

## **Защита иностранных инвестиций**

"ЗАЩИТА ИНОСТРАННЫХ ИНВЕСТИЦИЙ"

ГИЛЬБЕРТ ГОРНИГ

### **I. Введение**

Инвестиции в международном праве, как правило, защищаются тремя механизмами, а именно: обычным международным правом, регулирующим режим иностранцев, договорами инвесторов с принимающим государством и соглашениями о защите инвестиций (гарантиях для иностранных инвестиций). Первые два механизма имеют, однако, некоторые недостатки. Требования, исходящие из обычного права иностранцев, может предъявить государство, в котором инвестор является резидентом, посредством дипломатической защиты, но не инвестор лично. Имеет ли инвестор право на дипломатическую защиту своего государства, зависит от национального законодательства соответствующего государства. Защита, которая обеспечивается договором между инвестором и государством, предоставляет инвестору больше гарантий. Но проблема заключается в том, что данный договор подчиняется нормам национального законодательства принимающего государства и оно имеет возможность, несмотря на договор, отклониться от правовых рамок в ущерб инвестору.

Представляется необходимой дополнительная защита с помощью соглашений о защите инвестиций для того, чтобы компенсировать дефициты двух других вышеупомянутых механизмов. Указанные соглашения дают инвестору возможность при нарушении обязательств подать иск в международный арбитражный суд непосредственно против принимающего государства без привлечения государства, в котором инвестор является резидентом. Кроме того, соглашения о защите инвестиций представляют собой международные договоры, в связи с чем принимающее государство не может избежать соблюдения их положений, аргументируя это нормами своего национального законодательства.

## II. Запрет экспроприации собственности иностранцев

### 1. Общие положения

В отношении имущества иностранцев действуют нормы международного права иностранцев, согласно которым обязательства по отношению к иностранцам исполняются не только наравне с обязательствами по отношению к гражданам соответствующей страны, но принимаются также во внимание<sup>1</sup> Минимальные международные стандарты обращения с иностранными инвесторами<sup>2</sup>. Принципиального запрета экспроприации имущества иностранцев не существует<sup>3</sup>. Однако минимальные международные стандарты требуют того, чтобы экспроприация допускалась преимущественно в интересах общества<sup>4</sup>. Так, недопустимыми являются дискриминационная, произвольная экспроприация, а также экспроприации без компенсации (так называемая «конфискация»)<sup>5</sup>.

### 2. Нарушение прав человека

Обычная экспроприация направлена в большинстве случаев только на изъятие имущества и нарушает гарантии права собственности, но не права человека. Когда же дело доходит до преследования и объявления лиц вне закона, нарушаются не только права человека, но и человеческое достоинство<sup>6</sup>. А значит, цель экспроприации, проводимой в отношении меньшинств и этнических групп, зачастую состоит не только в приобретении имущества. В

---

1 Berber, Friedrich, Lehrbuch des Völkerrechts, том I: Friedensrecht, 2-е изд. 1975, С. 425; Verdross/Simma (прим. 1), § 1213 и далее, С. 801 и далее.

2 См. Verdross, Alfred/Simma, Bruno, Universelles Völkerrecht, 3-е изд. 1984, § 1213, С. 802.

3 Gloria, Christian, Internationales Wirtschaftsrecht, в: Ipsen, Knut, Völkerrecht, 5-е изд. 2004, § 43, абз. 14 и далее.

4 См. Gloria (прим. 3), в: Ipsen, § 43, абз. 16 и далее; Wenk, Silke, Das konfiszierte deutsche Privatvermögen in Polen und der Tschechoslowakei. Die Rechtslage nach Abschluss des deutsch-polnischen und deutsch-tschechoslowakischen Nachbarschaftsvertrages, 1993, С. 86.

5 Oppenheim, Lassa/Lauterpacht, Hersh, International Law, том I, 6-е изд. 1947, С. 318, Dolzer, Rudolf, Eigentum, Enteignung und Entschädigung im geltenden Völkerrecht, 1985, С. 20 и далее; Kimminich, Otto, Der Warschauer Vertrag — Grundlage oder Vernichtung privater Entschädigungsforderungen?, в: Juristenzeitung (JZ) 1971, С. 485 и далее; Mann, F. A., Völkerrechtliche Enteignungen vor nationalen Gerichten, в: NJW 1961, С 705 и далее; Gornig, Gilbert, Rechtliche Würdigung von Vertreibung und Enteignung dargestellt am Schicksal der Donauschwaben Jugoslawiens, в: AWR-Bulletin, 1991, Nr. 2, С. 72 и далее (80).

6 См. Entscheidungssammlung des Bundesverfassungsgerichts (BVerfGE) 1, С. 97 и далее (104).

таких случаях <sup>7</sup>экспроприирующее государство часто преследует цель дискриминировать и изгнать определенную группу населения, чтобы создать однородное национальное государство<sup>7</sup>. Экспроприация, которая проводится по указанным причинам, всегда связана со значительными нарушениями прав человека. Если определенная часть населения подвергается экспроприации только по принципу принадлежности к меньшинству или этнической группе и преследуется посредством насильственного переселения (то есть конфискация направлена прежде всего не на имущество, а на группу населения), речь идет о противоречащей основополагающим правам человека дискриминации населения вследствие их национального происхождения. Запрет пренебрежения фундаментальными правами человека появился уже после Второй мировой войны<sup>8</sup>.

ГИЛЬБЕРТ ГОРНИГ

### **3. Понятие имущества (собственности) в международном праве**

---

7 Это также являлось целью изгнания немцев из Польши и Чехословакии, см. Федеральное министерство перемещенных лиц, *Die Vertreibung der deutschen Bevölkerung aus den Gebieten östlich der Oder-Neiße*, том I, 1954, С. 136 Е и далее.

<sup>^</sup> См. также Donnedieu de Vabres, M., *Le proces de Nuremberg devant les principes modernes du droit penal international*, в: *Recueil des Cours*, vol. 70 (1947 I), С. 477 и далее (519); Gornig, Gilbert, *Die Verantwortlichkeit politischer Funktionsträger nach völkerrechtlichem Strafrecht*, в: *Neue Justiz* 1992, С. 4 и далее (8).

