересмотра административного решения и только в случае нарушения конкретных прав или интересов [Alge 2009:11]. Последнее касается только тех прав, которые *expressis verbis* предусмотрены в законодательстве. На практике сфера таких прав и интересов весьма ограничена: в законодательстве, например, предусмотрена возможность соседей обратиться в суд в связи с шумом, запахом и нарушением права собственности. Таким образом, ключевым в австрийской интерпретации положений Орхусской конвенции о доступе к правосудию является условие о нарушении конкретного права. Отсюда следует, что общественные организации не могут обратиться в суд в связи природоохранными интересами публичного порядка, а это противоречит положениям Конвенции. В Австрии иск, касающийся уровня шума или качества воды, может подать, во-первых, только сосед, во-вторых, только если нарушено его право, которое, в свою очередь, должно проистекать из действующего законодательства, например Закона об управлении отходами, Закона об управлении водными ресурсами, Закона о лесе [Alge 2009:15], и, в-третьих, только в случаях ущерба здоровью или собственности истца. Так, истец может обратиться в суд, если загрязнена вода именно в его колодце, но не в связи с загряз-

нением воды, скажем, в протекающей рядом с его земельным участком реке. Таким образом, суды закрыты для исков, касающихся защиты природы, качества воды, воздуха.

Общественные организации по существу лишены права обращения в суд, кроме как по вопросам, связанным с процедурой выдачи разрешений в рамках ОВОС, что предусмотрено в вышеупомянутой Директиве ЕС 2003/35/ЕС.

Интерес в этом плане представляет решение по делу о лыжном курорте в Альпах (*Skiing region Mellau/Damüls*). Два лыжных курорта в западных Альпах приняли решение совместно инвестировать в новые лыжные трассы и их оборудование. Площадь развития составляла почти 20 га. По результатам скрининга выходило, что оценка воздействия не требуется. Общественная организация – *Naturschutzbund Vorarlberg* – обратилась в суд в целях защиты природы в соответствии с п. 3 ст. 9 Орхусской конвенции. Административный суд отклонил иск на том основании, что Конвенция не имеет прямого применения в Австрии, п. 3 ст. 9 сформулирован недостаточно четко и не существует национального законодательства, которое бы давало право обращаться в суд общественной организации [Alge 2009:15–16].

В австрийском Законе об экологической ответственности 2007 г. предусмотрено право соседей и групп общественных организаций обращаться в суд в целях установления временных мер защиты. Однако это не касается интересов публичного порядка. Правом испрашивать судебную защиту по экологическим спорам обладает узкий круг субъектов. Судебная практика в этом вопросе не развивается. Более того, судебная защита не может быть испрошена, когда речь идет о проектах строительства автомобильных и железных дорог федерального значения. В принципе, решение о временных мерах может вынести Высший административный или Конституционный суд Австрии. Однако это занимает от 12 до 24 месяцев. За такое время осуществление проекта уже, как правило, повлечет финансовые и экологические последствия. К этому следует добавить, что обращение в суд в подобных случаях с учетом правовых и технических экспертиз стоит около 50 тыс. евро [Alge 2009:16].

Близкий к австрийскому подход к определению круга лиц, которые вправе обратиться в суд, также принят и в Чехии. Таким правом обладают только те лица, чьи конкретные права нарушены. Например, в делах, касающихся разрешений на землепользование (наиболее существенный аспект в

природоохранном контексте), в суд могут обратиться только собственники земли. Другие лица, интересы которых могут быть затронуты, исключены. Еще хуже ситуация в вопросах, связанных с применением Закона о защите от шума, Закона о ядерной энергетике и Закона о недропользовании, согласно которым правом обращения в суд обладает только инвестор [Černý 2009:20].

Следует отметить, что имеющаяся судебная практика в данном вопросе весьма противоречива. Так, в деле о развитии аэропорта Рузине Высший административный суд Чешской Республики указал, что все лица, на которых окажет воздействие реализация данного проекта (шум, выбросы и т.д.), должны рассматриваться как «затронутая общественность» (“public concerned”) [Černý 2009:20]. Такой подход, однако, не является общепринятым, и в других делах, связанных с землепользованием, иски отклонялись на том основании, что они поданы не землевладельцами. Иски общественных организаций, как правило, отклоняются: такие организации, не являющиеся землевладельцами, не рассматриваются судами в качестве «затронутых».

