

**ЗНАЧЕНИЕ ПРИНЦИПА РАЗДЕЛЕНИЯ
ВЛАСТЕЙ И ДОКТРИНЫ
«ПОЛИТИЧЕСКОГО ВОПРОСА»
ДЛЯ МЕЖДУНАРОДНОГО ПРАВА**

Январь 2021

СОДЕРЖАНИЕ

Пост-релиз	3
<hr/>	
Панель 1. Разделение властей и международное право	
<hr/>	
Михаил Гальперин	4
Сергей Белов	6
Алексей Автономов	8
Алексей Исполинов	10
Панель 2. Концепция «политического вопроса» и её применение в международном правосудии	
<hr/>	
Бейжу Васани	12
Сурья Субеди	13
Эйрик Бьорге	16
Линдси Реймшюссель	19

ПОСТ-РЕЛИЗ

21 января 2021 года Петербургский международный юридический форум при поддержке Центра международных и сравнительно-правовых исследований в рамках проекта LF Talks провёл конференцию «Значение принципа разделения властей и доктрины “политического вопроса” для международного права».

В рамках обсуждения были затронуты вопросы, связанные с международно-правовым значением принципа разделения властей, местом доктрины «политического вопроса» и вопроса «justiciability» в международном праве, границами столкновения политики и права и методами обеспечения сохранения политической нейтральности международного правосудия. Мероприятие было разделено на две панели — «Разделение властей и международное право» и «Концепция “политического вопроса” и её применение в международном правосудии».

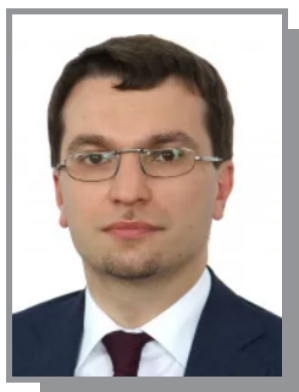
Михаил Гальперин выступил в роли модератора первой панели, спикерами которой стали Сергей Белов, Алексей Автономов и Алексей Исполинов.

Бейжу Васани стал модератором второй панели, в рамках которой выступили Сурья Субеди, Эйрик Бьорге и Линдси Реймшюссель.

ПАНЕЛЬ 1. РАЗДЕЛЕНИЕ ВЛАСТЕЙ И МЕЖДУНАРОДНОЕ ПРАВО

МИХАИЛ ГАЛЬПЕРИН*

Модератор панели



Традиционно проблема наличия политического вопроса возникла в США, где и до сих пор суды связаны этой концепцией при рассмотрении вопросов, связанных с полномочиями исполнительной власти, оборонной политики. В недавнем деле 2019 года *Rucho v. Common Cause* Верховный суд США, рассматривая практику перекраивания избирательных округов, сказал, что эта практика, конечно, противоречит принципам демократического государства, но представляет собой политический вопрос, то есть относится к компетенции законодательной власти. Эта концепция возникла именно в национальных правовых порядках, и она находит всё большее отражение в международном праве и правосудии.

Практически любой международный процесс, который привлекает большое внимание, связан с политикой. Сам по себе политический аспект жалобы не делает неприемлемым рассмотрение спора, однако игнорироваться такие вопросы, включая вопросы, связанные с разделением властей, надгосударственными органами не могут. В этой связи нужно прогнозировать более активное применение в международной и национальной судебной практике соответствующих норм и международных договоров, включая статью 46 Венской Конвенции о праве международных договоров, которая, с одной стороны, лишает государство права ссылаться на то обстоятельство, что его согласие на обязательство международного договора было выражено в нарушении положения внутреннего права, а с другой —

* С 2004 года по 2009 год работал в ряде юридических фирм Санкт-Петербурга, а также в Санкт-Петербургском государственном университете. С марта 2010 года по июнь 2011 года — начальник отдела регулирования и контроля в сфере исполнения судебных актов Департамента по вопросам правовой помощи и взаимодействия с судебной системой, с июня 2011 года по сентябрь 2012 года — заместитель директора Департамента международного права и сотрудничества, с сентября 2012 года по сентябрь 2015 года — директор Департамента экономического законодательства Министерства юстиции Российской Федерации. Указом Президента Российской Федерации от 28 сентября 2015 г. № 479 назначен на должность заместителя Министра юстиции Российской Федерации. Указом Президента Российской Федерации от 19 мая 2017 г. № 221 назначен на должность Уполномоченного Российской Федерации при Европейском Суде по правам человека — заместителя Министра юстиции Российской Федерации. Действительный государственный советник юстиции Российской Федерации 1 класса. Доктор юридических наук. Награждён Почётной грамотой Президента Российской Федерации, медалью ордена «За заслуги перед Отечеством» II степени.

прямо предоставляет такую возможность, если нарушение внутреннего права было явным и касалось нормы права особо важного значения.