ЗАЩИТА ИНОСТРАННЫХ ИНВЕСТИЦИЙ

Прежде чем обсуждать условия законной экспроприации, стоит дать определение термину «имущество» («собственность»). Следует уточнить, играет ли понятие имущества какую-либо роль в международном праве. Поскольку международное право не имеет особой связи с национальным правом собственности (если не принимать во внимание право иностранцев), в международно-правовой литературе отсутствует общее определение понятия имущества<sup>9</sup>. Правовые нормы, касающиеся приобретения собственности, обычно выходят за рамки правового режима международного права. Тем не менее существуют нормы международного права, которые касаются понятия собственности. Так, к примеру, ст. 46 Гаагской конвенции о законах и обычаях сухопутной войны<sup>10</sup> гласит: «Честь и права семейные, жизнь отдельных лиц и частная собственность, равно как и религиозные убеждения и отправление обрядов веры, должны быть уважаемы. Частная собственность не подлежит конфискации». При этом выражение "*property, rights and interests*" («собственность, права и интересы») используется во многих соглашениях, которые были заключены для регулирования имущественных претензий<sup>11</sup>.

---

9 См. Lillich, Richard B./Weston, Burns H., *International Claims: Their Settlement by Lump Sum Agreements*, том I (1975), С. 180; Lord McNair, Arnold D., *The General Principles of Law Recognized by Civilized Nations*, в: (British Yearbook of International Law (BYIL), том 33 (1975), С. 1; Wilson, Robert, *United States Commercial Treaties and International Law*, 1960, С. 98; Benton, S. Anthony, *The Protection of Property Rights in Commercial Treaties of the United States*, в: ZaöRV, том 25 (1965), С. 50; Foighei, Isi, *Nationalization and Compensation*, 1964, С. 48; Böckstiegel, Karl-H., *Die allgemeinen Grundsätze des Völkerrechts über Eigentumsentziehung*, 1963, С. 22; Veith, Werner/Böckstiegel, Karl-H., *Der Schutz von ausländischem Vermögen im Völkerrecht*, 1962, С. 202 и далее; White, Gillian, *Nationalisation of Foreign Property*, 1961, С. 48; Verdross, Alfred, *Economic Development Agreements*, в: *Österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht*, том 9 (1959), С. 449; Cheng, Bin, *The Rationale of Compensation for Expropriation*, в: *Transactions of the Grotius Society*, том 44 (1958/59), С. 267 и далее (280); Dahm, Georg, *Völkerrecht*, том 1, 1958, С. 518 и далее; Bindschedler, Rudolf L., *Verstaatlichungsmaßnahmen und Entschädigungspflicht nach Völkerrecht unter besonderer Berücksichtigung der schweizerischen Praxis über den Schutz schweizerischer Vermögenswerte im Ausland*, 1950, С. 27; Guggenheim, Paul, *Lehrbuch des Völkerrechts*, том 1 (1948), С. 300; Herz, John H., *Expropriation of Foreign Property*, в: *AJIL*, том 35 (1941), С. 243; см. также Lindemeyer, Bernd, *Schiffsembargo und Handelsembargo. Völkerrechtliche Praxis und Zulässigkeit*, 1975, С. 434.

<sup>10</sup> См. Dolzer (прим. 5), С. 160.

<sup>11</sup> Понятие «собственность» упоминается в Версальском договоре. Раздел IV (ст. 297- 298) договора носит название "*Property, Rights and Interests*" («Собственность, права и интересы»); ст. 297 начинается с формулировки: "*The question of private property, rights and interests in an enemy country shall be settled according to the principles laid down in this Section*"

Соглашения о защите <sup>ЗАЩИТА ИНОСТРАННЫХ ИНВЕСТИЦИЙ</sup> инвестиций используют для общего описания охраняемого ими объекта термин «инвестиция», а не «имущество» («собственность») <sup>ИИИ СТАЦИИ</sup> <sup>12</sup>. Пункт 4 ст. 31 Венской конвенции о консульских сношениях гласит: «Консульские помещения, предметы их обстановки, имущество консульского учреждения, а также его средства передвижения пользуются иммунитетом от любых видов реквизиции в целях государственной обороны или для общественных нужд». Таким образом, термин «имущество» часто используется в международном праве, но при этом не уточняется. Поскольку обычное международное право также не уточняет этот термин, следует искать разъяснение международно-правового термина «имущество» в общих принципах права, признанных цивилизованными нациями, которые согласно пп. «в» п. 1 ст. 38 Статута Международного Суда ООН также являются дополнительными источниками международного права. Сравнительно-правовой анализ показывает, что понятие собственности трактуется в высокоразвитых правовых системах примерно одинаково, охватывая все имущественные права личности. Вопрос о том, охватывает ли это понятие притязания к государству, требует отдельного рассмотрения <sup>13</sup>.

---

*and in the provisions of the Annex hereto...". См. также ст. 1 Американско-чехословацкого договора от 29.01.1982, "Agreement between the Government of the United States of America and the Government of the Czechoslovak Socialist Republic on the Settlement of Certain Outstanding Claims and Financial Issues", в: International Legal Materials (ILM), том 21 (1982), С. 371: "(1) All claims of the Government of the United States or nationals of the United States against the Czechoslovak Government based upon measures of nationalization, expropriation, dispossession, or other restrictive measures involving takings of their properties, rights, and interests, or any other property, which arose prior to the date of entry into force of this Agreement...". В параллельном соглашении Великобритании с Чехословакией от 29.04.1982 (Cmnd. 8557) в С. 2: "The claims settled by the Czechoslovak Government under Article 1 are: (1) all claims, arising prior to the date of entry into force of this Agreement, of the Government of the United Kingdom, United Kingdom nationals, and also individuals, have been subjected to special measures in consequence of the Enemy Occupation of Czechoslovakia, where: either a) the claim is based upon Czechoslovak measures of nationalization, expropriation or dispossession or other restrictive measures affecting their properties, rights or interests...". См. также Lillich/Weston (прим. 9), С. 179.*

См. касательно понятий «собственность» и «инвестиция» Frick, Helmut, *Bilateraler Investitionsschutz in Entwicklungsländern. Ein Vergleich der Vertragssysteme der Vereinigten Staaten von Amerika und der Bundesrepublik Deutschland*, 1975, С. 111; Beyer, Sigurd, *Der diplomatische Schutz der Aktionäre im Völkerrecht*, 1977, С. 164 и далее.