Теоретически все законы, касающиеся охраны окружающей среды, могут быть предметом судебного рассмотрения в соответствии с Орхусской конвенцией. Однако на практике их круг очень узок, поскольку, во-первых, число потенциальных истцов ограничено (о чем уже было сказано выше), а во-вторых, ряд законов (также упомянутых выше) фактически исключен.

Отдельную проблему в праве Чехии представляют доклады об ОВОС, хотя и составленные с учетом Орхусской конвенции. Сами доклады не имеют обязательной силы, однако они служат юридически учитываемым материалом для дальнейшего принятия решения. Таким образом, сам доклад является действием по смыслу п. 2 ст. 9 Орхусской конвенции. Однако на практике административные суды отклоняют любые иски, затрагивающие доклады ОВОС.

Что касается временных мер, то административная и судебная практика Чехии шла вразрез со ст. 9 Орхусской конвенции. Однако в последнее время наметились позитивные изменения. Так, хотя иски против решений ОВОС отклоняются судами, Высший административный суд Чешской Республики указал, что суды должны принимать решения о временных мерах защиты, если об этом просит общественность [Černý 2009:22].

Иная картина вырисовывается в праве Эстонии. Нормы Орхусской конвенции инкорпо-

рированы в ряд эстонских законов: об административной процедуре, об оценке воздействия и управлении окружающей средой, о планировании, о водных ресурсах, об отходах и т.д. Другие положения Конвенции не закреплены в законодательстве, но находят применение в судебной практике [Vaarmari 2009:25–30].

Кто может быть стороной в так называемых экологических спорах по смыслу Орхусской конвенции? Прежде всего, следует отметить, что суды, применяя п. 2 ст. 9 Конвенции, признают такое право за экологическими общественными организациями, причем без необходимости доказывать нарушение их прав.

Суды дают очень широкое толкование критериям, которым должна отвечать общественная организация. Как показывает судебная практика, достаточно, чтобы в числе ее уставных целей значилась охрана природы. Более того, в судах выступали и группы активистов, не зарегистрированные в качестве юридического лица. Такие группы идентифицировались как партнерства. Верховный суд Эстонии в связи с этим указал, что неформальная группа может рассматриваться как неправительственная экологическая организация, если она обоснует, что представляет позицию значительной части местного населения [Vaarmari 2009:26–30]. Другой важный момент: Верховный суд Эстонии также указал, что в экологических спорах стороной может быть не только лицо, права которого нарушены, но и лицо, которое будет затронуто административным актом или действием. Следующей важной особенностью является то, что территориальные планы могут оспариваться в судебном порядке любым лицом, чьи права были нарушены, или лицом, которое считает, что план не соответствует законодательству. На этот счет имеется специальное положение в Законе о территориальном планировании. Вместе с тем это не касается всех видов природоресурсной активности на данной территории (например, территориальное планирование не требуется для лесопользования или недропользования).

В практическом плане значим вопрос о том, могут ли оспариваться в суде решения, принятые в рамках компетенции, в том числе природоохранной, властных органов, но не вполне соответствующие Орхусской конвенции. Согласно мнению Верховного суда Эстонии, суды могут рассматривать решения властных органов. В случае если административный орган руководствовался

неприемлемыми соображениями или, наоборот, оставил без внимания некоторые важные аспекты, это может квалифицироваться как «ошибка», что дает основание для судебной проверки.

Регулирование, касающееся временных мер, можно оценить как прогрессивное: суд может принять решение о таких мерах на любой стадии процесса на основании аргументированной просьбы истца или по собственной инициативе. При этом отсутствуют положения, предусматривающие внесение истцом какой-либо платы. Решение о временных мерах должно быть вынесено в течение определенного короткого срока, в ряде случаев – в течение нескольких дней.

О состоянии эстонской судебной практики в рассматриваемой области свидетельствует следующее дело.

