

## ОБЩИЕ ИСКЛЮЧЕНИЯ В ДВУСТОРОННИХ ИНВЕСТИЦИОННЫХ ДОГОВОРАХ: ПРОБЛЕМЫ И ПЕРСПЕКТИВЫ

М. В. Тарасов

Национальный исследовательский университет  
«Высшая школа экономики»

## GENERAL EXCEPTION CLAUSES IN BILATERAL INVESTMENT TREATIES: PROBLEMS AND PERSPECTIVES

M. V. Tarasov

*National Research University «Higher School of Economics»*

**Аннотация:** рассматриваются понятие и применимость общих исключений из обязательств принимающего инвестицию государства с целью охраны здоровья или окружающей среды. Автор концентрируется на содержательном аспекте общих исключений в двусторонних инвестиционных договорах и практике применения таких положений международными инвестиционными трибуналами на примере дел *Copper Mesa Mining v. Ecuador*, *Bear Creek v. Peru* и *Eco Oro v. Columbia*. Проводится параллель с концептуально схожими общими исключениями в праве ВТО. Рассматриваются разные варианты толкования исключения и их влияние на присуждение компенсации иностранному инвестору. Сформулирован вывод о том, что несмотря на активное включение таких положений в современные двусторонние инвестиционные договоры, практика инвестиционных трибуналов серьезно ограничила их применимость.

**Ключевые слова:** международное инвестиционное право, двусторонний инвестиционный договор, общее исключение, инвестиционный арбитраж.

**Abstract:** they are the concept and applicability of the general exception to the obligations of the host state are considered, focusing on the substantive aspect of exception clauses in bilateral investment treaties and the practice of application of these clauses by international investment arbitrations in *Copper Mesa Mining v. Ecuador*, *Bear Creek v. Peru* and *Eco Oro v. Columbia*. A parallel is drawn with a conceptually similar general exception in WTO law. Different interpretations of the exception and their impact on the award of compensation to a foreign investor are considered. It is concluded that despite the proliferation of exceptions in modern bilateral investment treaties, the jurisprudence of investment tribunals has seriously limited their practical applicability.

**Key words:** international investment law, bilateral investment treaty, general exception, investment arbitration.

Международное инвестиционное право основано на «лоскутном одеяле»<sup>1</sup> двусторонних инвестиционных договоров о защите и поощрении капиталовложений, которые также называют «двусторонними инвестиционными догово-

рами». Они заключаются между двумя государствами, и когда инвестор из государства происхождения вкладывает капитал в иностранном принимающем государстве, этим инвестициям предоставляется защита. В настоящее время действуют 2222 таких договора<sup>2</sup>. Если инвестиция подвергается неблагоприятному обращению

<sup>1</sup> См.: *Born G. BITs, BATs and Buts : Reflections on International Dispute Resolution*. P. 4 // URL: [https://www.bch.pt/Extract\\_YAR%20-%20Young%20Arbitration%20Review%20-%20Edition%2013.pdf](https://www.bch.pt/Extract_YAR%20-%20Young%20Arbitration%20Review%20-%20Edition%2013.pdf) (дата обращения: 15.02.2024).

© Тарасов М. В., 2025

<sup>2</sup> См.: UNCTAD. International Investment Agreement Navigator. URL: <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/> (дата обращения: 10.05.2024).

или экспроприируется, инвестор имеет право на обращение в международный арбитраж<sup>3</sup>. Эта система называется урегулированием споров между инвесторами и государством (*investor-State dispute settlement, ISDS*).

Настоящая статья концентрируется на одном из положений двусторонних инвестиционных договоров – общих исключениях. Изначально двусторонние инвестиционные договоры защищали исключительно интересы иностранных инвесторов. В последние десять лет возникло «второе поколение»<sup>4</sup> двусторонних инвестиционных договоров, которые принимают во внимание также интересы принимающего государства. Именно общие исключения являются наиболее распространенным положением договоров «второго поколения»<sup>5</sup>. Так, в период с 2011 по 2016 г. такие положения содержались в 43 % заключенных договоров, в период с 2020 г. – уже в каждом договоре<sup>6</sup>.

В данной статье сначала рассматривается типовая формулировка общих исключений, дается характеристика ключевых академических работ, а потом комментируются три арбитражных спора, в которых исключение было применено, при этом его толкование инвестиционными трибуналами разошлось с тем, которое было ожидалось договаривающимися государствами. Выработанные правовые позиции неизбежно повлияют и на другие споры со схожими фактами, особенно в ресурсодобывающей индустрии.

### 1. Положение об исключении в международном инвестиционном праве

Задействовав положение об исключении, государство может принять ограничительную меру, которая иначе бы нарушала права иностранного инвестора, но в силу ее общественной цели является допустимой. По сути, исключе-

<sup>3</sup> См.: *Данельян А.* Международно-правовой режим иностранных инвестиций : дис. ... д-ра юрид. наук. М., 2016. С. 367.