т. к. консульские здания подлежат суверенному праву государства, в котором они находятся; см. Dolzer (прим. 5), С. 161.

ГИЛЬБЕРТ ГОРНИГ

Европейская комиссия по правам человека постановила в своих прецедентных решениях<sup>14</sup>, что для утверждения наличия собственности необходимо "*existing possession*" («действительное владение»), т. е. законное ожидание на обратное получение имущества<sup>15</sup>. Законное ожидание признания изначального права на собственность, которое в течение длительного времени не могло осуществляться, не признается собственностью в смысле Протокола № 1 к Европейской конвенции по правам человека<sup>1</sup>. Исходя из этого, спустя 30 лет не могло эффективно осуществляться право собственности насильственно перемещенных лиц после экспроприации по окончании Второй мировой войны, и поэтому не наблюдается причинная связь между действием, оспариваемым жалобой, и потерей истребуемого права. Собственностью по смыслу ст. 1 Протокола № 1 может признаваться только такое имущество, в отношении которого заявитель может доказать наличие, по крайней мере, «законного ожидания» по поводу реализации своих притязаний<sup>16</sup>. Лишение права собственности следует понимать как разовый акт<sup>17</sup>, который после своего

---

<sup>14</sup> Dolzer (прим. 5), С. 170.

См. Решения Европейской комиссии по правам человека от 10.07.1975 E 6742/74, DR 3, С. 98; от 04.10.1977, E 7655/76, 7656/76, 7657/76 DR 12, 111 и от 04.03.1996, E 19048/91, 19049/91, 19342/92, 19549/92, в: *Europäische Grundrechte-Zeitschrift* (EuGRZ) 1996, С. 386.

<sup>17</sup> Решения от 04.10.1977, E 7655/76; 7657/76, DR 12, С. 111.

<sup>1</sup> ^ В отношении случаев изгнания на Северном Кипре суд исходил в деле *Loizidou* из дальнейшего существования собственности потерпевших, хотя истец более 20 лет не имел возможности пользования и распоряжения имуществом. Его положение в качестве собственника имущества было фактически потеряно, когда Турция присоединилась к Протоколу № 1 и подчинилась в связи с индивидуальными жалобами юрисдикции Европейского суда по правам человека. Судом обоснованность экспроприации по ст. 159 Конституции Турецкой Республики Северного Кипра (ТРСК) признана не была вследствие проводимой политики непризнания ТРСК. Таким образом, удержание имущества лиц, изгнанных турецкой / северо-кипрской стороной, является непрерывным нарушением права собственности.

<sup>17</sup> То что лишение права собственности или других вещных прав является разовым действием и не может производить долгосрочный эффект юридического лишения, также играет значительную роль в исках против германо-германских соглашений, в которых Федеративная Республика Германия подтверждает незаконную с точки зрения международного права конфискацию советской оккупационной администрацией. См. Application No. 19048/91 (Weidlich), No. 19049/91 (Hasenkamp), No. 19342/92 (Golf), No. 19549/92 (Klausser), No. 18890/91 (Mayer). См. также иск Nr. 42527/98, Fürst Hans-Adam II von Liechtenstein gegen Bundesrepublik Deutschland. Князь Лихтенштейна подал в немецкий суд жалобу о нарушении прав человека против Федеративной Республики из-за включения его конфискованной в бывшей Чехословакии частной собственности в состав репараций послевоенной Германии (ст. 3, ч. VI Договора об урегулировании вопросов, возникших из

окончания не представляет собой <sup>3</sup>длительного незаконного действия <sup>1</sup> На языке гражданско-правовых отношений это означало бы, что вор или грабитель вправе сохранить украденные драгоценности, если их законный владелец потерял надежду когда-либо получить их обратно.

Тот факт, что истец долгое время был фактически лишен имущества, не может оправдать потерю прав на это имущество вопреки решению Европейской комиссии по правам человека. В конечном счете потеря прав зависит от решений судебных органов, а не от фактов, правовая оценка которых и является задачей суда. Только в ходе судебного разбирательства можно установить присутствует "*existing possession*" или нет. Только судебное решение может поддержать законное ожидание. Если суд принимает во внимание факты без учета норм, то он не выполняет свою функцию как орган правосудия. Кроме того, предполагаемый правонарушитель (государство, против которого направлен иск о нарушении прав собственности) может легко уклониться от своей ответственности по п. 1 ст. 1 Протокола № 1, если он полностью отказывает истцу в его нарушенном или недостаточно защищенном праве.

---

войны и оккупации, стороной которого остается объединенная Германия); См. Blumenwitz, Dieter, Die vermögensrechtlichen Ansprüche der zypriotischen Heimatvertriebenen - unter besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte, в: Gornig, Gilbert/Murswiek, Dietrich (Изд.), Das Recht auf die Heimat, 2006, С. 131 и далее (140).

#### 4. Допустимость экспроприации имущества иностранцев в защита иностранных инвестиций международном праве

##### *а. Всеобщее благо*

Согласно международному праву любая экспроприация должна служить «общественному благу»<sup>18</sup>. Очевидно, что достаточно точный ответ на вопрос о том, в каком случае данная мера служит общественному благу, найти трудно. Такой ответ зависит от внутригосударственных целей, которые преследуются экспроприацией<sup>19</sup>, то есть решающей является цель экспроприатора<sup>20</sup>.

Целью экспроприации чаще всего является внесение изменений в экономический строй того или иного государства, например, переход к социалистическому обществу. Такие меры были признаны мерами, осуществляющимися в общественных интересах, даже если исторический опыт показал обратное.

Но общественный интерес стран-экспроприаторов не может быть оправдан экспроприацией и изгнанием коренного населения, с целью поселения своих граждан в регионе<sup>21</sup>. Такие противоречащие международному праву цели, как, к примеру, насильственные переселения и изгнания<sup>22</sup> не могут осуществляться посредством экспроприации<sup>23</sup>.