В 2004 г. группа граждан выяснила, что несколькими годами ранее было принято административное решение о выдаче разрешения на торфяные разработки в окрестностях места их проживания. Два человека организовали неформальную группу (“partnership”) и обратились в суд на том основании, что не было публично-го объявления о разрешении и не проводилась оценка воздействия такой разработки торфа на окружающую среду. В принятом по этому поводу в 2006 г. решении Верховный суд Эстонии указал, что данная группа не имеет *locus standi*, поскольку она была образована несколькими годами позднее выдачи разрешения. Вместе с тем Верховный суд Эстонии отметил, что неформальная группа может рассматриваться как представляющая население, если само население или его значительная часть признает эту группу и ее деятельность. Верховный суд Эстонии указал, что статус «представителей общественности» подтверждается подписями людей, которые присоединились к защите торфяников [Vaarmari 2009:26].

Это же дело является иллюстрацией практики установления временных мер. Просьба населения об установлении временных мер была удовлетворена в течение шести дней. Дальнейшая процедура выдачи разрешения была приостановлена на два года до вынесения окончательного решения Верховным судом Эстонии.

Другой пример судебной практики: местный муниципалитет обратился с жалобой на решение Министерства по охране окружающей среды Эстонской Республики в связи с процедурой оценки воздействия, связанной с выдачей разрешения на бурение нефтяной скважины. Рассматривая данное дело, Верховный суд Эстонии

не признал муниципалитет «представителем общественности» в соответствии с п. 2 ст. 9 Конвенции. Вместе с тем он указал, что муниципалитет имеет *locus standi* на другом основании: он должен обеспечивать права местного населения. По мнению Верховного суда, в делах, связанных с природоохранными вопросами, невозможно применять стандарты *locus standi*, как в обычных административных делах. В природоохранных делах нарушение субъективного права может иметь место, но не является обязательным элементом. В такого рода делах *locus standi* может быть признан не только в случае нарушения конкретного права, но и в случае, когда лицо *запрашивается* конкретным административным актом или действием.

Третье дело, интересное с точки зрения применения конвенционных положений о доступе к правосудию: граждане и экологическая общественная организация подали иск в суд в связи с планом развития территории, в котором предусматривалось строительство тюремной больницы в парке большой природной ценности. Никаких разумных аргументов в пользу такого строительства выдвинуто не было.

Верховный суд Эстонии подтвердил, что суд не может оценивать разумность или рациональную обоснованность административных решений, а оценивает только правовую сторону. Вместе с тем Верховный суд в этом конкретном деле постановил: несмотря на то что муниципалитет заявил о позитивном социальном и экономическом эффекте строительства госпиталя (новые рабочие места), неясно, каким на деле будет этот эффект (например, сколько конкретно рабочих мест будет создано). Поскольку экологический ущерб будет значителен, для Верховного суда непонятно, какую пользу извлечет из этого местный муниципалитет, ведь тюремная больница может быть построена и в другом месте без вреда для природы. Муниципалитет не представил точных расчетов ожидаемой социальной и экономической выгоды, а экологический ущерб очевиден. В связи с этим Верховный суд Эстонии признал данное административное решение ошибочным.

В Венгрии на основании Закона 2001 г. № 81 Орхусская конвенция инкорпорирована в национальное право. В соответствии с указанным Законом и Решением 1993 г. № 53 Конституционного суда Конвенция имеет прямое применение в Венгрии. Следующие прецеденты иллюстрируют практику применения тех положений Орхусской конвенции, которые касаются доступа к правосудию [Csaba 2009:31–38].

Бывшую советскую военную базу недалеко от Будапешта должны были расширить и перестроить в коммерческий аэропорт. Вокруг аэропорта планировалась зона защиты от шума, в пределах которой уровень шума значительно превышал допустимый. Муниципалитет соседнего города Сазхаломбатты (Százhalombatta) обратился в суд с жалобой на то, что он не может иметь *locus standi* в каком-либо деле в связи границами, установленными Национальной администрацией воздушного транспорта, поскольку границы защитной зоны не пересекают территорию города. Суд Будапешта в Решении, принятом в июне 2008 г., указал, что положения, которые сводят круг потенциальных истцов только к лицам, чьи земли пересекаются границей зоны, ограничительные. В данном случае следует исходить из того, кто реально будет затронут предстоящим строительством. С этой точки зрения муниципалитет вправе быть истцом. Во-первых, он обязан заботиться о сохранении окружающей среды на своей территории; во-вторых, то, что она будет затронута шумом, подтверждается петициями общественных экологических организаций против даже существующего уровня шума. Согласно Решению Национальная администрация воздушного транспорта должна включить местный муниципалитет в процесс оценки воздействия проекта.