<sup>4</sup> Подробнее о «втором поколении» двусторонних инвестиционных договоров см.: *Русинова В., Тарасов М.* «Если звезды зажигают – значит – это кому-нибудь нужно» : новая правозащитная функция двусторонних инвестиционных договоров // Международное правосудие. 2021. № 2 (38).

<sup>5</sup> См.: *Bakry A.* Treaty Exclusions. URL: <https://jusmundi.com/en/document/publication/en-treaty-exclusions> (дата обращения: 15.02.2024).

<sup>6</sup> См.: *Henckels C.* Should Investment Treaties Contain Public Policy Exclusions? // Boston College Law Review. 2018. № 59 (8).

чения создают для государства пространство для регулирования. Идея исключения в международном инвестиционном праве опирается<sup>7</sup> на схожее понятие в праве ВТО, закрепленное в ст. XX Генерального соглашения по тарифам и торговле (ГАТТ)<sup>8</sup>.

Исторически, уже в 1960-х гг. в двусторонних инвестиционных договорах Германии с Малайзией<sup>9</sup>, Кот-д’Ивуаром<sup>10</sup>, Руандой<sup>11</sup>, упоминалась защита здоровья населения (фр.: *santé public*) как основание для применения законных ограничительных мер со стороны принимающего государства. В 1970–1980 гг. Германия продолжила эту практику, заключив соглашения с Сингапуром<sup>12</sup> и Египтом<sup>13</sup>. В позднейшем из вступивших в силу двусторонних инвестиционных договоров Германии с Иорданией в 2007 г. это положение также встречается<sup>14</sup>.

<sup>7</sup> См.: *Brew R.* Exception Clauses in International Investment Agreements as a Tool for Appropriately Balancing the Right to Regulate with Investment Protection // Canterbury Law Review. 2019. № 25. P. 206.

<sup>8</sup> Генеральное соглашение по тарифам и торговле от 30 октября 1947 г., ст. XX: «При условии, что такие меры не применяются таким образом, который мог бы стать средством произвольной или неоправданной дискриминации между странами, в которых преобладают одинаковые условия, или скрытым ограничением международной торговли, ничто в настоящем Соглашении не препятствует принятию или применению любой договаривающейся стороной мер: (а) необходимых для защиты общественной морали; (б) необходимых для защиты жизни или здоровья человека, животных и растений».

<sup>9</sup> См.: *Germany – Malaya* BIT. 1960. Understanding. URL: [https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/1365/download\\_\(дата обращения: 15.02.2024\)](https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/1365/download_(дата обращения: 15.02.2024)).

<sup>10</sup> См.: *Germany – Côte d’Ivoire* BIT. 1966. Protocole, Art. 2(a). URL: [https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/846/download\\_\(дата обращения: 15.02.2024\)](https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/846/download_(дата обращения: 15.02.2024)).

<sup>11</sup> См.: *Germany – Rwanda* BIT. 1967. Protocole, Art. 2(b). URL: [https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/1401/download\\_\(дата обращения: 15.02.2024\)](https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/1401/download_(дата обращения: 15.02.2024)).

<sup>12</sup> См.: *Germany – Singapore* BIT. 1973. Protocol, 3(b). URL: [https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/1413/download\\_\(дата обращения: 15.02.2024\)](https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/1413/download_(дата обращения: 15.02.2024)).

<sup>13</sup> См.: *Germany – Egypt* BIT. 1974. Protocol, 2(a). URL: [https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/1073/download\\_\(дата обращения: 15.02.2024\)](https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/1073/download_(дата обращения: 15.02.2024)).

<sup>14</sup> См.: *Germany – Jordan* BIT. 2007. Protocol, 3(a). URL: [https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/1347/download\\_\(дата обращения: 15.02.2024\)](https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/1347/download_(дата обращения: 15.02.2024)).

Общее исключение может быть сформулировано, например, следующим образом: «Положения настоящего Соглашения никоим образом не ограничивают право любой из Договаривающихся Сторон принимать любые меры [...], необходимые для охраны природных и физических ресурсов или здоровья человека, при условии, что такие меры не применяются таким образом, который представлял бы собой средство произвольной или необоснованной дискриминации» (здесь и далее перевод мой. – M. T.)<sup>15</sup>.

Таким образом, общее исключение содержит три компонента: общественная цель введенной меры, необходимость меры для достижения цели, а также отсутствие произвольности в действиях государства. Предлагая ориентиры, к которым могут быть привязаны соображения общественного интереса, исключение требует от состава арбитража оценки нормативно-правового пространства принимающего государства<sup>16</sup>.

Сфера применения положения об исключениях вызывает споры в научных кругах. Некоторые исследователи считают ее кодификацией существующей доктрины «полицейских полномочий»<sup>17</sup>, способной сдержать состав арбитража, если тот «не желает [...] должным образом сбалансировать защиту инвестиций с законным вмешательством государства»<sup>18</sup>. Согласно другой позиции, общее исключение иерархически выше, чем стандарты по защите инвестиций. Чтобы общее исключение имело правовой эффект, его содержание должно быть шире, чем «полицейские полномочия», которые входят в содержание запрета экспроприации и допустимы в качестве способа сбалансировать интересы инвестора и принимающего государства<sup>19</sup>. Таким

<sup>15</sup> См.: Argentina – New Zealand BIT. 1999. Art. 5. URL: <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/108/download> (дата обращения: 15.02.2024).

