

## ТОЛКОВАНИЕ ПОЛОЖЕНИЙ ВРЕМЕННО ПРИМЕНЯЕМЫХ ДОГОВОРОВ ПРИ РАЗРЕШЕНИИ ИНВЕСТИЦИОННЫХ СПОРОВ

**Мальцева Анна Владимировна**

Студент Новосибирского национального исследовательского государственного университета (Новосибирск),  
e-mail: malta2208@gmail.com

*Автор анализирует практику временного применения договоров в Российской Федерации. Особое внимание уделяется толкованию положений о временном применении Договора к Энергетической хартии при разрешении инвестиционных споров с участием России. Рассматриваются аргументы и выводы Гаагского суда при применении соответствующих положений. Автор приходит к заключению о целесообразности временного применения договоров.*

*Ключевые слова: временное применение договоров, инвестиционные споры, толкование договоров, международные суды*

## INTERPRETATION OF PROVISIONALLY APPLIED TREATIES IN INVESTMENT DISPUTES

**Maltseva Anna**

Novosibirsk State University (Novosibirsk),  
e-mail: malta2208@gmail.com

*The author analyzes provisional application of treaties in which the Russian Federation is a state party. Special attention is paid to the interpretation of provisionally applied treaties in investment disputes involving Russia. The author comes to a conclusion about the appropriateness of provisional application of treaties.*

*Key words: provisional application of treaties, investment disputes, interpretation of treaties, international courts*

Возможность применять международный договор на временной основе предусмотрена Венской конвенции о праве международных договоров в 1969 г. (далее – Венская конвенция 1969 г.). Но не так давно этот вопрос приобрел особую актуальность и стал объектом пристального внимания Комиссии международного права ООН (КМП). Так, на 64-й сессии в 2012 г. Комиссия включила в программу работы тему «Временное применение договоров» и назначила специальным докладчиком Х. М. Гомес-Робледо<sup>1</sup>. Разработка этой темы ведется на протяжении двух лет, и в специальных докладах Гомес-Робледо уже прозвучали некоторые выводы.

Комиссия справедливо полагает, что временное применение договоров является вопросом правовой политики, так как от его решения зависит объем принятых государством международных обязательств. Временное применение выходит за рамки ординарного процесса заключения договоров в силу особенностей выражения согласия на такое применение и его правовых последствий. Тем не менее временное применение не отменяет и не замещает обычный порядок договорного процесса. Так, отмечается,

<sup>1</sup> Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи. Шестьдесят седьмая сессия. Дополнение № 10 (A/67/10). П. 267.

что ст. 25 Венской конвенции 1969 г., регулирующая временное применение договора, предусматривает возможность обеспечения правовой безопасности сторон, следовательно, этот режим не умаляет значения обычного порядка выражения согласия на обязательность договоров. Временное применение носит паллиативный характер, направлено на обеспечение интересов сторон до полноценного вступления договора в силу.

Только само государство может выбрать, поощрять или сдерживать практику временного применения<sup>1</sup>, признавать этот принцип или нет, устанавливать ли ограничения. Это решение является сугубо политическим, и никто не может воздействовать на его принятие. С точки зрения международного права государства в каждом случае самостоятельно определяют, применять тот или иной договор на временной основе или нет. Специальный докладчик КМП указал, что практика временного применения договоров весьма распространена<sup>2</sup>, а значит, государства заинтересованы в более подробной регламентации этого процесса, выявлении его особенностей и установлении единых правил.

Для России эта тема особенно важна и с правовой, и с политической точки зрения. Россия неоднократно принимала на себя обязательства в результате временного применения договора, однако не всегда это приводило к ожидаемым и благоприятным последствиям.

Законодательство РФ предусматривает возможность временного применения международных договоров. Соответствующие положения содержатся в Федеральном законе от 15 июля 1995 г. № 101-ФЗ «О международных договорах Российской Федерации», а Конституционный Суд России уделил внимание анализу этой проблемы в Постановлении от 27 марта 2012 г. № 8-П по делу о проверке конституционности п. 1 ст. 23 Федерального закона от 15 июля 1995 г. № 101-ФЗ «О международных договорах Российской Федерации» в связи с жалобой гражданина И. Д. Ушакова.