Интересно также определение понятия «дело, затрагивающее охрану среды» (“environmental case”). В Законе о защите окружающей среды 1995 г. (ст. 98) предусмотрено, что ассоциации, созданные гражданами для защиты окружающей среды, и другие общественные организации, не являющиеся политическими партиями или профсоюзами, вправе участвовать в экологических административных процедурах. Сразу же после вступления в силу этого Закона встал вопрос о понятии дела, затрагивающего охрану среды. Некоторые суды решали споры исходя из узкого толкования этого понятия и относили к нему только вопросы, связанные с ОВОС. Однако в 2004 г. Верховный суд Венгрии указал в Резолюции по административным вопросам 2004 г. № 1, что природоохранным является любое дело, в котором Региональная природоохранная инспекция выступает хотя бы в роли консультанта [Csaba 2009:31–38].

В Венгрии в ряде случаев не требуется доказывать нарушение личных прав или интересов для

того, чтобы обратиться в суд в случае нанесения экологического вреда или наличия такой опасности для общины. Общественные организации вправе обращаться в суд в случае загрязнений природы, а также использовать его как правовой инструмент против административных решений.

4. Заключение

Разработка и принятие Орхусской конвенции – это, с одной стороны, свидетельство роста международного экологического правосознания, а с другой – еще один международно-правовой способ реагирования государств на присущее частной собственности на средства производства стремление всякого предпринимателя получить коммерческую выгоду «здесь и сейчас», не заботясь о последствиях для природы, полагая, что это дело государств. Заставить предпринимателя при реализации его проекта учитывать природоохранные последствия с помощью правовых норм, посредством которых население вовлекается в диалог с предпринимателем, – такова простая, но оказавшаяся эффективной нормативная модель, заложенная в Орхусской конвенции. В этом плане Конвенция – это, несомненно, перспективный международный договор, значение которого, как представляется, не оценено еще в полной мере в России. Разрозненные действия природоохранных организаций или индивидуальных защитников окружающей среды становятся малоэффективными в эпоху сращивания интересов крупного бизнеса и высокопоставленных чиновников в любом государстве. Мертвое Аральское море, усиление загрязнения Каспия после распада СССР при активизации деятельности на Каспии частных нефтегазовых компаний – яркие тому примеры. Как было отмечено на Совещании государств – участников Орхусской конвенции в Будве, притеснения защитников окружающей среды происходят во всех государствах. За 2015 г. количество убитых защитников окружающей среды почти вдвое превысило количество журналистов, убитых за тот же период. За 2016 г. в 25 странах было убито более 200 природоохранных активистов. По подсчетам организации «Global Witness», в среднем четыре защитника окружающей среды погибает еженедельно¹².

Адекватное правовое обеспечение, включая судебные механизмы, может и должно быть наиболее эффективным средством для населения,

¹² Ни. Д. Чем закончилось совещание сторон Орхусской конвенции в Будве? – *Ливень. Living Asia*. 13.10.2017. Доступ: <http://livingasia.online/2017/10/13/chem-zakonchilos-soveshyanie-storon/> (дата обращения: 10.09.2018).

широкой общественности в отстаивании своих интересов в экологически значимых вопросах. Оценка воздействия на окружающую среду получила к настоящему времени широкое правовое признание (что, разумеется, не означает отсутствие проблем в практическом применении ОВОС), став объектом и международно-правового, и национально-законодательного регулирования. В части *доступа общественности* к природоохранному правосудию международное право после принятия и формирования практики применения Орхусской конвенции, несомненно, опередило большинство национальных законодательных механизмов. Конвенция содержит в себе огромный потенциал новизны, и восприятие национальными правовыми системами ее подходов требует не только принятия новых законов, но и, что значительно сложнее, пересмотра ряда устоявшихся правовых концепций, внутреннего убеждения судей.