<sup>16</sup> См.: Newcombe A. General Exceptions in International Investment Agreements. URL: [https://www.biicl.org/files/3866\\_andrew\\_newcombe.pdf](https://www.biicl.org/files/3866_andrew_newcombe.pdf) (дата обращения: 15.02.2024).

<sup>17</sup> См.: Legum B., Petculescu I. GATT Article XX and International Investment Law // Echandi R., Sauve P. (eds), Prospects in International Investment Law and Policy – World Trade Forum. Cambridge University Press, 2013. P. 362.

<sup>18</sup> Kurtz J. The WTO and International Investment Law. Cambridge University Press, 2016. P. 183.

<sup>19</sup> См.: Alschner W., Hui K. Missing in Action : General Public Policy Exceptions in Investment Treaties // Sachs L., Coleman J., Johnson J. (eds.), Yearbook on International Investment Law and Policy, Oxford University Press, 2018. P. 11.

образом, можно предположить, что практика инвестиционных трибуналов по двусторонним договорам, которые содержат общее исключение, должна существенно отличаться от практики по договорам, которые его не содержат.

## 2. Подходы к толкованию положений об исключении

Распространение положений об исключениях не устраниет неопределенность в их толковании. В 2013 г. отмечалось, что «общие исключения имеют непростые отношения со стандартами обычного международного права, и их перенос из сферы международной торговли в инвестиционные договоры может иметь непредвиденные последствия»<sup>20</sup>. Полагается, что это предсказание оказалось верным. Несмотря на то что упомянутый перенос оказался вполне успешным и общие исключения вошли в содержание современных двусторонних инвестиционных договоров, в решениях инвестиционных трибуналов нет успешных примеров применения общих исключений.

В литературе отмечалось, что сама идея исключений из обязательства по защите прав инвестора показывает, что общественный интерес имеет вторичное значение: «[е]сли [...] цель инвестиционного режима заключается в обеспечении устойчивого экономического развития, то из этого следует, что защита инвестиций должна рассматриваться как средство достижения этой цели, которая должна быть сбалансирована с автономией правительства в достижении других целей, способствующих повышению благосостояния, таких как охрана здоровья и окружающей среды. Рассмотрение законов и других действий правительства, направленных на повышение общественного благосостояния, как исключения, а не как чего-то, что происходит в ходе обычной деятельности правительства, подрывает эту цель»<sup>21</sup>.

Существует и противоположное мнение, согласно которому правильная интерпретация основных стандартов исключает необходимость в специальной норме об исключениях: «недискриминационное законодательство в интересах общественного благосостояния, принятое и применяемое прозрачным, неконфискационным,

<sup>20</sup> Newcombe A. The Use of General Exceptions in IIAs : Increasing Legitimacy or Uncertainty? // Levesque C. Improving International Investment Agreements. Routledge. 2014. P. 440.

<sup>21</sup> Henckels C. Op. cit.

соответствующим предыдущим обязательствам государства и в соответствии с надлежащей правовой процедурой, редко должно требовать исключения»<sup>22</sup>.

До середины 2010-х гг., когда появилась арбитражная практика применения общих исключений, дискуссия о их содержании оставалась сугубо теоретической. Представляется, что серия недавних арбитражных решений, пусть и не внесла окончательную ясность в понимание общих исключений, но тем не менее указала на вектор развития.

### **3. Положение об исключении в практике инвестиционных арбитражей**

Первым спором, где государство ссыпалось на содержащееся в двустороннем соглашении положение об исключении, стало дело *Copper Mesa Mining v. Ecuador*<sup>23</sup>, в котором Эквадор отозвал лицензию на осуществление деятельности, ссылаясь на несоответствие деятельности инвестора интересам местных сообществ.

Применимое положение об исключении гласило, что «[п]ри условии, что такие меры не применяются произвольным или неоправданным образом [...], ничто в настоящем Соглашении не должно толковаться как препятствующее [...] принимать меры, [...] необходимые для охраны жизни или здоровья человека, животных или растений»<sup>24</sup>.

Тем не менее арбитражный трибунал решил, что меры, принятые против *Copper Mesa Mining*, были приняты «произвольно и без надлежащей правовой процедуры», поэтому обязательное условие вводной части статьи (фр.: *chapeau*<sup>25</sup>) не было выполнено. Соответственно, в *Copper Mesa Mining* общее исключение не было применено. Та «произвольность», которая, по мнению трибунала, помешала применить общее исключение, состояла в недоступности для инвестора внутренних средств правовой защиты<sup>26</sup>. При

<sup>22</sup> Vandervelde K. J. Rebalancing Through Exceptions // Lewis & Clark Law Review. 2013. № 17(2). P. 459.