Но все эти рассуждения никак не должны приводить к выводу о том, что можно не следовать нормам международного права. Следует отметить, что ответственность за развитие и соблюдение международного права лежит в том числе и на национальных конституционных органах и судах, а не только на наднациональных судах. Они обязаны реагировать на нарушения основополагающих принципов и норм, в том числе международного права, особенно, когда наднациональный орган выходит за пределы своей компетенции, обеспечивая правильное применение и толкование норм международного права.

Следует отметить, что данный вопрос актуален не только для России. Вопросы, связанные с передачей на рассмотрение инвестиционному арбитражу тех или иных вопросов, его легитимностью, демократической подотчётностью, возможностью частных арбитров оценивать меры публичного характера и осуществление государствами своей публичной власти, в том числе в интересах своих граждан, и своих конституционных полномочий, находятся на повестке дня Европейского союза, стран Европы, многих других государств, в том числе тех государств, которые принято считать столпами либерального правопорядка (Нидерланды, Германия, Франция, Италия, Канада). Приходит понимание, что инвестиционный арбитраж отличается от коммерческого арбитража: последний основывается на равенстве сторон, инвестиционный арбитраж во многом представляет собой юрисдикционный механизм контроля за реализацией публичной власти.



Очевидное и вероятное в реализации принципа разделения властей конкретным государством

Статья 46 Венской Конвенции о праве международных договоров устанавливает, что государство может апеллировать к нарушению национального права, только если такое нарушение (а) касается нормы его внутреннего права особо важного значения и (б) является достаточно явным для других участников международного взаимодействия.

При каких условиях эти критерии выполняются применительно к принципу разделения властей в конституционной системе конкретного государства? Каким образом международный или зарубежный суд может установить, что принцип разделения властей в Российской Федерации не просто формально признан, но и действует в качестве фундаментального принципа правовой системы и носит достаточно явный и отчётливый характер для российской системы власти, политической и конституционной системы?

В Российской Федерации акцент на разделении функций между разными ветвями власти стал главной особенностью прочтения принципа разделения властей. Конечно, и баланс сил, баланс полномочий, взаимный контроль между ветвями власти тоже важные черты принципа разделения властей. Однако представляется, что и подход отечественной доктрины, подчёркивающей, с одной стороны, единство государственной власти, единство стоящих перед ней задач, а с другой — различие в функциях, претендует на особое прочтение принципа разделения властей в нашей стране.

Следуя этому общему доктринальному подходу, Конституционный Суд Российской Федерации в нескольких делах подчёркивал именно закрепление в Конституции РФ общих принципов разделения функций и полномочий между разными ветвями власти. Один из самых ярких примеров — разделение нормотворческих функций. В этом отношении Конституционный Суд подчёркивал, что нормотворчество, издание нормативных актов и разного рода общих предписаний — функции законодательной власти, и эти функции принадлежат ей именно в силу принципа

* Декан юридического факультета Санкт-Петербургского государственного университета, директор НИИ Проблем государственного языка СПбГУ, заведующий кафедрой конституционного права СПбГУ, руководитель экспертного проекта мониторинга правоприменения в СПбГУ, с 2007 года — индивидуальный член Международной ассоциации конституционного права IACL (International Association of Constitutional Law), с июня 2018 — член Исполнительного комитета IACL, член редколлегии журнала Russian Law Journal, главный редактор журнала «Правоведение», член Научно-консультативного совета при Верховном Суде РФ.

разделения властей и в соответствии с предписаниями Конституции. Из этого следует, что нормотворческие полномочия могут очень ограниченно передаваться исполнительной власти в рамках так называемого делегирования полномочий. Например, в Постановлении от 27.01.2004 года Конституционный Суд подробно описал варианты делегирования нормотворческих полномочий от органов законодательной к органам исполнительной власти. В этом Постановлении Конституционный Суд подчеркнул, что есть определённые ситуации, в которых содержательное урегулирование передаётся на усмотрение исполнительной власти, но отчётливо зафиксировал, что оценка такой передачи — это вопрос именно реализации принципа разделения властей.

Чуть позднее Конституционный Суд Российской Федерации констатировал наличие в Конституции правил «ограничения делегирования», согласно которым любое делегирование нормотворческих полномочий от законодательной к исполнительной власти возможно исключительно в чётких и определённых пределах. Законодательная власть не вправе делегировать полномочия по нормотворчеству, если они, в частности, носят общий характер или связаны с решением каких-то принципиальных вопросов (например, реализация государственного суверенитета). Схожая доктрина известна и конституционному праву США (non-delegation doctrine).

Таким образом, обширная практика Конституционного Суда Российской Федерации вместе с доктринальным развитием принципа разделения властей показывают, что этот принцип в настоящее время в Российской Федерации может рассматриваться, с одной стороны, как фундаментальная основа для построения системы органов государственной власти, с другой стороны, как часть той системы конституционных принципов и норм, которые абсолютно очевидны и находят воплощение в практических решениях Конституционного Суда и других государственных органов на разных уровнях.