В связи с этим следует отметить, что даже в наиболее глубоких исследованиях статуса Арктики в России [Вылегжанин 2013:11–44] и за рубежом [Berkman, Vylegzhanin, Young 2016:186–217], к сожалению, не рассматривается вопрос о потенциальном позитивном применении Орхусской конвенции к отношениям государств в связи с расширением экономической активности в Северном Ледовитом океане, включая его моря. Несомненно, значимы констатации в зарубежных исследованиях о том, что «окружающая среда в Арктике все еще считается чистой» (“is still considered clean”) из-за «относительно низкого уровня человеческой деятельности» (“relatively

low level of human activities”) в этом регионе [Block 2013:37]; о «важности поддержания мира, стабильности и конструктивного сотрудничества в Арктике» (“importance of maintaining peace, stability and constructive cooperation in the Arctic”) [Berkman et al. 2017:596]; о «растущих потребностях в улучшенных механизмах управления в Арктике, которые могли бы учитывать взаимовлияние различных элементов (the interplay among various elements) комплекса правовых режимов, применимых к регулированию отдельных секторов экономики в Арктике» [Vylegzhanin et al. 2017:52]. Но и в этих авторитетных научных трудах не затрагивается назревший вопрос о том, что уточнение в будущем правовых основ жизни в Арктике, в этом особом экологически уязвимом регионе, должно определяться прежде всего с учетом интересов и прав местных жителей. А ведь забота о них как важнейший приоритет не раз подчеркивалась в документах самих арктических государств [Olsvig 2013:255]. Но эффект для населения Арктики от инвестирования в транспортную инфраструктуру региона или от ведущихся проектов разработки минеральных ресурсов оказывается очень часто весьма скромным: прибыль уходит за пределы региона – туда, куда выгоднее компаниям, ведущим хозяйственную деятельность [Corell 2013:17–57]. В таком контексте можно прогнозировать, что положения Орхусской конвенции будут востребованы в ходе совершенствования международно-правовой защиты окружающей среды как в Арктике, так и в мире в целом.

Список литературы

1. Вылегжанин А.Н. 2013. Правовое положение Арктического региона в документах. – *Арктический регион: проблемы международного сотрудничества*. Т. 3: *Применимые правовые источники*. Гл. ред. И.С. Иванов. М.: Аспект-Пресс. С. 11–44.
2. Вылегжанин А.Н., Шаповалов Б.П. 2013. Правовые основы арктической политики Европейского союза. – *Московский журнал международного права*. № 1 (89). С. 191–202.
3. Alge T. 2009. Selected Problems of the Aarhus Convention Application in Austria. – *Selected Problems of the Aarhus Convention Application Based on Experience and Court Practice of NGOs in 7 EU Countries*. P. 11–18. URL: http://www.justiceandenvironment.org/_files/file/2009/09/access_to_justice_collection.pdf (accessed date: 18.09.2018).
4. Berkman P.A. [et al.]. 2017. The Arctic Science Agreement Propels Science Diplomacy. – *Science*. Vol. 358. Issue 636. P. 596–598. DOI: 10.1126/science.aag0890
5. Berkman P.A., Vylegzhanin A.N., Young O.R. 2016. Governing the Bering Strait Region: Current Status, Emerging Issues and Future Option. – *Ocean Development and International Law*. Vol. 47. Issue 2. P. 186–217. DOI: <https://doi.org/10.1080/00908320.2016.1159091>
6. Vylegzhanin A.N., Young O.R., Berkman P.A. 2017. Governing the Barents Sea Region: Current Status, Emerging Issues and Future Option. – *Ocean Development and International Law*. Vol. 49. Issue 1. P. 52–78. DOI: <https://doi.org/10.1080/00908320.2017.1365545>
7. Block N. 2013. Sustainable Development Considerations in the Arctic. – *Environmental Security in the Arctic Ocean*. Ed. by P. Berkman and A. Vyleg-