<sup>23</sup> См.: PCA. *Copper Mesa Mining Corporation v The Republic of Ecuador. Case No. 2012-2. Award. 15 March 2016.*

<sup>24</sup> Canada – Ecuador BIT. 1996. Article XVII. URL: <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/609/download> (дата обращения: 15.02.2024).

<sup>25</sup> См.: Бикмаметова Р. Когда разрешённое невозможно : введение к статье ХХ ГАТТ в толковании Органа по разрешению споров ВТО // Международное правосудие. 2016. № 2 (18). С. 87–94.

<sup>26</sup> См.: *Copper Mesa Mining. § 6.56.*

этом вопрос соблюдения государством стандартов защиты инвестиции и вопрос применения исключения из такого стандарта были рассмотрены Трибуналом не поэтапно, а совместно<sup>27</sup>, и отсутствие надлежащих средств правовой защиты стало основанием как для неприменения исключения, так и для основного нарушения. Логика трибунала оказалась кольцевой: общее исключение может оправдывать только те меры, которые не были приняты с нарушением надлежащей правовой процедуры, но, если мера была принята с соблюдением правовой процедуры, ей не потребуется исключение<sup>28</sup>.

Вторым делом, в котором трибунал рассмотрел положение об общих исключениях, стало *Bear Creek v. Peru*<sup>29</sup>, и в нем логика решения *Copper Mesa Mining* была подтверждена. Дело касалось канадской компании *Bear Creek* и ее деятельности по добыче серебряной руды. Сначала правительство Перу выдало *Bear Creek* лицензию на разведку природных ресурсов, но в конечном итоге отозвало ее. Разрешение на концессию было отозвано, и истец инициировал разбирательство в инвестиционном арбитраже. Примененное в деле исключение соответствовало устоявшемуся в практике<sup>30</sup>.

Новым шагом решения *Bear Creek* по сравнению с *Copper Mesa Mining* стала правовая позиция относительно соотношения общих исключений по международному договору и концепции «полицейских полномочий» в общем международном праве, которая прежде рассматривалась как проблематичная в юридической литературе. По мнению трибунала, к отношениям сторон применимы исключительно общие исключения как норма международного договора, а применимость международного обычая была исключе-

<sup>27</sup> См.: Там же. § 6.52–6.68.

<sup>28</sup> См.: Berge T. L., Alschner W. Reforming Investment Treaties: Does Treaty Design Matter? // [https://www.iisd.org/itn/en/2018/10/17/reforming-investment-treaties-does-treaty-design-matter-tarald-laudal-berge-wolfgang-alschner/#\\_ftnref13](https://www.iisd.org/itn/en/2018/10/17/reforming-investment-treaties-does-treaty-design-matter-tarald-laudal-berge-wolfgang-alschner/#_ftnref13)

<sup>29</sup> См.: ICSID. *Bear Creek Mining Corporation v Republic of Peru. Case No. ARB/14/21. Award. 30 November 2017.*

<sup>30</sup> Соглашение о свободной торговле между Канадой и Перу, ст. 2201: «[п]ри условии, что такие меры не представляют собой произвольную или неоправданную дискриминацию [...], ничто в настоящем Соглашении не должно толковаться как препятствующее Стороне принимать или обеспечивать соблюдение мер, необходимых [...] для защиты жизни или здоровья человека, животных или растений, которые, как понимают Стороны, включают экологические меры».

на, а значит, «нет необходимости вступать в дискуссию относительно [...] «полицейских полномочий»<sup>31</sup>. Таким образом, положение об исключении было признано *lex specialis* по отношению к международному обычному праву<sup>32</sup>. Трибунал установил, что надлежащая процедура не была соблюдена, и, таким образом, мера не соответствовала положениям вводной части статьи<sup>33</sup>, еще раз закрепив подход *Copper Mesa Mining*.

Однако состав арбитража пошел дальше и заявил, что, «поскольку исключение не предусматривает освобождения от обязанности выплатить компенсацию за экспроприацию, ответчик также не смог объяснить, почему для защиты человеческой жизни было необходимо не предлагать компенсацию»<sup>34</sup>. Это означает, что даже успешная ссылка на положение об исключениях не защитит государство от выплаты компенсации, хотя смысл общих исключений состоит именно в этом, так как они исключают ответственность государства за деяние, которое в противном случае было бы противоправным. Упомянутая трибуналом «необходимость не предлагать компенсацию» создает ситуацию, в которой общее исключение теряет эффект, так как вряд ли возможна ситуация, при которой именно выплата компенсации имеет влияние на достижение общественной цели.

Наиболее современным является дело 2021 г. *Eco Oro v Colombia*<sup>35</sup>, в котором канадская горнодобывающая компания инициировала инвестиционный арбитраж в связи с косвенной экспроприацией золотого рудника. Особенностью проекта было то, что он был частично расположен в районе Парамо-де-Сантурбан (парамо – это высокогорные экосистемы, играющие центральную роль в поддержании биоразнообразия)<sup>36</sup>. Это расположение и послужило основанием для частичного отказа в концессии, поскольку деятельность Eco Oro была несовместима с сохранением экосистемы.