АЛЕКСЕЙ АВТОНОМОВ*



Международные стандарты верховенства права и их отражение в конституционном принципе разделения власти

До сих пор не во всех странах принцип разделения властей рассматривается как фундаментальный (например, в Великобритании, Швеции, Норвегии или Новой Зеландии). Поэтому для нас важным является то, насколько обширными полномочиями обладает законодательная ветвь власти, обладает ли она верховенством власти, и можно ли кому-то передать полномочия без ущемления конституционных принципов, верховенства парламента или разделения власти.

В целом, международные органы, в том числе судебные, зачастую ссылаются на внутреннее право, обсуждают, рассматривают его и дают ему оценку. Однако следует обратить внимание на тенденцию расширения рассмотрения вопросов, которые традиционно относились исключительно к внутреннему праву, на международном уровне. В настоящее время происходит расширение применения общих принципов на международном уровне, оценки соответствия практики и законодательств государств международным принципам и стандартам.

Сам по себе принцип разделения власти не закреплён на международном уровне, поскольку при создании многих актов не предполагалось повсеместное усиление роли парламента. Однако на сегодняшний день вопрос разделения властей получает всё большее внимание. Так, стоит упомянуть опубликованный в 2020 году первый доклад Европейского союза о верховенстве права, в котором, среди прочих критериев, характеризующих верховенство права, выделяются аспекты, которые

* Профессор (учёное звание профессора имеет в России и Казахстане), доктор юридических наук, проректор Института международного права и экономики им. А.С. Грибоедова, адвокат бюро «Гриб и партнёры». С 2003 по 2020 г. был членом Комитета по ликвидации расовой дискриминации (КЛРД) ООН, в том числе в 2012–2014 гг. его председателем, в 2008–2010 и 2014–2016 гг. — заместителем председателя, в 2016–2018 гг. Докладчиком КЛРД. Являлся Личным представителем Действующего Председателя ОБСЕ в 2014 г. (Швейцария) и в 2015 г. (Сербия) по борьбе с расизмом, ксенофобией и дискриминацией, также сосредотачивающейся на борьбе с нетерпимостью и дискриминацией против христиан и адептов других религий. С 2014 г. является экспертом Московского механизма ОБСЕ. Имеет большое число научных публикаций в России и за рубежом, а также большой опыт преподавания в российских (Московский государственный институт международных отношений, Московский государственный университет им. М.В. Ломоносова, Высшая школа экономики, Государственный университет гуманитарных наук и др.) и зарубежных (Канада — Карлтонский университет, Казахстан — Университет им. Д.А. Кунаева и Национальный Университет им. Аль-Фараби) вузах. Работал в научно-исследовательских учреждениях: Институте государства и права (Российская академия наук) и Институте законодательства и сравнительного правоведения. С 2007 по 2018 гг. являлся главным редактором журнала «Государство и право», ныне главный редактор журналов «Вопросы ювенальной юстиции» и «Правовые вопросы недвижимости». Член многих экспертных и общественных советов. Оценщик социальных проектов.

в той или иной мере связаны с системой сдержек и противовесов. В данном контексте роль парламента рассматривается как весьма значимая для укрепления верховенства права. В этой связи представляется, что, когда упоминаются международные договоры, которые применяются временно, но без обращения в парламент или без какой-либо реакции с его стороны, можно говорить о произвольных действиях исполнительной власти, которые нарушают прерогативу парламента. Большое внимание роли парламента и ограничению правительства не только со стороны судебной власти, но и со стороны парламента, уделяется и в публикуемых отдельными организациями индексах верховенства права.

Таким образом, представляется, что вопросы, имеющие важнейшее значение для государства, включая вопросы заключения и вступления в силу для государств международных договоров, не могут решаться без парламента. Соответственно, никакого верховенства права не может быть, если из решения таких вопросов исключён парламент, представляющий интересы народа.

АЛЕКСЕЙ ИСПОЛИНОВ*



Временное применение международных договоров и согласие государств на инвестиционный арбитраж

С одной стороны, заключение международных договоров на сегодня является основным средством для регулирования отношений между государствами. С другой стороны, процесс заключения договоров зависит от внутривнутриполитических факторов в каждом государстве в силу разнесённости по времени процессов подписания, ратификации и вступления в силу. Можно привести многочисленные примеры международных договоров, вступивших в силу спустя годы и даже десятилетия после подписания или вообще так и не вступивших в силу из-за проблем с ратификацией или малого количества ратификаций.

Для решения подобных проблем государствами среди прочего применяется практика временного применения международных договоров. При этом такая практика получила распространение ещё до принятия Венской Конвенции о праве международных договоров, статья 25 которой установила, что «договор или часть договора применяются временно до вступления договора в силу, если: а) это предусматривается самим договором; или б) участвовавшие в переговорах государства договорились об этом каким-либо иным образом».