Несомненно, временное применение международных договоров *per se* не противоречит ни Конституции, ни иным нормативным правовым актам Российской Федерации. Однако на практике порой возникают трудности. Так, Соглашение между СССР и США о линии разграничения морских пространств, подписанное 1 июня 1990 г., но не ратифицированное советской стороной, временно применялось СССР, а теперь применяется Россией на протяжении уже 25 лет. Соответствующая договоренность была достигнута путем обмена нотами между государственным секретарем США Дж. Бейкером и министром иностранных дел СССР Э. Шеварднадзе. Предусмотренная Соглашением линия, разграничивающая между СССР и США районы континентального шельфа, — самая протяженная в мире<sup>3</sup>. Общеизвестно, что такое размежевание не соответствует интересам России, но несмотря на многочисленные попытки оспорить режим временного применения, договор сторонами по-прежнему исполняется.

К числу сложностей, связанных в том числе с временным применением договоров, относится и разбирательство по делам акционеров ОАО «ЮКОС»: «Hulley Enterprises Limited», «Yukos Universal Limited», «Veteran Petroleum Limited» против Российской Федерации. Эти дела находились в производстве Постоянной палаты Третейского суда в Гааге с 2005 г., т. е. в течение почти десяти лет Суд разбирался в обстоятельствах

<sup>1</sup> Доклад Комиссии международного права. Шестьдесят пятая сессия (6 мая — 7 июня и 8 июля — 9 августа 2013 г.) // Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи. Шестьдесят восьмая сессия. Дополнение № 10 (A/68/10). П. 118.

<sup>2</sup> Second report on the provisional application of treaties by Juan Manuel Gómez-Robledo, Special Rapporteur (Geneva, 5 May — 6 June and 7 July — 8 August 2014) // International Law Commission. Sixty-sixth session. A/CN.4/675.

<sup>3</sup> Вылегжанин А. Н. Соглашение между СССР и США о линии разграничения морских пространств 1990 года: разные оценки «временного применения» // URL: <http://www.mgimo.ru/news/experts/document124210.phtml>.

дел, чтобы в июле 2014 г. вынести решения, имеющие для России катастрофические последствия. За пять лет до этого, 30 ноября 2009 г., были вынесены три промежуточные решения по юрисдикции и приемлемости. В тот момент промежуточные решения не привлекли достаточного внимания экспертов, опасность предварительных выводов Суда не была оценена должным образом. Тем неожиданнее и неприятнее оказались для России окончательные решения Гаагского суда.

В декабре 1994 г. Российская Федерация подписала Договор к Энергетической хартии (далее – ДЭХ), но его ратификация была отложена во время парламентских слушаний; в 2009 г. Россия окончательно отказалась ратифицировать ДЭХ, сделав соответствующее заявление. Эксперты расходятся во мнении относительно причин такого решения, но очевидно, что здесь сыграли свою роль политические мотивы; в числе причин отмечалось и желание избежать исков, аналогичных искам по делу ОАО «ЮКОС»<sup>1</sup>. Именно на толковании положений ДЭХ о временном его применении в России, анализе самого принципа, его совместимости с Конституцией и законодательством Российской Федерации сосредоточился Суд в Гааге в промежуточных решениях по делам акционеров ОАО «ЮКОС».

Проанализируем позиции сторон по поводу временного применения ДЭХ и аргументы Суда, изложенные в одном из промежуточных решений по делу «*Yukos Universal Limited*» против Российской Федерации».

Исходный аргумент России в данном деле состоял в том, что временное применение договора противоречит ее Конституции, законам или нормативным актам.