Состав арбитража установил нарушение минимального стандарта обращения, включающего справедливое и равноправное обращение, по-

скольку Колумбия в течение продолжительного периода не смогла создать предсказуемую правовую базу<sup>37</sup>. Колумбия прибегла к исключению, сформулированному идентично рассмотренному в деле *Bear Creek*<sup>38</sup>.

Трибунал пришел к выводу, что «ни защита окружающей среды, ни защита инвестиций не находятся в подчиненном положении по отношению друг к другу, они должны сосуществовать»<sup>39</sup>. Далее арбитры посчитали, что, хотя государство может принять или ввести в действие меру в соответствии с заявленными целями, это не мешает инвестору утверждать, что такая мера дает ему право на выплату компенсации, опираясь на решение по делу *Bear Creek*<sup>40</sup>.

Однако не сумев истолковать оговорку об исключении так, как ее понимали Договаривающиеся стороны, в своем решении трибунал фактически свел на нет юридический эффект исключения, сделав его бесполезным для целей предоставления принимающим государствам пространства для регулирования. При таком применении исключения в международном инвестиционном праве неясно, в чем был эффективный правовой смысл включать его в текст двустороннего договора.

Подход в деле *Eco Oro* был раскритикован некоторыми комментаторами как «смертельно ошибочный» (“dead wrong”)<sup>41</sup>. Отмечалось, что состав арбитража не смог убедительно обосновать источник обязательства по выплате компенсации при применимости положения об исключении<sup>42</sup>. В самой Канаде подход трибунала был охарактеризован как «ложные мечты и пустые обещания»<sup>43</sup>, отмечалась неспособность

<sup>37</sup> См.: *Eco Oro*. § 642.

<sup>38</sup> См.: Canada – Colombia FTA. 2008. Article 2201(3).

<sup>39</sup> *Eco Oro*. § 828.

<sup>40</sup> См.: *Eco Oro*. § 834.

<sup>41</sup> См.: *Simson C. Critics Take Aim At «Dead Wrong» Decision In Colombia Case*. URL: <https://www.law360.com/projectfinance/articles/1437954/critics-take-aim-at-dead-wrong-decision-in-colombia-case> (дата обращения: 15.02.2024).

<sup>42</sup> См.: International Institute for Sustainable Development, *Eco Oro and the Twilight of Policy Exceptionalism*. URL: <https://www.iisd.org/itn/en/2021/12/20/eco-oro-and-the-twilight-of-policy-exceptionalism> (дата обращения: 15.02.2024).

<sup>43</sup> См.: *Trew S. The False Hopes and Empty Promises of Investment Treaty Modernization*. URL: <https://monitormag.ca/articles/the-false-hopes-and-empty-promises-of-investment-treaty-modernization> (дата обращения: 15.02.2024).

<sup>31</sup> *Bear Creek*. § 474.

<sup>32</sup> См.: *Henckels C.* Op. cit.

<sup>33</sup> См.: *Bear Creek*. § 477.

<sup>34</sup> *Bear Creek*. § 477.

<sup>35</sup> См.: ICSID. *Eco Oro Minerals Corp. v Republic of Colombia*. Case No. ARB/16/41. Decision on Jurisdiction, Liability and Directions on Quantum. 9 September 2021.

<sup>36</sup> См.: *Eco Oro*. § 86.

полноценно учесть различия между стандартами первого поколения и модернизированным соглашением, применимым в споре.

Представляется, что ключевая правовая позиция в деле *Eco Oro* была сформулирована в § 830: «Трибунал расценивает статью 2201(3) так, что пусть даже государство может принимать меру с целью, указанной в статье и это не будет являться нарушением, тем не менее, это не лишает инвестора права требовать компенсации»<sup>44</sup>.

Не сумев управлять конкурирующими деловыми и экологическими интересами, Колумбия способствовала тому, что в конечном итоге пришлось отозвать часть лицензии на деятельность, что нанесло ущерб деловым интересам *Eco Oro*. Однако если бы Колумбия изначально придерживалась последовательной экологической политики, то не возникла бы и ситуация, в которой появилась бы потребность прибегнуть к общему исключению. Таким образом, неясна фактическая ситуация, в которой положение об исключении могло бы стать эффективным.

В трех рассмотренных решениях ссылка на положение об общем исключении была последовательно отклонена трибуналами. Немаловажно, что более поздние решения ссылаются и цитируют более раннее, таким образом, формируя единообразную практику. Складывается парадоксальная ситуация, в которой существуют две противоположные динамики: с одной стороны, исключение вошло в содержание всех современных двусторонних инвестиционных договоров, с другой – при рассмотрении споров трибуналы полагают, что к фактам конкретных дел эта оговорка неприменима. При этом, в том числе по мнению договаривающихся государств, общее исключение существует именно для тех обстоятельств, в которых ответчики пытались на них сослаться.