Однако следует отметить, что существует ряд проблем, связанных с временным применением международных договоров. В частности, статья 25 Венской Конвенции о праве международных договоров может рассматриваться исполнительной властью как вариант обхода необходимых парламентских процедур при ратификации в случае очевидного противодействия парламента.

Кроме того, возникает вопрос о роли внутреннего права при временном применении международного договора. Как представляется, оно играет совсем другую роль, нежели в случае статьи 27 Венской Конвенции о праве международных договоров, в которой речь идёт об уже вступившем в силу международному договору. Как следствие, появляется проблема, как быть с временным применением международного договора, который противоречит нормам внутреннего права.

Распространённым вариантом решения проблемы соотношения положений временно применяемого договора с противоречащим ему внутренним правом является оговорка о том, что международный договор временно применяется

* Доктор юридических наук.

в части, не противоречащей внутреннему праву. Кроме того, в ряде стран требуется получение согласия парламента в той или иной форме на временное применение. А некоторые страны просто запрещают временное применение международных договоров, сделав оговорку к статье 25 Венской Конвенции о праве международных договоров о том, что их конституции запрещают временное применение.

В контексте Договора к Энергетической хартии 1994 года (далее — «ДЭХ») существует два варианта решения проблемы временного применения: (1) запрет временного применения и (2) временное применение положений ДЭХ подписавшим, но не ратифицировавшим договор государством в той степени, в которой такое временное применение не будет противоречить конституции, законам и подзаконным актам соответствующего государства. Именно второй вариант был выбран Российской Федерацией при подписании договора.

Что касается дела ЮКОС, то для Российской Федерации актуальным является вопрос о временном применении статьи 26 ДЭХ, предусматривающей передачу споров в арбитраж. В частности, если временного применения статьи 26 ДЭХ не было, то согласия России на передачу спора в арбитраж также не было, и арбитраж на этом основании не должен был признавать свою компетенцию в деле ЮКОС. В этой связи следует отметить, что в настоящий момент именно принцип разделения властей становится краеугольным для решения вопроса о временном применении статьи 26 ДЭХ.

Впервые данная проблематика возникла в решении окружного суда Гааги в 2016 году, а в феврале 2020 года — в решении Апелляционного суда Гааги, который принял решение не в пользу Российской Федерации. В обоснование своей позиции Апелляционный суд Гааги, среди прочего, сослался на Постановление Конституционного Суда Российской Федерации № 8-П от 27 марта 2012 года, которое, как представляется, не учло продолжающийся процесс по делу ЮКОС.

В этой связи необходимо указать на Определение Конституционного Суда Российской Федерации от 24 декабря 2020 года и отметить следующее:

- 1) Определение стало закономерным, хоть и запоздалым продолжением Постановления Конституционного Суда № 8-П от 27 марта 2012 года;
- 2) Можно полностью поддержать линию Конституционного Суда на выстраивание условий для временного применения международных договоров, раз в тексте Федерального закона «О международных договорах Российской Федерации» ничего подобного нет;
- 3) Конституционный Суд on case-by-case basis продолжает курс на линию условного приоритета норм международного права;
- 4) Выводы Конституционного Суда могут быть использованы в рамках рассмотрения дела ЮКОС в Верховном суде Нидерландов.

ПАНЕЛЬ 2. КОНЦЕПЦИЯ «ПОЛИТИЧЕСКОГО ВОПРОСА» И ЕЁ ПРИМЕНЕНИЕ В МЕЖДУНАРОДНОМ ПРАВОСУДИИ БЕЙЖУ ВАСАНИ*

Модератор панели



Я занимаюсь разрешением международных споров, в основном инвестиционных споров, в течение двадцати лет. Даже за это время, относительно короткое с точки зрения истории международного права, я увидел достаточно большое количество споров и инвестиционных споров, в частности. Рост количества рассматриваемых в инвестиционном арбитраже дел не вызывает всеобщего ликования, в частности, у государств, которые критически относятся к сложившейся системе разрешения инвестиционных споров. Существует мнение, что инвестиционный арбитраж представляет угрозу суверенитету. Другими словами, по мере развития системы разрешения споров

между инвесторами и государствами всё больше ограничиваются права государств принимать те или иные решения. Примером может служить право государств на регулирование или дело *Achmea*, в котором стоял вопрос о соотношении системы разрешения инвестиционных споров и права Европейского союза. Другие политические вопросы, как я полагаю, недостаточно исследованы, например, вопросы, связанные с юрисдикцией инвестиционных арбитражей, в том числе с возможностью для инвестиционных арбитражей затрагивать политические вопросы. Чтобы разобраться в данных проблемах, нам прежде всего необходимо понять исторический контекст возникновения концепций «политического вопроса» и «justiciability». Далее мы должны посмотреть и понять подходы различных судов и трибуналов, в том числе Европейского суда по правам человека (ЕСПЧ), Международного Суда и др., к данному вопросу. Наконец, в завершение необходимо посмотреть на подход инвестиционных трибуналов к соответствующему вопросу.