##### *б. Запрет дискриминации*

Запрет дискриминации закрепляет равное отношение экспроприатора ко всем иностранцам, а также к иностранцам и собственным гражданам<sup>28</sup>. Однако запрет на дискриминацию иностранцев между собой не применяется последовательно в международной практике. В международном праве всегда присутствовали

---

18 См. Gloria (прим. 3), в: Ipsen, § 43, абз. 17.

19 Также Hartmann, Gode, Nationalisierung und Enteignung im Völkerrecht, 1977, С. 100. См. также Dahm (прим. 9), Völkerrecht, том 1, С. 513 и далее; Gornig (прим. 5), AWR-Bulletin 1991, С. 80.

20 Gornig (прим. 5), AWR-Bulletin 1991, С. 80.

21 Также Blumenwitz, Dieter, Das Offenhalten der Vermögensfrage in den deutsch- polnischen Beziehungen 1992, С. 50.

22 См. Kimminich, Otto, Das Vertreibungsverbot in der völkerrechtlichen Entwicklung, в: Blumenwitz, Dieter (Изд.), Flucht und Vertreibung, 1987, С. 95 и далее; Zayas, Alfred de, Die Vertreibung in völkerrechtlicher Sicht, в: Blumenwitz, Dieter (Изд.), Flucht und



соглашения о более или менее благоприятном отношении к представителям определенной нации<sup>24</sup>, а на практике чаще имела место дискриминация представителей определенных наций<sup>25</sup>. Требование равного отношения к иностранцам и к собственным гражданам тем более не преобладало<sup>26</sup>. Как следствие, могла бы допускаться полная национализация целых отраслей, касающиеся как иностранцев, так и собственного населения, а не лишь экспроприация в отношении иностранцев, что допускается международным правом иностранцев.

Таким образом, запрет дискриминации может только означать, что не допускается произвольно худшее отношение по отношению к иностранцам.

#### ***в. Компенсация***

В XIX в. в национальном праве многих государств закрепился принцип, согласно которому государство-экспроприатор обязано компенсировать ущерб от экспроприации. Этот общий принцип в настоящее время применяется в международном праве<sup>27</sup> и соблюдается на практике. Так,

---

24 к примеру, в договорах о дружбе, торговле и мореплавании; см. нормы о режиме наибольшего благоприятствования,

Таким образом, Верховный суд земли Бремен признал законность акта экспроприации, осуществленного Индонезией по отношению к гражданам Нидерландов. В своем решении суд ссылался на принцип равного отношения. Он постановил, что отношение жителей бывших колоний к их метрополиям может быть иное, нежели отношение к другим иностранным государствам, см. *Archiv für Völkerrecht (ArchVR)*, том 9 (1961/62), С. 318 и далее (359).

<sup>26</sup> См. *Hartmann* (прим. 23), С. 109; *Gornig* (прим. 5), *AWR-Bulletin* 1991, С. 81.

<sup>27</sup> См. решение Гаагского третейского суда от 13.10.1922 об иске норвежских судовладельцев, в: *Reports of International Arbitral Awards*, том 1, С. 338. Макс Хубер в своем заключении, имеющем силу арбитражного решения от 01.05.1925 "*in der Affaire des biens britanniques au Waroc espagnoP'*", в: *Reports of International Arbitral Awards*, том 2, С. 617 и далее (647); Постоянная палата международного

после перехода к социалистической системе, страны Восточного блока выполнили свои обязательства по компенсации ущерба иностранным собственникам<sup>28</sup> в Глобальных соглашениях о компенсациях (*Globulentschädigungsabkonunen*)<sup>28</sup>. Таким образом, для правомерной экспроприации в соответствии с международным правом действует принцип обязательной компенсации. Пострадавшему должна быть выплачена «быстрая, адекватная и эффективная компенсация». Эта так называемая «формула Халла»<sup>29</sup> предполагает, что компенсация должна осуществляться оперативно, т. е. непосредственно в момент экспроприации или немного позже. Компенсация является адекватной, только если она соответствует полной стоимости или рыночной стоимости экспроприированного объекта. Для эффективности компенсации

ГИЛЬБЕРТ ГОРНИ

требуется, чтобы она была свободно перечисляемой за границу и выплачивалась в свободно конвертируемой валюте<sup>30</sup>

---

29 ГДР заключила в 70-х и 80-х годах со странами Западной Европы (в том числе с «Формула Халла» появилась в ходе обмена дипломатическими нотами американским министром иностранных дел Корделлом Халлом по поводу экспроприации Мексикой американских земельных угодий и прав на нефтяные поля в 1938 г. Данная формула остается в силе и сегодня. Появившись 22.08.1938, она гласит: *"The Government of the United States merely adverts to a self-evident fact when it notes that the applicable precedents and recognized authorities on international law support its declaration that, under every rule of law and equity, no government is entitled to expropriate private property, for whatever purpose, without provision for prompt, adequate, and effective payment therefore"*. Цит. Hackworth, Green Haywood, Digest of International Law, vol. III, 1942, С. 658 и далее.

30 В заявлении Президента США от 19.01.1972, American Journal of International Law (AJIL), том 66 (1972), С. 620 и далее: *"Under international law, the United States has a right to expect: - That any taking of American private property will be nondiscriminatory, - That it will be for a public purpose, and - That its citizens will receive prompt, adequate, and effective compensation from the expropriating country"*. А также в заявлении Государственного департамента США от 09.04.1976: *"We recognize the right of any country to expropriate property... as long as the taking is nondiscriminatory, for a public purpose and accompanied by prompt adequate and effective compensation. In our view, these are the minimum standards under international law"*, в: US-Digest 1976, С. 443.

В международно-правовой литературе часто разъясняется, что потерпевший собственник не получает компенсацию за упущенную выгоду, которую он -потерял вследствие экспроприации<sup>31</sup>.