#### **4. Положение об исключениях в двусторонних инвестиционных договорах Российской Федерации**

В двусторонних инвестиционных договорах с участием Российской Федерации также присутствуют положения об исключениях, однако они не вполне совпадают с рассмотренными выше типовыми положениями.

Например, в инвестиционном договоре с Албанией (1995) ст. 3(3) гласит: «Каждая из договаривающихся сторон оставляет за собой пра-

во определять отрасли и сферы деятельности, в которых исключается или ограничивается деятельность иностранных инвесторов»<sup>45</sup>. Данная статья албано-российского договора не дает указания на конкретные «отрасли и сферы деятельности», которые могли бы быть ограничены для иностранных инвесторов, а также причины, по которым могли бы быть введены подобные ограничения. Представляется, что если рассмотренные выше положения об исключениях созданы по модели ст. XX ГATT, то положение об исключениях в двусторонних инвестиционных договорах РФ скорее следует логике и целям ст. XXI ГATT – Исключения по соображениям безопасности.

В заключенном через двадцать лет двустороннем договоре с Ираном (2015) тот же подход сокращается только до национального режима: «Каждая договаривающаяся сторона сохраняет за собой право применять и вводить в соответствии со своими законами и иными нормативными правовыми актами исключения из национального режима»<sup>46</sup>. Отмечаем при этом, что используемое в российских двусторонних договорах положение об оговорке требует дополнительного волеизъявления для его активации, а рассмотренные выше исключения в практике других государств такого волеизъявления не требуют и применяются с момента вступления инвестиционного договора в силу. Это представляется обоснованным, потому что оговорка по «российскому» типу гораздо более существенно ограничивает права иностранных инвесторов в случае ее активации.

Впрочем, применимость такого положения об исключениях к вопросам охраны экологии явно прослеживается. Например, 30 июня 2022 г. Президент РФ издал Указ № 416 «О применении специальных экономических мер в топливно-энергетической сфере в связи с недружественными действиями некоторых иностранных государств и международных орга-

<sup>45</sup> Соглашение от 11 апреля 1995 г. между Правительством Российской Федерации и Правительством Республики Албания о поощрении и взаимной защите капиталовложений. URL: <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/3398/download> (дата обращения: 10.12.2024).

<sup>46</sup> Соглашение между Правительством Российской Федерации и Правительством Исламской Республики Иран о поощрении и взаимной защите капиталовложений. URL: <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/5424/download> (дата обращения: 10.12.2024).

<sup>44</sup> *Eco Oro*. § 830.

низаций»<sup>47</sup>. Указ направлен на изменение порядка осуществления деятельности по добыче нефти и газа на Пильтун-Астохском и Лунском месторождениях в Сахалинской области в рамках проекта «Сахалин-2». В качестве основания принятия Указа прямо приводится угроза «возникновения чрезвычайной ситуации природного и техногенного характера, [...] жизни и безопасности людей» в случае, если иностранные компании продолжать осуществлять функцию оператора проекта. Соответственно, общее исключение по «российской» модели подчеркивает, что меры государства, подобные Указу № 416, не нарушают права иностранных инвесторов<sup>48</sup>.

Общее исключение, постепенно включаемое в содержание двусторонних инвестиционных договоров, нашло очень ограниченное применение в практике. Основным препятствием является последовательно используемый составами арбитражей запрет произвольного поведения, которое понимается как противоречивость при формировании законодательства (сначала иностранная инвестиция допускается, потом она запрещается из-за соображений социальной стабильности или охраны окружающей среды). Этот подход можно критиковать, поскольку он не оставляет государству эффективной возможности прекратить действия инвестора, вредные для экологии или местного населения, не заплатив компенсацию, и в значительной степени нивелирует смысл положения об исключении, заложенный государствами, как это следовало из позиций Канады и Колумбии в деле *Eco Oro*. Это решение, закрепившее ранее складывающуюся практику, является примером «редуктивизма»<sup>49</sup>, из-за которого право не способно адекватно учесть все социально-экономические детали, важные для справедливого разрешения ситуации<sup>50</sup>.

<sup>47</sup> О применении специальных экономических мер в топливно-энергетической сфере в связи с недружественными действиями некоторых иностранных государств и международных организаций : Указ Президента РФ от 30 июня 2022 г. № 416. URL: <http://publication.pravo.gov.ru/Document/View/0001202206300033>

<sup>48</sup> См.: Попов Е. Тенденции в процессах разрешения споров между инвесторами и государствами // Рос. судья. 2017. № 5. С. 58.

<sup>49</sup> См.: *Cotula L., Perrone N. Seeing Santurbán Through ISDS : a Sociolegal Case Study of Eco Oro v Colombia* // Leiden Journal of International Law. 2024.

<sup>50</sup> Более подробно о соотношении инвестиционного права и более широкого контекста международного права

Из решений инвестиционных трибуналов, в которых арбитры не согласились с государствами-ответчиками относительно применимости общего исключения, неясно, в каких обстоятельствах общее исключение может применяться. В основном критикуя решения, в частности по делу *Eco Oro*, комментаторы обращали внимание на запутанность рассуждения, неясность юридической техники, которые привели к нежелательному для государства результату.