Суд детально рассмотрел ст. 45 ДЭХ, п. 1 которой гласит: «Каждая подписавшая сторона соглашается временно применять настоящий Договор впредь до его вступления в силу для такой подписавшей стороны в соответствии со Статьей 44 в той степени, в которой такое временное применение не противоречит ее конституции, законам или нормативным актам». Суд сделал вывод, что п. 1 закрепляет обязательство временного применения договора подписавшими сторонами, но ограничивает область его действия, так как содержит условие «в той степени» (*to the extent*). Суд не согласился с аргументом истца об эстоппеле, так как поддержка Россией режима временного применения во время переговоров не исключает применения ограничительного условия. Суд заключил, что Россия может ссылаться на ограничительное условие п. 1 ст. 45 ДЭХ, даже если она не делала замечаний по этому поводу ранее или заявлений в соответствии с п. 2 данной статьи.

Особое внимание Суд уделил вопросу о том, какой эффект должно иметь ограничительное условие п. 1 ст. 45. Позиции сторон по этому поводу были предсказуемо различны. Истцы придерживались принципа «Все или ничего», согласно которому следует проверить на соответствие Конституции и законодательству РФ только режим временного применения *per se*. Они обращали внимание Суда на слово «такое» (*such*) в формулировке статьи, указывая, что следует проверять на соответствие Конституции, законам и нормативным актам «такое временное применение» в целом. Таким образом, по мнению истцов, подписавшая сторона соглашается временно применять договор, если это не противоречит внутригосударственному праву стороны. В противном случае сторона может сократить (*decline*) взятые на себя обязательства. У глагола *to decline* есть несколько значений – от «сократить» до «отказать», поэтому в данном случае наличие или отсутствие противоречия этой позиции принципу «Все или ничего» зависит от эквивалентного перевода.

Ответчик утверждал, что в силу ограничительного условия каждое положение ДЭХ следует согласовывать с положениями Конституции, законов и нормативных актов.

<sup>1</sup> Конопляник А. А. Выход России из временного применения ДЭХ: возможные причины и ожидаемые последствия, в том числе для взаимоотношений с ЕС: доклад на конференции «Сотрудничество между Россией и ЕС в области энергетики и по вопросам изменения климата» (Москва, 23 октября 2009 г.).

Им была высказана следующая позиция: в буквальном смысле словосочетание «в той степени» указывает на объем временного применения. Выбор именно этого словосочетания выражает намерение сторон использовать то или иное положение, только если оно соответствует нормам внутреннего права. Если бы стороны решили, что ДЭХ может применяться или полностью, или не применяться совсем, они бы употребили союз «если» (*if*), который не оставляет вариантов для толкования. Кроме того, заявил ответчик, трудно поверить, что сторона изначально согласилась бы на временное применение, если бы сам этот принцип противоречил Конституции или законам. Переговорный процесс также проводился с учетом того, что порядок временного применения договоров зависит от внутригосударственных особенностей. Практика государств подтверждает именно такое толкование п. 1 ст. 45 ДЭХ. Так, Государственный секретарь по иностранным делам Соединенного Королевства отметил, что Россия как сторона временно применяемого ДЭХ «имеет некоторые обязательства в той степени, в которой они не противоречат Конституции, законам или нормативным актам».

В поддержку позиции ответчика можно привести и еще один аргумент. Общепринятое название условия «в той степени» — «ограничительное условие» (*limitation clause*). Обратившись к толкованию термина в словаре (причем к тому же источнику, к которому позднее обратился Суд), можно выяснить, что *limitation* — это процесс установления ограничений (*limits*); а «ограничение» в свою очередь — это степень (силы, права, власти и т. д.)<sup>1</sup>, размер. Условие называется именно ограничительным, а не отменяющим, следовательно, оно лишь ограничивает временное применение договора в отношении некоторых положений, но не исключает его. Именно такое понимание положений ст. 45 ДЭХ справедливо.