## **5. Ограничение экспроприации от социальнообусловленных причин ограничения права собственности**

При применении ст. 1 Протокола № 1 к Европейской конвенции по правам человека<sup>32</sup>, которая посвящена защите собственности<sup>33</sup>, экспроприацию следует отличать от ограничений права собственности в общественных интересах. Термины «экспроприация» и «ограничение в общественных интересах» не встречаются в Протоколе № 1. Отличие проводится лишь между лишением имущества в абз. 1 и правилами использования собственности в абз. 2. Формулировка абз. 1 ст. 1 говорит о том, что статья применяется во всех случаях, когда право собственности правомерно изымается или существенно ограничивается. Таким образом, лишение имущества, охватывает все виды формальной утраты имущества. В отличие от этого под термином «правила использования имущества» имеются в виду те меры, которые не влияют на правовые титулы собственности, а существенно ограничивают полномочия

---

31 Alenfeld, Justus, Die Investitionsförderungsverträge der Bundesrepublik Deutschland, 1971, С. 113; Bindschedler (прим. 9), С. 30 и далее; Birke, Wolfgang, Die Konfiskation ausländischen Privatvermögens im Hoheitsbereich des konfiszierenden Staates nach Friedensvölkerrecht (1960), С. 6; Böckstiegel (прим. 9), С. 28; Garcia-Amador, F. V./Sohn, Louis B./Baxter, R. R., Recent Codification of Law of State Responsibility for Injuries to Aliens, 1974, С. 45; Herz (прим. 9), в: AJIL, vol. 35 (1941), С. 43 (245 и далее); Lindenmeyer (прим. 9), С. 437 и далее; White (прим. 9), С. 49. Amerasinghe, Chittharanjan F., State Responsibility for Injuries to Aliens, 1967, С. 158 и далее, где автор подчеркивает, что потеря прибыли, которая могла бы появиться в будущем, не возмещается; касательно упущенной выгоды, решающими являются обстоятельства конкретного случая. - Foighel (прим. 9), С. 217 и далее, придерживается мнения, что *goodwill* должен быть возмещен, если он основывается на труде потерпевшего (лица, у которого было изъято имущество) и после экспроприации снова используется государством; также и Lillich/Weston (прим. 9), С. 185 и далее.

32 Текст: Bundesgesetzblatt (BGBl.) 1956 II, С. 1880.

33 См. Loizidou vs. Turkey; более того, Blumenwitz, Dieter, Die vermögensrechtlichen Ansprüche der zypriotischen Heimatvertriebenen unter besonderer Berücksichtigung

владения<sup>34</sup>. Под этим подразумевается и социальная обязанность, исходящая из права собственности, которая осуществляется без компенсации.

В литературе и судебной практике в основном выделяются три подхода<sup>35</sup>. Некоторые ученые убеждены в том, что «регулирование» никогда не может представлять собой экспроприацию (радикальное учение *police powers*). Другие уверены, что существование экспроприации зависит от того, какие последствия имеет регулирование в отношении инвестора (доктрина *sole effect*). Наконец, третье мнение частично базируется на противопоставлении интересов инвесторов с интересами государственного регулирования (умеренное учение *police powers*).

---

der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte, в: Gornig, Gilbert/Murswiek, Dietrich (Изд.), Das Recht auf die Heimat, 2005, С. 131 и далее. См. Dolzer (прим. 5), С. 202. См. также Wegener, Bernhard W., Wirtschaftsgrundrechte, в: Ehlers, Dirk (Изд.), Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten, 2003, С. 114, абз. 21-23.

35 Обзор различных мнений предоставляет Griebel, Jörn, Internationales Investitionsrecht, 2008, С. 77 и далее

## **6. Международно-правовое закрепление условия и запрета экспроприации**

### ***а) Право мира***

Любое физическое или юридическое лицо в соответствии с абз. 1 ст. 1 Протокола № 1 к Европейской конвенции по правам человека имеет право на уважение своей собственности. Никто не может быть лишен своего имущества. Исключением являются случаи, в которых этого требует общественный интерес и только на условиях, предусмотренных законом и общими принципами международного права. При этом сохраняется право государства обеспечивать выполнение таких законов, которые оно сочтет необходимыми для осуществления контроля за использованием собственности в соответствии с общественными интересами или для обеспечения уплаты налогов или других сборов или штрафов.

### ***б. Право войны***

Конвенция о законах и обычаях сухопутной войны от 18 октября 1907 г.<sup>36</sup> содержит в п. 1 ст. 46 положение о том, что частная собственность должна охраняться, а согласно п. 2 ст. 46 она не может быть конфискована<sup>37</sup>. Таким образом, закрепляется, что в случае оккупации вражеской территории, оккупант при обращении с занятой территорией обязан подчиняться международным правовым нормам<sup>38</sup>. В Гагской конвенции не существует положений о разрешении дополнительных конфискаций частной собственности побежденного государства<sup>39</sup>.

---

<sup>36</sup> Текст: RGBl. 1010, С. 107 и далее; Sartorius II, Nr. 46.

<sup>37</sup> См. Fiedler, Wilfried, Vom territorialen zum humanitären Kulturgüterschutz. Zur Entwicklung des Kulturgüterschutzes nach kriegerischen Konflikten, в: Fechner, Frank/Oppermann, Thomas/Protz, Lyndel V. (Изд.), Prinzipien des Kulturgüterschutzes. Aasätze im deutschen, europäischen und internationalen Recht, 1996, С. 159 и далее.

<sup>38</sup> Гагская конвенция о законах и обычаях сухопутной войны содержит систематизацию международного обычного права. Международный трибунал в Нюрнберге также признал данную конвенцию в качестве международного обычного права. Так, к примеру, в решении Нюрнбергского трибунала от 01.10.1946 было установлено, что Гагские правила вне зависимости от

Г ИЛЬБЕРТ Г ОРНИГ

### III. Защита инвестиций в рамках соглашений между государством-реципиентом и инвестором

Защита инвестиций также может быть осуществлена путем договоров между государством-реципиентом и инвестором. Кроме того, различные международные кодексы поведения (например, Правила ОЭСР, Правила ЮНКТАД, Глобальный договор ООН) предусматривают юридически не обязывающие правила для иностранных инвесторов. Договоры между инвестором и государством регулируются законодательством государства-реципиента, а не международным правом, поскольку частные предприятия не являются субъектами международного права. Чтобы избежать подчинения законодательству государства-реципиента, в литературе и на практике был введен институт ограниченной международной правосубъектности частных лиц<sup>40</sup>. Однако стоит заметить, что согласие одного государства не может обеспечить международную правосубъектность его частного партнера по договору<sup>41</sup>.