- zhanin. Dordrecht: Springer. P. 37–58.
8. Černý P. 2009. Selected Problems of the Aarhus Convention Application in the Czech Republic. – *Selected Problems of the Aarhus Convention Application based on Experience and Court Practice of NGOs in 7 EU Countries*. P. 19–24. URL: http://www.justiceandenvironment.org/_files/file/2009/09/access_to_justice_collection.pdf (accessed date: 18.09.2018).
 9. Chesterman S., Johnstone I., Malone D. 2016. *Law and Practice of the United Nations: Documents and Commentary*. 2nd ed. New York: Oxford University Press. 741 p.
 10. Corell R.W. 2013. Consequences of the Changes across the Arctic on World Order, the North Pacific Nations, and Regional and Global Governance. – *The Arctic in World Affairs: A North Pacific Dialogue on Arctic Transformation (2011 North Pacific Arctic Conference Proceedings)*. Ed. by R.W. Corell, J.S.-C. Kang, Y.H. Kim. Honolulu, USA: East-West Center. P. 17–57.
 11. Csaba K. 2009. Selected Problems of the Implementation of the Aarhus Convention in Hungary. P. 31–38. URL: http://www.justiceandenvironment.org/_files/file/2009/09/access_to_justice_collection.pdf (accessed date: 18.09.2018).
 12. Loucaides L. 2005. Environmental Protection through the Jurisprudence of the European Convention on Human Rights. – *British Yearbook of International Law*. Vol. 75. Issue 1. P. 249–267. DOI: <https://doi.org/10.1093/bybil/75.1.249>
 13. Olsvig S. 2013. Greenland perspective. Building Resilient Communities in the Arctic. – *The Arctic in World Affairs: A North Pacific Dialogue on the Future of the Arctic (2013 North Pacific Arctic Conference Proceedings)*. Ed. by O.R. Young, J.D. Kim, Y.H. Kim. Busan, Republic of Korea: Korea Maritime Institute; Honolulu, USA: East-West Center. P. 252–264.
 14. Richardson B.J., Razzque J. 2006. Public Participation in Environment Decision-making. – *Environmental Law for Sustainability*. Ed. by B.J. Richardson and S. Wood. Oxford: Hart Publishing. P. 165–194.
 15. *Selected Problems of the Aarhus Convention Application based on Experience and Court Practice of NGOs in 7 EU Countries*. 2009. 54 p. URL: http://www.justiceandenvironment.org/_files/file/2009/09/access_to_justice_collection.pdf (accessed date: 18.09.2018).
 16. Vaarmari K. 2009. Selected Issues of Application of the Aarhus Convention in Estonia. P. 25–30. URL: http://www.justiceandenvironment.org/_files/file/2009/09/access_to_justice_collection.pdf (accessed date: 18.09.2018).
 17. Shaw M. 2017. *International Law*. 8th ed. Cambridge: Cambridge University Press. 1033 p.

References

1. Alge T. Selected Problems of the Aarhus Convention Application in Austria. – *Selected Problems of the Aarhus Convention Application based on Experience and Court Practice of NGOs in 7 EU Countries*. 2009. P. 11–18. URL: http://www.justiceandenvironment.org/_files/file/2009/09/access_to_justice_collection.pdf (accessed date: 18.09.2018).
2. Berkman P.A. [et al.]. The Arctic Science Agreement Propels Science Diplomacy. – *Science*. 2017. Vol. 358. Issue 636. P. 596–598. DOI: 10.1126/science.aag0890
3. Berkman P.A., Vylegzhanin A.N., Young O.R. Governing the Bering Strait Region: Current Status, Emerging Issues and Future Option. – *Ocean Development and International Law*. 2016. Vol. 47. Issue 2. P. 186–217. DOI: <https://doi.org/10.1080/00908320.2016.1159091>
4. Block N. Sustainable Development Considerations in the Arctic. – *Environmental Security in the Arctic Ocean*. Ed. by P. Berkman and A. Vylegzhanin. Dordrecht: Springer. 2013. P. 37–58.
5. Černý P. Selected Problems of the Aarhus Convention Application in the Czech Republic. – *Selected Problems of the Aarhus Convention Application based on Experience and Court Practice of NGOs in 7 EU Countries*. 2009. P. 19–24. URL: http://www.justiceandenvironment.org/_files/file/2009/09/access_to_justice_collection.pdf (accessed date: 18.09.2018).
6. Chesterman S., Johnstone I., Malone D. *Law and Practice of the United Nations: Documents and Commentary*. 2nd ed. New York: Oxford University Press. 2016. 741 p.
7. Corell R.W. Consequences of the Changes across the Arctic on World Order, the North Pacific Nations, and Regional and Global Governance. – *The Arctic in World Affairs: A North Pacific Dialogue on Arctic Transformation (2011 North Pacific Arctic Conference Proceedings)*. Ed. by R.W. Corell, J.S.-C. Kang, Y.H. Kim. Honolulu, USA: East-West Center. 2013. P. 17–57.
8. Csaba K. *Selected Problems of the Implementation of the Aarhus Convention in Hungary*. 2009. P. 31–38. URL: http://www.justiceandenvironment.org/_files/file/2009/09/access_to_justice_collection.pdf (accessed date: 18.09.2018).
9. Loucaides L. Environmental Protection through the Jurisprudence of the European Convention on Human Rights. – *British Yearbook of International Law*. 2005. Vol. 75. Issue 1. P. 249–267. DOI: <https://doi.org/10.1093/bybil/75.1.249>
10. Olsvig S. Greenland perspective. Building Resilient Communities in the Arctic. – *The Arctic in World Affairs: A North Pacific Dialogue on the Future of the Arctic (2013 North Pacific Arctic Conference Proceedings)*. Ed. by O.R. Young, J.D. Kim, Y.H. Kim. Busan,