Суд в целом поддержал позицию истцов, решив, что Российская Федерация согласилась временно применять ДЭХ *полностью*, если само временное применение не противоречит ее Конституции или законам. Но Суд расширил аргументацию этого вывода, акцентировав внимание на словосочетании «такое временное применение». Слово «такое» в соответствии с определением нескольких толковых словарей означает «что-то, только что упомянутое», и Суд отнес это местоимение к договору. Следовательно, п. 1 ст. 45 нужно читать так: «...в той степени, в которой временное применение Договора не противоречит Конституции, законам или нормативным актам». В обычном понимании фраза «временное применение договора» подразумевает временное применение договора в целом, а не отдельных его положений; таким образом, ограничительное условие действует по принципу «Все или ничего»: договор либо применяется полностью, либо не применяется. Тем не менее представляется разумным настаивать на несовместимости принципа «Все или ничего» и словосочетания «в той степени». Как бы ни обосновывал свою позицию Суд, невозможно игнорировать то, что степень предполагает дифференциацию, а принцип «Все или ничего» ее отрицает. Кроме того, фраза «временное применение договора» в обычной трактовке означает применение положений договора, регламентирующих соответствующий режим, а в ДЭХ был установлен особый порядок временного применения.

Применение принципа «Все или ничего», как утверждал Суд, зависит от соответствия *принципа* временного применения внутреннему праву стороны договора. В силу ст. 27 Венской конвенции 1969 г. «участник не может ссылаться на положения своего внутреннего права в качестве оправдания для невыполнения им договора». Данный принцип препятствует такому толкованию п. 1, которое разрешало бы государству-стороне договора, признавшему режим временного применения, избегать выполнения вытекающих из договора обязательств на том основании, что одно или несколько положений договора противоречат внутреннему праву. Разрешить государству модулиро-

<sup>1</sup> *Garner B. A. Black's Law Dictionary. 7<sup>th</sup> ed. St. Paul, 1999. Section L. P. 949.*

вать обязательство о временном применении в зависимости от соответствия его внутреннего права отдельным положениям договора — значит подрывать принцип, в силу которого временное применение создает «связывающие» обязательства.

Следовательно, Суд отметил, что временное применение является вопросом международного публичного права. Однако этот вывод не отвечает сложившейся практике государств в данной сфере. Специальный докладчик КМП пришел к иному заключению: временное применение международных договоров — это вопрос как международного публичного, так и внутригосударственного права. В докладе акцент сделан на намерении государств подчеркнуть, что решение о временном применении договора, включая форму выражения согласия на его применение, должно приниматься в строгом соответствии с внутригосударственным правом<sup>1</sup>. Неразумно рассматривать временное применение как вопрос исключительно международного права.

Суд многократно пояснял, что в силу ст. 27 Венской конвенции 1969 г. стороны не могут ссылаться на положения внутреннего права в качестве оправдания для невыполнения ими обязательств, вытекающих из договора. Однако очевидно, что если договором предусматривается особый режим временного применения, который в определенной степени зависит от норм национального права, то неисполнение обязательств, не предусмотренных этим режимом (исполнение только предусмотренных обязательств), нельзя рассматривать как невыполнение договора.

Суд подчеркнул значение основополагающего принципа права международных договоров *pacta sunt servanda*, отметив, что временное применение влечет те же правовые последствия, что и вступление договора в силу, а именно обязательство выполнять договор. Большинство ученых придерживаются мнения, что временно применяемые международные договоры юридически обязательны. Такая позиция подтверждается подготовительными материалами Венской конвенции 1969 г., практикой государств, международными арбитражными решениями и постановлениями внутригосударственных судов. Но есть и исследователи, которые не придают временно применяемым договорам обязательной силы, не распространяя на них действие принципа *pacta sunt servanda* или относя такие договоры к так называемому мягкому праву, однако не будем останавливаться на этой позиции. С тезисом об обязательности временно применяемых договоров невозможно не согласиться, исполнение всех их положений охватывается принципом *pacta sunt servanda*, и коллизий в этом случае не возникает.

Суд обратил внимание на то, что не следует комбинировать международное и внутреннее право и ставить исполнение международно-правового обязательства в зависимость от внутреннего права. Это породило бы неопределенность и неустойчивость в международных делах. Договор не должен трактоваться как допускающий такую ситуацию, если только из него прямо не следует противоположное. Пункт 1 ст. 45 ДЭХ, по мнению Суда, предполагает установление соответствия принципа временного применения Конституции и законам России. Россия признает данный принцип (ст. 23 ФЗ «О международных договорах Российской Федерации»). Таким образом, ДЭХ временно применялся в России до тех пор, пока она в соответствии с п. 3 ст. 45 не заявила о намерении не становиться его стороной в 2009 г. Представляется, что из положений ДЭХ следует такое понимание временного применения, которое позволяет принимать на себя только те обязательства, которые соответствуют конституции и законодательству.