* Почти двадцать лет Бейжу Васани специализируется исключительно на международных арбитражных (третейских) разбирательствах. Выступал в качестве юридического советника и арбитра в множестве споров, включая споры по арбитражным регламентам ICSID, ICC, LCIA, ICDR, SIAC, UNCITRAL, споры из двусторонних инвестиционных договоров, Договора к Энергетической Хартии, и споры по международному публичному праву. Он также представлял государства в переговорах и при разработке инвестиционных договоров и консультировал инвесторов по вопросам реструктуризации инвестиций для обеспечения максимальной договорной защиты в соответствии со стратегиями налогообложения и корпоративного управления. Бейжу Васани — член Королевского института арбитров и входит в состав нескольких арбитражных учреждений, в том числе ICSID.



Justiciability: история и значение в международном праве

История концепции «justiciability»

Концепция «justiciability» не относится к вопросам, входящим в сферу судебной власти. Она действует в качестве ограничения возможности судебной власти пересматривать решения исполнительной власти и в основном относится к вопросам политического характера. Она также указывает на то, что суды не должны рассматривать тот или иной вопрос, когда заранее

ясно, что соответствующее решение будет невозможно исполнить или оно будет противоречить публичному порядку, нарушать права человека или установленный демократический порядок, включая принцип разделения властей.

История концепции «justiciability» тесно связана с доктриной «политического вопроса», которая впервые была развита в правовой системе США. Однако аналогичные доктрины используются и в других странах, в том числе в Великобритании, Франции (*Acte de gouvernement*), Италии (*atto politico*) и некоторых латиноамериканских странах (*actos politicos*).

Доктрина «политического вопроса» основана на отношениях между судебной властью и другими ветвями власти, особенно — исполнительной властью. Невозможность рассмотрения судами «политических вопросов» возникает, прежде всего, из принципа разделения властей и понятия о верховенстве права

* Профессор Субеди получил докторскую степень в области международного права, отмеченную премией вместо Оксфордского университета и степень магистра международного права с отличием университета Халла. Он получил квалификацию барристера в Англии в 2007 году, а в 2017 году был назначен королевским адвокатом (QC). Он является профессором международного права в университете Лидса и барристером в Three Stone Chambers (Почётное общество Lincoln's Inn) в Лондоне. Он выступал в качестве адвоката по ряду дел в международных судах и трибуналах, включая Международный Суд и Международный центр по урегулированию инвестиционных споров (МЦУИС), а также в судах Англии. В 2011 году он был избран в Институт международного права (Institut de Droit International), удостоенный Нобелевской премии мира, а в 2015 году стал его почётным членом. В 2019 году в знак признания его вклада в международное право Оксфордский университет присвоил ему высшую степень — доктор гражданского права (DCL). Члены наградной комиссии в Оксфорде охарактеризовали профессора Субеди как «учёного с необычайной широтой знаний и глубиной мышления в области международного права», когда принимали решение о присуждении ему степени доктора гражданского права. Он опубликовал восемь книг и почти 60 научных статей по международному праву. Многие из новаторских идей, которые были выдвинуты в первом издании его книги, озаглавленной «Международное инвестиционное право: Примирение политики и принципов» (International Investment Law: Reconciling Policy and Principle), в 2008 году были использованы правительствами и международными организациями в попытках реформировать механизм урегулирования споров между инвесторами и государством и установить равновесие между различными конкурирующими принципами в развитии международного инвестиционного права. Книга была переведена на иностранные языки, включая китайский и фарси, и опубликована в нескольких странах. В настоящее время опубликовано уже 4-ое издание книги.

на национальном и международном уровне. Доктрина «политического вопроса» включает в себя решение о том, отнесён ли в соответствии с конституцией соответствующий вопрос к полномочиям соответствующей ветви власти и превысила ли она соответствующие полномочия. Интересно, что в недавних делах суды юрисдикций общего права рассматривали доктрину «политического вопроса» и доктрину «акта государственной власти» так, как будто они подразумевали одно и то же или очень схожее по своей сути.

В деле *United Bank, Ltd. v. Cosmic International, Inc.* суд постановил: «Доктрина “акта государственной власти” в международном праве имеет своим эквивалентом доктрину “политического вопроса” и была создана, чтобы предотвратить вмешательство судов в политические дела иностранных государств». Апелляционный суд девятого округа США постановил: «Доктрина “акта государственной власти” схожа с доктриной “политического вопроса” в национальном праве. Она требует, чтобы суды уважали законодательную и исполнительную власть, когда эти ветви власти имеют лучшие возможности для решения политических вопросов».