- Republic of Korea: Korea Maritime Institute; Honolulu, USA: East-West Center. 2013. P. 252–264.
11. Richardson B.J., Razzque J. Public Participation in Environment Decision-making. – *Environmental Law for Sustainability*. Ed. by B.J. Richardson and S. Wood. Oxford: Hart Publishing. 2006. P. 165–194.
 12. *Selected Problems of the Aarhus Convention Application based on Experience and Court Practice of NGOs in 7 EU Countries*. 2009. 54 p. URL: http://www.justiceandenvironment.org/_files/file/2009/09/access_to_justice_collection.pdf (accessed date: 18.09.2018).
 13. Shaw M. *International Law*. 8th ed. Cambridge: Cambridge University Press. 2017. 1033 p.
 14. Vaarmari K. *Selected Issues of Application of the Aarhus Convention in Estonia*. 2009. P. 25–30. URL: http://www.justiceandenvironment.org/_files/file/2009/09/access_to_justice_collection.pdf (accessed date: 18.09.2018).
 15. Vylegzhanin A.N. Pravovoye polozheniye Arkticheskogo regiona v dokumentah [Legal Status of the Arctic Region in Documents]. – *Arkticheskiy region. Problemy mezhdunarodnogo sotrudnichestva: Chrestomatia v 3 tomah. Tom 3: Primenimye pravoviye istochniki* [The Arctic Region. Problems of International Cooperation. In 3 volumes. Vol. 3. Applicable Legal Sources. Ed.-in-Chief I.S. Ivanov]. Moscow: Aspect-Press Publ. 2013. P. 11–44. (In Russ.)
 16. Vylegzhanin A.N., Shapovalov B.P. Pravovye osnovy arkticheskoi politiki Evropeiskogo soyuza [Legal Basis for the EU Arctic Policy]. – *Moscow Journal of International Law*. 2013. No. 1 (89). P. 191–202. (In Russ.)
 17. Vylegzhanin A.N., Young O.R., Berkman P.A. Governing the Barents Sea Region: Current Status, Emerging Issues and Future Option. – *Ocean Development and International Law*. 2017. Vol. 49. Issue 1. P. 52–78. DOI: <https://doi.org/10.1080/00908320.2017.1365545>

Информация об авторах

Инна Петровна Дудыкина,

кандидат юридических наук, генеральный директор,
Юридическая фирма ООО «ПКФ Фактор»

119192, Российская Федерация, Москва, Мичуринский
проспект, д. 16

inna_mel3008@mail.ru
ORCID: 0000-0003-0507-6621

About the Authors

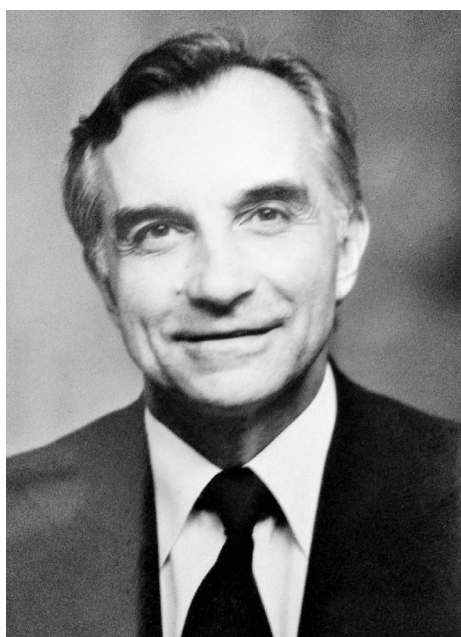
Inna P. Dudykina,

Cand. Sci. (Law), General Director, Law Firm "Factor"