Суд последовательно доказывал, что договор, в отношении которого действует режим временного применения, должен исполняться полностью. Суд не отрицал, что стороны договора вправе согласиться на любой особый режим, применяемый к договору, в том числе такой, при котором каждая сторона могла бы самостоятельно модулировать совокупность своих обязательств в зависимости от их совместимости с положениями внутригосударственного права. Соглашение об особом режиме долж-

<sup>1</sup> Second report on the provisional application of treaties. P. 17.



но быть эксплицитно выражено. Суд не усмотрел в положениях ст. 45 ДЭХ явного закрепления возможности частичного применения договора и продолжал настаивать на утверждении принципа «Все или ничего», рассматривая договор исключительно как монолитный сплав обязательств. Но, как отмечается во втором докладе КМП по вопросам временного применения договоров, практика государств (довольно богатая) свидетельствует о возможности частичного временного применения. Например, Соединенные Штаты приводят перечень временно применяемых договоров, исполняемых полностью или частично. В числе частично временно применяемых договоров есть договоры с положениями о применении, которое зависит от внутреннего законодательства, конкретных условий приемлемости, исключений<sup>1</sup>. Даже основополагающая ст. 25 Венской конвенции 1969 г. устанавливает возможность временного применения договора как полностью, так и частично: «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»<sup>2</sup>. Итак, вопреки выводам Суда, сама возможность временного применения отдельных положений договора в полной мере соответствует международному публичному праву и не является недобросовестной попыткой избежать принятия на себя обязательств.

Договоренность о временном применении может воплощаться в различных формах, но в любом случае это соглашение, которое вступило в силу и породило определенные обязательства<sup>3</sup>. В Докладе по вопросам временного применения были систематизированы способы возникновения обязательств вследствие временного применения. В частности, обязательство временного применения ДЭХ возникает с момента его подписания, так как сам договор содержит положения, регламентирующие данный порядок.

В обоснование своей позиции Суд ссылаясь на промежуточное решение по делу «Кардассопулос против Грузии», вынесенное Международным центром по урегулированию инвестиционных споров, где было применено идентичное толкование положений ст. 45 ДЭХ<sup>4</sup>. Примечательно, что и в деле Кардассопулоса, и в делах акционеров ОАО «ЮКОС» председателем судебного состава был Л. Ив Фортье, знаменитый канадский юрист с богатым опытом и многочисленными почетными званиями. Получается, что в одном деле судебный состав под его председательством определенным образом истолковал положения п. 1 ст. 45 ДЭХ, а затем в другом деле суд с этим же председателем во главе сослался на это решение. Сомнения в беспристрастности судебного состава вызывают и другие факты. Большая часть решений инвестиционных арбитражей была вынесена группой из 15 арбитров, которые участвуют в инвестиционных спорах в разном качестве. Два представителя этой группы привлекались к рассмотрению дел акционеров ОАО «ЮКОС» (уже упомянутый Л. Ив Фортье и С. Швель). Они являются партнерами в юридических фирмах и входят в совет директоров крупнейших ТНК<sup>5</sup>.

При внимательном анализе положений ст. 45 ДЭХ можно сделать вывод, что в самом договоре предусмотрено временное применение его части до вступления документа в силу. Это подтверждают и практика государств, и доктринальные исследования в области временного применения договоров. Вместе с тем нельзя не отметить

<sup>1</sup> Second report on the provisional application of treaties.

<sup>2</sup> URL: [http://www.un.org/ru/documents/decl\\_conv/conventions/law\\_treaties.shtml](http://www.un.org/ru/documents/decl_conv/conventions/law_treaties.shtml).