Ещё одна проблема, вызывающая вопросы, связана с соотношением суверенитета государства, включая его регуляторную функцию, и так называемым «судебным активизмом» некоторых международных инвестиционных трибуналов. Поэтому проблема, с которой сталкиваются такие суды, заключается в достижении баланса между, с одной стороны, необходимостью защитить законные права и ожидания иностранных инвесторов, а с другой — необходимостью не допустить неправомерного ограничения прав государств по осуществлению их публичных функций.

Значение концепции «justiciability» в международном праве

Применительно к международно-правовым спорам представляется возможным определить три основных аспекта, лежащих в основе судебного невмешательства или его ограничения. Во-первых, это попытка не повредить деятельности государства на международной арене. В этом отношении существует мнение, что исполнительная власть должна действовать быстро и точно, и такие решения не могут подлежать судебному пересмотру. Во-вторых, необходимо избегать того, чтобы судебная власть подчинялась политике. В-третьих, существует потребность в обеспечении такого положения вещей, при котором единственным источником мнения государства является исполнительная власть. Эта необходимость ощущается особо остро в тех областях, где есть риск, что позиция судов, принятая ими в контексте того или иного национального процесса, будет отличаться от позиции, занимаемой исполнительной властью в рамках международного правопорядка (например, недействительность и прекращение действия договоров, признание государств и т. д.). Эти соображения в целом тяжело оспаривать.

Доктрина «акта государственной власти», являющаяся подкатегорией доктрины «политического вопроса», также ассоциируется с концепцией «justiciability». Судья, не желая быть вовлечённым в политический конфликт, должен ограничиться применением международных норм, не создавая новые индивидуальные (или коллективные) права или не допуская эволюционное прочтение уже существующих международных стандартов. Поступая таким образом, суды никогда не смогут посягнуть на чьи-либо интересы в международных делах. Как следствие, суды

должны выработать подходы, обеспечивающие сосуществование принципа «выражения мнения одним голосом» с обязанностью законодательной власти толковать и применять нормы международного права, не вторгаясь в сферы, подведомственные исключительно исполнительной власти.

Вмешательство судебной власти в такие дела может негативно повлиять на важнейшие интересы государства или даже поставить под угрозу само его существование. Поэтому национальные суды пытаются применять концепцию «*justiciability*» в самом начале рассмотрения споров, связанных с международными вопросами, обращаясь к доктринам, которые не позволяют им рассматривать споры по «политическим вопросам» (как данная доктрина сформулирована в странах общего права) или по «политическим актам/актам государственной власти» (как данная доктрина сформулирована в странах континентального права). Хорошо известно, что обе данные доктрины предполагают, что существует политическая сила, чья деятельность не может быть пересмотрена судебной властью.

Точно так же, как решения Совета Безопасности ООН не пересматриваются судебными органами в случае, если такие решения находятся в исключительном ведении «исполнительной» ветви организации, вопросы, находящиеся в исключительном ведении исполнительных органов государства, должны иметь иммунитет от судебного контроля международных судов и трибуналов в соответствии с доктриной «политического вопроса» и связанными с ней концепцией «*justiciability*» и доктриной «акта государственной власти», за исключением ситуации, когда государство согласилось на иное. Именно это позволит поддержать политический нейтралитет международных судов, которые знают о соответствующей практике национальных судов, поскольку соответствующие решения судов являются свидетельством практики государств, которая, в свою очередь, вносит вклад в формирование обычного международного права или свидетельствует о наличии общего принципа права по смыслу статьи 38 Статута Международного Суда.

ЭЙРИК БЬОРГЕ*



Использование доктрин, схожих с доктриной «политического вопроса» и концепцией «justiciability», в международных судах и трибуналах

Есть ли что-то особенное в «политических» спорах с точки зрения международного права?

Уже в первой половине 20-го века сэр Герш Лаутерпахт отметил: «Государство — это политический институт, а потому все касающиеся его вопросы, особенно в отношениях с другими государствами, также являются политическими». На этом основании он не соглашался с мнением о том, что «политические» споры не могут рассматриваться международными судами и трибуналами. В рамках известного политического дела *Никарагуа против США* 1984-го года Международный Суд со ссылкой на своё первое дело по *Инциденту в проливе Корфу* отметил: «Суд никогда не отклонялся от рассмотрения дела только потому, что оно имело политические последствия или содержало элементы применения силы». Позднее это утверждение было повторено в *Консультативном заключении относительно правовых последствий строительства стены на оккупированной палестинской территории*, в котором Международный Суд указал, что невозможно было согласиться с мнением о том, что Суд не обладал юрисдикцией по данному делу, поскольку представленный вопрос имел «политический» характер. Международный Суд сослался на свою устоявшуюся практику, подчеркнув, что наличие «политических» аспектов в том или ином правовом споре не является достаточным основанием для того, чтобы он перестал быть «правовым вопросом», а потому и не лишает суда юрисдикции по рассмотрению дела.