Хотя юридическая сила обозначенных договоров и находится в рамках внутригосударственного права, по согласию сторон возможно также и аналогичное применение норм международного права<sup>42</sup>. При этом, положение о применении норм международного права, будучи составной частью договора, находится опять-таки в рамках внутригосударственного права. А это значит, что возможно одностороннее изменение договора государством, право которого в нем используется. По этой причине договоры обычно содержат так называемую стабилизационную оговорку, согласно которой государство-реципиент

---

Böckstiegel, Karl-H., *Der Staat als Vertragspartner ausländischer Privatunternehmen*, 1971. - Третейский судья в так называемом ливийском нефтяном конфликте после национализации нефтяной индустрии Ливией в 1971 г. и в 1974 г. постановил о необходимости концессионного договора. В другом случае договор был с самого начала подчинен нормам международного права. См. Krajewski, Markus, *Wirtschaftsvölkerrecht*, 2006, абз. 580.

<sup>40</sup> См. Krajewski (прим. 46), абз. 578; Heintschel von Heinegg, Wolff, в: Ipsen, Knut, *Völkerrecht*, 5-е изд. 2004, § 9, абз. 11; Doehring, Karl, *Völkerrecht*, 2-е изд. 2004, абз. 398. Также Международный суд ООН в деле «Anglo-Iranian Oil Co.» от 22.07.1952, ICJ Reports 1952, С. 93, 11 и далее.

Heintschel von Heinegg (прим. 47), в: Ipsen, *Völkerrecht*, § 9, абз. 12 и далее.

обязуется воздерживаться от негативных изменений инвестиционных условий.

ЗАЩИТА ИНОСТРАННЫХ ИНВЕСТИЦИЙ

Однако полное равенство между инвестором и государством таким образом не может быть достигнуто<sup>43</sup>. Если инвестор согласился разрешать все споры, связанные с инвестициями, в специально предусмотренном договоре суде, то это согласие может быть квалифицировано как отказ (*waiver*) инвестора от механизмов урегулирования споров, предусмотренных в международных соглашениях о защите инвестиций. Но предпосылкой для такого отказа являлось бы рассмотрение инвестора как обладателя права, который тем самым был бы вправе отказаться от него. Однако это исключено, поскольку лишь государство, как сторона договора, имеет на это право.

---

43 См. также Arnauld, Andreas von, *Völkerrecht*, 2012, абз. 964, С. 387; Krajewski (прим. 46), абз. 576.

## **IV. Международные соглашения о защите инвестиций**

### **ЗАЩИТА ИНОСТРАННЫХ ИНВЕСТИЦИЙ**

#### **1. Многосторонние соглашения о защите инвестиций**

В истории встречаются отдельные попытки заключить многосторонние соглашения о защите инвестиций. После Второй мировой войны была заключена Гаванская хартия, которая содержит основные положения о международных инвестициях. Реализованы тогда были лишь торговые правила Генерального Соглашения по Тарифам и Торговле (ГАТТ). В 70-х гг. прошлого века в рамках ООН была разработана «Хартия экономических прав и обязанностей государств», которая не нашла консенсуса между членами ООН. В 90-е гг. Организация экономического сотрудничества и развития (ОЭСР) безуспешно пыталась воплотить в жизнь многостороннее соглашение по инвестициям (МСИ)<sup>44</sup>. Всемирная торговая организация (ВТО) пыталась создать в рамках раунда в Дохе<sup>45</sup> соответствующие международные правила, прежде чем и ей в 2003 г. пришлось отказаться от принятия международного соглашения о защите инвестиций. Некоторые аспекты международной инвестиционной деятельности урегулированы в Генеральном соглашении по торговле услугами (ГАТС), Соглашении по торговым аспектам прав интеллектуальной собственности (ТРИПС) и Соглашении по инвестиционным мерам, связанным с торговлей (ТРИМС)<sup>46</sup>.

Самым важным многосторонним соглашением является соглашение о создании Многостороннего агентства по инвестиционным гарантиям (МИГА) от 11 октября 1985 г. МИГА занимается страхованием от некоммерческих инвестиционных рисков в развивающихся странах и способствует передвижению капитала в них. Застрахованными могут быть такие риски, как препятствование при обмене или переводе денежных средств, риск

---

См. также Drilling, Heike/Sekler, Nicola, *Bilaterale Investitionsabkommen und Investitions Garantien. Konzept, Kritik und Perspektiven*, 2004, С. 9.

45 Раундом в Дохе называют пакет предложений, который прорабатывался в 2001 г. министрами торговли и экономики государств-членов Всемирной торговой организации (ВТО) на их четвертой конференции в г. Доха (Катар) и должен был быть принят до 2005 г. Вследствие плюрализма мнений членов ВТО переговоры не были завершены.

46 Kaufmann, Ivo, *Internationales Investitionsschutzabkommen*, в: *Die Volkswirtschaft. Das Magazin für Wirtschaftspolitik* 11-2006, С. 57.



экспроприации и риск нарушения соглашения или риск возникновения военного конфликта.

Кроме этого, существуют некоторые региональные соглашения с соответствующими правилами. К примеру, международные нормы по защите инвестиций содержатся<sup>47</sup> в учредительных договорах НАФТА и МЕРКОСУР.