16, pr. Michurinsky, Moscow, Russian Federation, 119192

inna_mel3008@mail.ru
ORCID: 0000-0003-0507-6621

ИЛЬИН ЮРИЙ ДМИТРИЕВИЧ (1933-2018)



С глубоким прискорбием сообщаем, что 7 ноября на 86-м году ушел из жизни наш товарищ и коллега Юрий Дмитриевич Ильин, кандидат юридических наук, юрист-международник, лингвист, писатель и переводчик. Основные направления его научной и педагогической деятельности неразрывно связаны с международной политикой и правом.

Юрий Дмитриевич родился 28 марта 1933 г. в городе Севастополе. После окончания Киевского артиллерийского училища имени С.М. Кирова в 1953 г. он служил на военно-морской базе Порккала-Удд в должности командира огневого взвода – старшего офицера батареи. После демобилизации, в 1956 г., по рекомендации ЦК ВЛКСМ Украины он поступил в МГИМО на Западный факультет. По завершении обучения, в 1962 г., был направлен на работу в МИД Белоруссии, где работал в должности III секретаря МИД БССР. В 1964 г. он поступил в аспиранту-

ру на кафедру международного права МГИМО, которую успешно закончил, защитив в 1967 г. кандидатскую диссертацию на тему: «Основные тенденции развития консульского права». С 1964 по 1985 гг. Юрий Дмитриевич работал в МИД СССР: в договорно-правовом отделе, в посольствах СССР в Австралии и Италии, а также возглавлял дипломатическое агентство МИД СССР (в настоящее время – представительство МИД России) в городе Находка. Имел дипломатический ранг советника II класса.

С 1985 г. Юрий Дмитриевич перешел на научно-педагогическую работу. Он читал лекции в обществе «Знание» и преподавал на разных должностях – от доцента до заведующего кафедрой международного права – в Московской высшей партийной школе, Московском (ныне – Российском) государственном социальном университете, Московском гуманитарном университете, Московском государственном открытом

университете. В 2015 г. Юрий Дмитриевич вышел на пенсию, но активно продолжил писать и издавать научные и литературные произведения.

В течение жизни он публиковался в ведущих научных журналах: от Советского ежегодника международного права 60-х годов до Московского журнала международного права; входил в авторский коллектив таких фундаментальных работ, как учебник «Современное международное право» кафедры международного права Дипломатической академии МИД СССР 1976 г., Словарь международного права 1982 г. Широкую известность получили его «Лекции по международному публичному праву», впервые опубликованные в 1996 г. и неоднократно переиздаваемые в России и на Украине, учебные пособия: «Лекции по истории и праву Европейского Союза» («Спарк», 2002 г.), «Право международной безопасности и дипломатия» («Юрист» 2005 г.), «Право человека и государства на безопасность в современном мире» («Норма», 2007 г.), «Государственное (конституционное) право зарубежных стран» («Юркомпани», 2010 г.) и другие труды. В 2009 г. в издательстве «Живой язык» издана большая работа Юрия Дмитриевича – «Новый анг-

ло-русский и русско-английский юридический словарь». Эта книга совершенствовалась и переиздавалась. Последнее издание получило название «Большой англо-русский и русско-английский юридический словарь» и вышло в 2018 г. Кроме этого, Юрий Дмитриевич – автор ряда исторических романов, рассказов и детективов, а также переводов литературных произведений с английского и итальянского языков. Он был членом Интернационального Союза писателей.

Оставивший после себя десятки научных публицистических и произведений Юрий Дмитриевич до конца жизни оставался скромным человеком. Свою автобиографическую работу «Путешествие назад во времени», вышедшую в издательстве «Онтопринт» в 2016 г. он заканчивает словами: «Мне жаль расставаться с читателем, но и нельзя его мучить сверх меры. Всем мое большое СПАСИБО!»

Выражаем соболезнование родным и близким Юрия Дмитриевича. В сердцах всех, кто знал этого неугомонного труженика, профессионала, опытного дипломата, ученого, прекрасного человека, патриота страны, навсегда сохранится о нем светлая память...