<sup>3</sup> Осминин Б. И. Временное применение международных договоров: практика государств // URL: <http://of-law.ru/stati/vremennoe-primenenie-mezhdunarodnykh-dogovorov-praktika-gosudarstv.html>.

<sup>4</sup> Decision on Jurisdiction. ICSID. Case № ARB/05/18. *Ioannis Kardassopoulos v. Georgia*.

<sup>5</sup> Исполниов А. С. Гага и ЮКОС: решение, которое может похоронить современный инвестиционный арбитраж // URL: [http://zakon.ru/Blogs/gaaga\\_i\\_yukos\\_reshenie\\_kotoroe\\_mozhet\\_poxoronit\\_sovremennyj\\_investicionnyj\\_arbitrazh/13596/90122](http://zakon.ru/Blogs/gaaga_i_yukos_reshenie_kotoroe_mozhet_poxoronit_sovremennyj_investicionnyj_arbitrazh/13596/90122).

стройное и аргументированное построение рассуждений Суда. Тем удивительнее, что Суд пришел к выводам, не вполне коррелирующим с высказанными ранее тезисами.

Временное применение как принцип, способствующий обеспечению правовой безопасности сторон договора, несомненно полезно. Однако в договорах необходимо указывать на возможность временного применения, а затем подробно регламентировать его порядок, чтобы исключить вероятные разночтения. Стороны договора в свою очередь должны приложить максимальные усилия для ясного выражения своей воли. Тем не менее множество уже заключенных договоров содержат положения о временном применении и его условиях. При их толковании следует руководствоваться общими правилами, предусмотренными Венской конвенцией 1969 г., принимая во внимание цель и объект договора и его временного применения, намерения сторон возложить на себя международные обязательства и сложившуюся практику реализации соответствующего принципа.

### Библиография

Decision on Jurisdiction. ICSID. Case № ARB/05/18. *Ioannis Kardassopoulos v. Georgia*.

*Garner B. A.* Black's Law Dictionary. 7<sup>th</sup> ed. St. Paul, 1999. Section L.

Second report on the provisional application of treaties by Juan Manuel Gómez-Robledo, Special Rapporteur (Geneva, 5 May – 6 June and 7 July – 8 August 2014) // International Law Commission. Sixty-sixth session. A/CN.4/675.

Венская конвенция о праве международных договоров // URL: [http://www.un.org/ru/documents/decl\\_conv/conventions/law\\_treaties.shtml](http://www.un.org/ru/documents/decl_conv/conventions/law_treaties.shtml).

*Вылегжанин А. Н.* Соглашение между СССР и США о линии разграничения морских пространств 1990 года: разные оценки «временного применения» // URL: <http://www.mgimo.ru/news/experts/document124210.phtml>.

Доклад Комиссии международного права. Шестьдесят пятая сессия (6 мая – 7 июня и 8 июля – 9 августа 2013 г.) // Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи. Шестьдесят восьмая сессия. Дополнение № 10 (A/68/10).

*Исполинов А. С.* Гаага и ЮКОС: решение, которое может похоронить современный инвестиционный арбитраж // URL: [http://zakon.ru/Blogs/gaaga\\_i\\_yukos\\_reshenie\\_kotoroe\\_mozhet\\_pohoronit\\_sovremennyj\\_investicionnyj\\_arbitrazh/13596/90122](http://zakon.ru/Blogs/gaaga_i_yukos_reshenie_kotoroe_mozhet_pohoronit_sovremennyj_investicionnyj_arbitrazh/13596/90122).

*Конопляник А. А.* Выход России из временного применения ДЭХ: возможные причины и ожидаемые последствия, в том числе для взаимоотношений с ЕС: доклад на конференции «Сотрудничество между Россией и ЕС в области энергетики и по вопросам изменения климата» (Москва, 23 октября 2009 г.).

*Осминин Б. И.* Временное применение международных договоров: практика государств // URL: <http://of-law.ru/stati/vremennoe-primenenie-mezhdunarodnykh-dogovorov-praktika-gosudarstv.html>.

Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи. Шестьдесят седьмая сессия. Дополнение № 10 (A/67/10).