Сравнение национального и международного права

Если бы мы сравнивали подходы национального и международного права, важное различие можно было бы найти в деле 2014-го года *Lord Carlile of Berriew QC*, которое касалось права на свободу слова иранского диссидента в Великобритании. В рамках этого дела лорд Сампшн отметил, что концепция «уважения» (deference) имеет два аспекта: (1) конституционный принцип разделения властей и (2) не

* Профессор юридического факультета Бристольского университета, является автором книг «Эволюционное толкование договоров» (The Evolutionary Interpretation of Treaties, OUP, 2014) и «Внутреннее применение ЕКПЧ» (Domestic Application of the ECHR, OUP, 2015), а в настоящее время вместе с сэром Фрэнком Берманом является соавтором глав о договорах в «Международном праве Оппенгейма» (Oppenheim's International Law, 10th ed., OUP). Профессор Бьорге выступал в качестве эксперта и адвоката в ходе разбирательств в международных судах и трибуналах, в том числе в МЦУИС и трибуналах ЮНСИТРАЛ, Международном Суде и Европейском суде по правам человека.

более чем прагматичный взгляд на доказательную ценность некоторых решений исполнительной власти, сила которых будет меняться в зависимости от конкретного предмета ведения.

Согласно первому аспекту, существуют вопросы, относящиеся к исключительной сфере ведения парламента, исполнительной или судебной власти. Согласно второму, суд может оказаться перед необходимостью определить, что, в принципе, он вправе рассматривать тот или иной вопрос, однако в таком случае он будет должным образом учитывать опыт и суждения того, кто принимает первостепенные решение по соответствующему вопросу. Таким органом может быть в том числе правительственное учреждение, т. е. часть исполнительной власти.

Если проводить, насколько это возможно, подобное различие для целей международного права, то можно было бы заключить, что вопрос о наличии у международного суда или трибунала юрисдикции и/или полномочий по рассмотрению соответствующих вопросов подпадает под первый аспект. А вопросы, касающиеся, например, доктрины свободы усмотрения, подпадают под второй аспект.

Принцип разделения властей в международном праве

Для рассмотрения вопроса разделения властей стоит посмотреть на два недавно вынесенных решения. Первое — решение по делу *Enrica Lexie (Италия против Индии)*, второе — решение по *Спору, касающемуся прав прибрежного государства в Чёрном море, Азовском море и Керченском проливе (Украина против России)*. В обоих делах международные трибуналы столкнулись с необходимостью рассматривать и принимать решение по вопросам, являющимся частью большей картины и необходимым для рассмотрения вопросов, полномочия по рассмотрению которых есть у трибунала. Такая ситуация может закончиться тем, что трибунал выйдет за рамки своей строго определённой юрисдикции, поскольку это позволило бы ему надлежащим образом рассмотреть вопросы, переданные на его рассмотрение сторонами спора.

В деле *Enrica Lexie* трибунал постановил, что он не может дать полноценный ответ на вопрос о том, какая из сторон могла осуществлять юрисдикцию, не изучив попутно вопрос о том, пользуются ли морские пехотинцы иммунитетом. В деле по *Спору, касающемуся прав прибрежного государства в Чёрном море, Азовском море и Керченском проливе Азовское море*, трибунал должен был принять решение о том, является ли спор о суверенитете над Крымским полуостровом в данном деле вопросом, сопутствующим спору о толковании или применении Конвенции ООН по морскому праву, на который может быть распространена его юрисдикция. Трибунал постановил, что спор сторон о суверенитете не является второстепенным вопросом, сопутствующим спору в соответствии с Конвенцией, и указал, что вопрос о суверенитете является предварительным условием для принятия им решения по ряду претензий, представленных Украиной в соответствии с Конвенцией.

Уважение (deference) решений исполнительных органов в международном праве

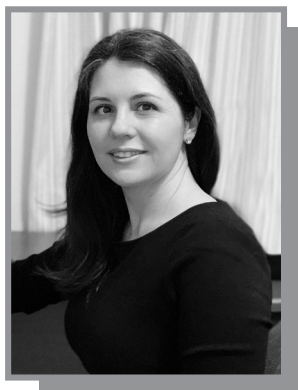
Для рассмотрения вопроса об уважении / должном учёте решений исполнительных

органов в международном праве представляется необходимым обратиться к доктрине свободы усмотрения, которая применяется скорее в контексте рассмотрения фактических обстоятельств дела, а не вопроса о юрисдикции.

В последние годы данная доктрина приобретает всё большее значение в инвестиционном арбитраже. В частности, в деле *Филипп Моррис против Уругвая* трибунал отметил, что «доктрина свободы усмотрения не ограничивается контекстом Европейской конвенции по правам человека и “применяется в равной степени к искам, возникающим в связи с международными инвестиционными соглашениями”, по крайней мере, в контексте вопросов здравоохранения. Ответственность за меры в области общественного здравоохранения возложена на правительство и инвестиционные суды должны уделять больше внимания решениям правительств в отношении национальных потребностей по таким вопросам, как здравоохранение». В этой связи представляется, что в ближайшие годы данный вывод трибунала будет часто использован в спорах, связанных с пандемией COVID-19.