Международно-правовая основа для разрешения конфликтов между частными инвесторами и государствами-реципиентами содержится в Конвенции об урегулировании инвестиционных споров между государствами и физическими или юридическими лицами других государств 1965 г.<sup>47</sup>. На основании этой Конвенции в 1965 г. был основан Международный центр по урегулированию инвестиционных споров (*International Centre for Settlement of Investment Disputes, ICSID*). Цель данного центра согласно п. 2 ст. 1 Конвенции заключается в предоставлении арбитражных и примирительных механизмов для урегулирования инвестиционных споров между государствами и ЧЛЮЩА ИНОСТРАННЫХ ИНВЕСТИЦИЙ

гражданами других государств. Штаб-квартирой центра является в соответствии со ст. 2 Международный банк реконструкции и развития. В соответствии со ст. 18 Конвенции Центр обладает полной международной правосубъектностью. Кроме прочего, он обладает правом заключать договоры, подавать иски в суд и быть ответчиком, а также приобретать движимое и недвижимое имущество, и распоряжаться им. Юрисдикция Центра распространяется согласно ст. 25 Конвенции на все непосредственно связанные с инвестициями споры между государством- реципиентом (или зависящими от него юридическими лицами или учреждениями) с одной стороны, и

---

47 Текст: BGBl. 1969 II, С. 371. [http://www.gesetze-im-internet.de/bundesrecht/invstreit\\_bk/gesamt.pdf](http://www.gesetze-im-internet.de/bundesrecht/invstreit_bk/gesamt.pdf); ferner [http://www.admin.ch/opc/de/classified-compilation/1\\_9650042/](http://www.admin.ch/opc/de/classified-compilation/1_9650042/). Pdf. Федеративная Республика Германия и Беларусь являются участниками соглашения. См. zum Centre Schöbener, Burkhard/Markert, Lars, Das International Centre for Settlement of Investment Disputes (ICSID). Organisation, Verfahren und aktuelle Entwicklungen, в: Zeitschrift für Vergleichende Rechtswissenschaft. Archiv für internationales Wirtschaftsrecht (ZVgIRWiss), том 105 (2006), С. 65-116. См. также ниже по тексту.

ГИЛЬБЕРТ ГОРНИГ

гражданином иного договаривающегося Государства с другой стороны, если стороны в письменной форме закрепили передачу спора на разрешение Центру. Если стороны дали указанное согласие, то оно не может быть аннулировано одной из сторон.

## **2. Защита инвестиций на основе двусторонних международных соглашений**

### **а) Понятие**

Двусторонние соглашения о защите инвестиций (*International Investment Treaties* или *International Investment Agreements*) - это международные соглашения, в которых государство-реципиент и третье государство договариваются о гарантиях компенсации ущерба иностранным инвесторам в случае экспроприации собственности. В случае прямых инвестиций со стороны иностранных физических или юридических лиц в чужую страну, эти соглашения предлагают юридическую защиту, особенно против экспроприации без компенсации. Они также включают в себя такие принципы, как национальный режим и режим наибольшего благоприятствования, предоставление справедливого и равноправного отношения, свободный перевод капитала и доходов, а также соглашение, по которому в случае возникновения споров между иностранным инвестором и государством-реципиентом может быть проведено арбитражное разбирательство. Более старые соглашения о защите инвестиций ограничиваются в основном защитой уже существующих инвестиций. Последние соглашения регулируют вопросы о доступе к рынкам, т.е. способность иностранного инвестора осуществлять инвестиции. В значительной мере это наблюдается в соглашениях о защите инвестиций, заключенных с США.

### **б. Значение**

Соглашения о защите инвестиций, как правило, являются двухсторонними (*Bilateral Investment Treaty*). Обычно соглашения о защите инвестиций заключаются между партнерами с очень разным уровнем экономического

развития, а именно между экспортером капитала (экономически развитое государство, импортирующее капитал) и развивающимся государством или государством с переходной экономикой<sup>48</sup>. Тем не менее количество договоров, заключенных между развивающимися государствами или государствами с переходной экономикой увеличивается.

В мире насчитывается около 3000 соглашений о защите инвестиций, которые заключены более чем 180 государствами. Многие были заключены после событий 1990 г. с государствами, которые когда-то принадлежали к так называемому «Восточному блоку». Германия подписала двусторонние соглашения о защите инвестиций с более чем 130 государствами (по состоянию на 2017 г.), Беларусь - с около 60

3 ЧЦИТА ИНОСТРАННЫХ ИНВЕС гнций

государствами<sup>49</sup>. В отношении Австрии действуют 62 соглашения о защите инвестиций<sup>50</sup>. Швейцария находится на третьем месте по количеству соглашений о защите инвестиций после Германии и Китая<sup>51</sup>.

Германия находится на первом месте в мире по количеству заключенных двусторонних инвестиционных договоров. Федеральное министерство

---

См. Drillisch/Sekler (прим. 50), *Bilaterale Investitionsabkommen und Investitions Garantien*, С. 9, 10; Burkard, Eva-Maria, *Zum Spannungsverhältnis von Investitions- und Menschenrechtsschutz*, 2013, С. 46 и далее.

49 <http://www.bmwi.de/BMWi/Redaktion/PDF/B/bilaterale-investitionsfoerderungs-und-schut2vertraege-LFV.property=pdf,bereich=bmwi,sprache=de,rwb=true.pdf>. Исследование ЮНКТАД, проведенное в 2000 г., показало, что Германия заключила самое большое количество соглашений о защите инвестиций (в 2000 г. 126 подписанных соглашений, в октябре 2002 г. - 130). Далее идут Швейцария (95), Китай (94), Великобритания и Франция (по 92). Неожиданным может показаться, что США заключили довольно мало соглашений (43), а также, что такие страны как Китай (94), Румыния (90), Египет (84) или Куба (45) находятся впереди этого списка. См. Drillisch/Sekler (прим. 50), *Bilaterale Investitionsabkommen und Investitions Garantien*, С. 9.

50 См. <http://www.bmwfj.gv.at/AusschwiirtschaftLinvestitionspolitik/Seiten/BilateralInvestitionsschutzabkommen.aspx>.