Полагаем, что вывод может быть куда более далекоидущим. Критикуемое толкование общего исключения было сделано выдающимися арбитрами<sup>51</sup>, и вряд ли проблема заключается в недостаточном опыте или незнании права. Представляется, что разработанное узкое толкование свидетельствует о более широком конфликте между содержанием двусторонних договоров (тяготеющем к реформе) и их толкованием трибуналами (которое на примере общего исключения оказалось достаточно консервативным). Соответственно, можно говорить о том, что упомянутые «сумерки исключений» не относятся только к этом положению как таковому, а вообще могут стать арбитражными сумерками всего «второго поколения» инвестиционных договоров в случае, если и другие положения, направленные на поиск баланса между интересами инвесторов и государств, не будут полноцен но восприняты трибуналами.

Система разрешения споров между инвесторами и государствами не имеет прецедентного характера, и в будущем трибуналы смогут отойти от подхода, сформулированного в трех комментируемых делах, и применить общее исключение. Представляется, что обоснование противоположной правовой позиции по-прежнему возможно, учитывая, что свое мнение относительно толкования общего исключения в двусторонних инвестиционных договорах высказывают сами договаривающиеся стороны.

### Библиографический список

Бикмаметова Р. Когда разрешенное невозмож но : введение к статье XX ГATT в толковании Органа

ва см.: Лабин Д., Соловьева А. О месте международного инвестиционного права в системе международного права // Моск. журнал междунар. права. 2017. № 3.

<sup>51</sup> В комментируемых делах арбитрами выступали, в частности, Майкл Прайлс и Джульет Бланш. В делах Bear Creek и *Eco Oro* государства назначили Филиппа Сэндса.

по разрешению споров ВТО // Международное правосудие. 2016. № 2 (18).

Данельян А. Международно-правовой режим иностранных инвестиций : дис....д-ра юрид. наук. М., 2016. С. 367.

Лабин Д., Соловьева А. О месте международного инвестиционного права в системе международного права // Моск. журнал междунар. права. 2017. № 3.

Попов Е. Тенденции в процессах разрешения споров между инвесторами и государствами // Рос. судья. 2017. № 5. С. 58.

Русинова В., Тарасов М. «Если звезды зажигают – значит – это кому-нибудь нужно» : новая правозащитная функция двусторонних инвестиционных договоров // Международное правосудие. 2021. № 2 (38).

Alschner W., Hui K. Missing in Action : General Public Policy Exceptions in Investment Treaties // Yearbook on International Investment Law and Policy / Sachs L., Coleman J., Johnson J. (eds.) Oxford University Press, 2018.

Bakry A. Treaty Exclusions. URL: <https://jusmundi.com/en/document/publication/en-treaty-exclusions>

Berge T. L., Alschner W. Reforming Investment Treaties : Does Treaty Design Matter? URL: [https://www.iisd.org/itn/en/2018/10/17/reforming-investment-treaties-does-treaty-design-matter-tarald-laudal-berge-wolfgang-alschner/#\\_ftnref13](https://www.iisd.org/itn/en/2018/10/17/reforming-investment-treaties-does-treaty-design-matter-tarald-laudal-berge-wolfgang-alschner/#_ftnref13)

Born G. BITs, BATs and Buts : Reflections on International Dispute Resolution. P. 4. URL: [https://www.bch.pt/Extract\\_YAR%20-%20Young%20Arbitration%20Review%20-%20Edition%2013.pdf](https://www.bch.pt/Extract_YAR%20-%20Young%20Arbitration%20Review%20-%20Edition%2013.pdf)

Brew R. Exception Clauses in International Investment Agreements as a Tool for Appropriately Balancing the Right to Regulate with Investment Protection // Canterbury Law Review. 2019. № 25.

Cotula L., Perrone N. Seeing Santurbán Through ISDS : A Sociolegal Case Study of *Eco Oro v Colombia* // Leiden Journal of International Law. 2024.

Henckels C. Should Investment Treaties Contain Public Policy Exceptions? // Boston College Law Review 2018. № 59 (8).

Kurtz J. The WTO and International Investment Law. Cambridge University Press, 2016.

Legum B., Petculessu I. GATT Article XX and International Investment Law // Echandi R., Sauve P. (eds), Prospects in International Investment Law and Policy – World Trade Forum. Cambridge University Press, 2013.

Trew S. The False Hopes and Empty Promises of Investment Treaty Modernization. URL: <https://monitormag.ca/articles/the-false-hopes-and-empty-promises-of-investment-treaty-modernization>

Newcombe A. General Exceptions in International Investment Agreements. URL: [https://www.biicl.org/files/3866\\_andrew\\_newcombe.pdf](https://www.biicl.org/files/3866_andrew_newcombe.pdf)

Newcombe A. The Use of General Exceptions in IIAs : Increasing Legitimacy or Uncertainty? // Levesque C. Improving International Investment Agreements. Routledge. 2014. P. 440.