В заключение следует отметить, что было бы полезно и разумно учитывать доктрины, которые развиваются национальными судами, для целей международного права не потому, что международное право по своей структуре похоже на конституционное право национальных правовых систем, а потому, что это диктуется наличием значительного количества схожих черт.

ЛИНДСИ РЕЙМШЮССЕЛЬ*



Подход трибуналов *ad hoc* в сфере урегулирования споров между государством и инвестором к доктрине «политического вопроса»

Многие при использовании термина «политический вопрос» ошибочно полагают, что вопрос является политическим, а потому и не может быть рассмотрен арбитражем, поскольку он может быть политически чувствительным. Однако в сфере международного права или урегулирования споров между государством и инвестором это не так. Главный вопрос состоит в том, является ли суд или арбитражный трибунал надлежащим местом для рассмотрения соответствующего спора или был ли передан такой вопрос в исключительную компетенцию другой, нежели судебной, ветви власти.

Учитывая данный вопрос, необходимым представляется вкратце упомянуть историю возникновения системы урегулирования споров между государством и инвестором. Исторически сложилось так, что у иностранных инвесторов постоянно возникали проблемы в разрешении споров с государствами. Они часто сталкивались с дискриминацией в местных судах, и потому их единственным выходом становилось осуществление права на обращение за дипломатической защитой или разрешение спора между соответствующими государствами. Первый вариант был зачастую недоступен, непоследователен и недостаточен. И отчасти именно из-за желания государств вывести разрешение подобных споров из межгосударственных отношений, чтобы «деполитизировать» процесс, возникла система урегулирования споров между государством и инвестором.

Принимая во внимания этот факт, а также то, что в соответствии с доктриной «политического вопроса» вопросы, находящиеся на рассмотрении политического органа, должны рассматриваться таким органом, а не судебной инстанцией, становится очевидно, что решение обсуждаемой проблемы сводится к наличию согласия государства на рассмотрение того или иного вопроса в суде или

* Юрист по международным спорам, Адвокатское бюро «Иванян и партнёры». Ранее Линдси Реймшюссель представляла инвесторов и государства в арбитражных спорах между инвесторами и государством. Она работала советником в арбитражных спорах в соответствии с правилами МЦУИС, Регламентом для дополнительных структур МЦУИС и правилами ЮНСИТРАЛ. Г-жа Реймшюссель также консультировала потенциальных заявителей по сравнительным преимуществам их требований, а также инвесторов по вопросам структурирования инвестиций для максимальной защиты договоров в сочетании с вопросами налогообложения и корпоративного управления. Г-жа Реймшюссель имеет степень доктора юридических наук Гарвардского юридического факультета и степень бакалавра международных отношений Университета Бригама Янга. До прихода в «Иванян и партнёры» она работала в группе международного арбитража крупной американской юридической фирмы.

арбитражном трибунале. Как следствие, возникают следующие вопросы. Как государство определило сферу полномочий системы урегулирования споров между государством и инвестором? Какие инструменты (двусторонний инвестиционный договор, многосторонний инвестиционный договор и т. д.) дают конкретному трибуналу *ad hoc* полномочия по рассмотрению тех или иных вопросов?

Существует распространённое заблуждение, что только по причине того, что государство согласилось предоставить определённую защиту иностранным инвесторам, оно также согласилось разрешать споры в отношении любых исков, которые могут потенциально подпадать под такую защиту. Но это не так. Как же должен поступить арбитражный трибунал в ситуации, когда возникает «политический вопрос», на рассмотрение которого в арбитраже государство не давало своего согласия?

Ни один инвестиционный трибунал ни разу напрямую не выражал мнение по данному вопросу. Однако можно предположить, какими должны быть возможные действия арбитражного трибунала. В данном контексте может быть полезным обратить внимание на три дела *Corn Syrup*, рассмотренных в соответствии с Североамериканским соглашением о свободной торговле (НАФТА). Согласно занятой в них позиции трибунала, при столкновении с вопросом, согласие на рассмотрение которого таким трибуналом не было дано государством, трибунал должен отказаться от юрисдикции, по крайней мере, до тех пор, пока соответствующий вопрос не будет решён надлежащим органом.

Наконец, в рамках рассматриваемой темы, как представляется, необходимо упомянуть принцип «монетарного золота» — принцип международного права, возникший из концепций согласия и суверенитета государства. В соответствии с данным принципом международный суд или трибунал не может рассматривать вопросы, решение по которым влечёт серьёзные последствия для государства, не являющегося стороной спора. Насколько известно, данный принцип никогда не применялся напрямую. Однако, как представляется, некоторые дела, как, например, *Corn Products International, Inc. v. United Mexican States*, могут положить начало применению этого принципа в сфере урегулирования споров между государством и инвестором в будущем.