Simson C. Critics Take Aim At «Dead Wrong» Decision In Colombia Case. URL: <https://www.law360.com/projectfinance/articles/1437954/critics-take-aim-at-dead-wrong-decision-in-colombia-case>

Vandervelde K. J. Rebalancing Through Exceptions // Lewis & Clark Law Review. 2013. 17(2).

## References

Bikmamatova R. Allowed, but impossible : the introduction (chapeau) of article XX of the GATT in the interpretation of the WTO Dispute Settlement Body // Mezhdunarodnoe pravosudie. 2016 (1).

Danielian A. International legal regime of foreign investments : dr. legal sci. dis. Moscow, 2016.

Labin D., Solovieva A. On the place of international of international investment law in the system of international law // Moscow Journal of International Law. 2017. №3.

Popov E. Trends in the dispute resolution processes between investors and states // Russian Judge. 2017. № 5.

Rusinova V., Tarasov M. «If the stars light up, it means someone needs it» : a new human rights function of bilateral investment treaties // International justice. 2021. No. 1 (38).

Alschner W., Hui K. Missing in Action : General Public Policy Exceptions in Investment Treaties // Yearbook on International Investment Law and Policy / Sachs L., Coleman J., Johnson J. (eds.) Oxford University Press. 2018.

Bakry A. Treaty Exclusions. URL: <https://jusmundi.com/en/document/publication/en-treaty-exclusions>

Berge T. L., Alschner W. Reforming Investment Treaties: Does Treaty Design Matter? URL: [https://www.iisd.org/itn/en/2018/10/17/reforming-investment-treaties-does-treaty-design-matter-tarald-laudal-berge-wolfgang-alschner/#\\_ftnref13](https://www.iisd.org/itn/en/2018/10/17/reforming-investment-treaties-does-treaty-design-matter-tarald-laudal-berge-wolfgang-alschner/#_ftnref13)

Born G. BITs, BATs and Buts : Reflections on International Dispute Resolution. P. 4. URL: [https://www.bch.pt/Extract\\_YAR%20-%20Young%20Arbitration%20Review%20-%20Edition%2013.pdf](https://www.bch.pt/Extract_YAR%20-%20Young%20Arbitration%20Review%20-%20Edition%2013.pdf)

Brew R. Exception Clauses in International Investment Agreements as a Tool for Appropriately Balancing the Right to Regulate with Investment Protection // Canterbury Law Review. 2019. № 25.

Cotula L., Perrone N. Seeing Santurbán Through ISDS: A Sociolegal Case Study of *Eco Oro v Colombia* // Leiden Journal of International Law. 2024.

Henckels C. Should Investment Treaties Contain Public Policy Exceptions? // Boston College Law Review. 2018. № 59 (8).

Kurtz J. The WTO and International Investment Law. Cambridge University Press, 2016.

*Legum B., Petculescu I.*, GATT Article XX and International Investment Law // Echandi R., Sauve P. (eds), Prospects in International Investment Law and Policy — World Trade Forum. Cambridge University Press. 2013.

*Trew S.* The False Hopes and Empty Promises of Investment Treaty Modernization // URL: <https://monitormag.ca/articles/the-false-hopes-and-empty-promises-of-investment-treaty-modernization>

*Newcombe A.* General Exceptions in International Investment Agreements // URL: [https://www.biicl.org/files/3866\\_andrew\\_newcombe.pdf](https://www.biicl.org/files/3866_andrew_newcombe.pdf)

*Newcombe A.* The Use of General Exceptions in IIAs : Increasing Legitimacy or Uncertainty? // Levesque C. Improving International Investment Agreements. Routledge. 2014. P. 440.

*Simson C.* Critics Take Aim At «Dead Wrong» Decision In Colombia Case. URL: <https://www.law360.com/projectfinance/articles/1437954/critics-take-aim-at-dead-wrong-decision-in-colombia-case>

*Vandervelde K. J.* Rebalancing Through Exceptions // Lewis & Clark Law Review 17(2). 2013.

---

Национальный исследовательский университет «Высшая школа экономики»

**Тарасов М. В.**, аспирант Аспирантской школы по праву, департамент международного права  
E-mail: mtarasov@hse.ru

Дата поступления: 06.06.2024

**Для цитирования:**

*Тарасов М. В.* Общие исключения в двусторонних инвестиционных договорах: проблемы и перспективы // Вестник Воронежского государственного университета. Серия: Право. 2025. № 1 (60). С. 219–227. DOI: <https://doi.org/10.17308/law/1995-5502/2025/1/219-227>

National Research University Higher School of Economics

**Tarasov M. V.**, Post-graduate Student at the Graduate School of Law, Department of International Law

E-mail: mtarasov@hse.ru

Received: 06.06.2024

**For citation:**

*Tarasov M. V.* General exception clauses in bilateral investment treaties: problems and perspectives // Proceedings of Voronezh State University. Series: Law. 2025. № 1 (60). P. 219–227. DOI: <https://doi.org/10.17308/law/1995-5502/2025/1/219-227>