51 Kaufmann (прим. 52), в: *Die Volkswirtschaft. Das Magazin für Wirtschaftspolitik* 11- 2006, С. 58.

экономики актуализировало <sup>Гильберт Горниг</sup> этот перечень, который доступен на его веб-странице.<sup>52</sup>

Страны, которые экспортируют капитал, хотят обеспечить для своих предприятий как можно больше гарантий и преодолеть, таким образом, препятствия, связанные с инвестиционной политикой. Партнеры стремятся создать благоприятный инвестиционный климат. Развивающиеся страны и страны с переходной экономикой пытаются таким образом привлечь прямые иностранные инвестиции в страну. Так как этой экономической помощи не хватает на всех, между этими странами возникает конкуренция для привлечения иностранных инвесторов. С потоком капитала эти страны надеются заполучить новые технологии и знания, новые рабочие места и благоприятное воздействие на локальную экономику<sup>53</sup>

#### ***в. Развитие двусторонних международных соглашений***

Соглашениям по защите инвестиций предшествовали договоры о дружбе, торговле и судоходстве, которые заключались между различными государствами на ранних этапах развития. Эти соглашения частично содержали положения, которые имели целью защиту инвестиций. Первые соглашения о защите инвестиций современного вида, большинство из которых было заключено в Германии, были появились в 50-е гг. Эти договоры в основном заключались между какими-либо развитым и развивающимся государствами, потому что именно в развивающихся странах существовал наибольший риск экспроприации без компенсации.

#### ***г. Стандарты защиты***

---

52 <http://www.bmwi.de/BMWi/Redaktion/PDF/B^ilateral-e-investitionsfoerderung-und-schutzvertraege-IFV,property=pdf,bereich=bmwi,sprache=de,rwb=true.pdf>. Конференция Организации Объединенных Наций по торговле и развитию (ЮНКТАД) имеет базу данных существующих в мире соглашений о защите инвестиций, в которой все так называемые "5/7" в полном объеме можно скачать бесплатно. Также имеются таблицы ВПТ для отдельных государств (*Country Lists of BITs*).

53 Также Drülich/Sekler (прим. 50), *Bilaterale Investitionsabkommen und Investitions Garantien*, С. 10.

Соглашения по содержанию очень схожи. Несмотря на то, что некоторые аспекты соглашений существенно отличаются, общие принципы находят свое отражение в большинстве из них.

Как правило, соглашения содержат обещания благоприятных условий для инвестиций. Кроме того, в них содержатся многочисленные конкретные обязательства для государства-реципиента. Выделяют абсолютные и относительные стандарты защиты.

Обязательства инвесторов не являются предметом международных соглашений о защите инвестиций. Они возникают в первую очередь из законодательства государства-реципиента<sup>54</sup>.

---

54 Kaufmann (прим. 52), в: Die Volkswirtschaft. Das Magazin für Wirtschaftspolitik 11- 2006, С. 59.

а) ~~Абсолютные стандарты защиты~~

(1) *Защита от незаконной экспроприации имущества*

Поскольку существование международных обязательств из права иностранцев в XX в. было опровергнуто представителями доктрины Кальво, защита от экспроприации, не соответствующих требованиям международного права (*protection from unlawful expropriation*), стала регулироваться в соглашениях о защите инвестиций. В этих соглашениях государство в основном обещает не производить экспроприацию по отношению к гражданам другого государства без адекватной компенсации и не лишать их разрешений на определенную деятельность (концессию). Тем не менее соглашения о защите инвестиций зачастую защищают только стоимость имущества, но не его наличие. Договоры закрепляют условия, которым должна соответствовать экспроприация, но не запрещают ее полностью. К принципам законности, которые устанавливаются соглашениями, относят действия в интересах общества, недискриминирующий характер экспроприации, соблюдение надлежащей процедуры (*due process*) и уплата безотлагательной, эффективной и адекватной компенсации. Не является спорным в литературе то, что экспроприация как таковая в отношении инвесторов со стороны государства-реципиента не запрещается соглашениями о защите инвестиций, однако она должна соответствовать ряду условий, чтобы иметь законный характер<sup>55</sup>.

Соглашения о защите инвестиций часто указывают на так называемую «де-факто экспроприацию». Под ними подразумеваются такие меры, как фактическое лишение имущества на основе государственного акта или общих правил национального административного права, которые ослабляют защиту инвестиций<sup>56</sup>. Кроме этого возможна и так называемая «ползучая экспроприация» (*creeping expropriation*), которая приводит к постепенной девальвации инвестиций<sup>57</sup>.

---

Dolzer, Rudolf/Schreuer, Christoph, Principles of International Investment Law, 2008, С. 89 и далее.

<sup>56</sup> Von Arnould (прим. 49), абз. 974, С. 391.

<sup>57</sup> Von Arnould (прим. 49), абз. 974, С. 391.

Если государство, предоставляющее концессию, имеет право одностороннего выхода из концессионного соглашения, то оно обязано предоставить концессионеру не только компенсацию в размере его вложений, но и компенсацию упущенной прибыли<sup>58</sup>. Если же государство не имеет права одностороннего выхода из концессии и прекращает ее в одностороннем порядке, то это противоречит нормам международного права. В таком случае оно обязано возместить убытки, которые соизмеримы с потерями концессионера и связаны с односторонним выходом из концессии.

Защита от рисков, т. е. от нарушений договора в отношении инвестиций, в частности от политических рисков, а также от прямой или скрытой национализации, обеспечивается страхованием экспортных кредитов (так называемый "*Hermes-Deckungen*"<sup>59</sup>) и доверительными аудиторскими акционерными общими фондами для инвестиций. МИА предлагает страхование инвестиций от некоммерческих рисков<sup>60</sup>.

### (2) *Право на перевод прибыли*

Право на перевод прибыли (*transfer of funds*) позволяет инвестору осуществлять перевод прибыли в государство гражданства (регистрации). Это необходимо для того, чтобы государство-реципиент не запретило переводить прибыль за границу.

### (3) *Полная защита и гарантия безопасности*

Обязательство полной защиты и гарантии безопасности (*full protection and security*) имеет целью защитить инвестиции от вреда, наносимого частными

---

<sup>58</sup> См. Seidl-Hohenveldern, Ignaz/Stein, Torsten, *Völkerrecht*, 10-е изд. 2000, абз. 1632. "*Hermes-Deckung*" это другое название для страхования экспортных кредитов ФРГ в отношении немецких экспортеров и кредитных учреждений. Государственные экспортно-кредитные гарантии защищают немецкие предприятия от потерь из-за неисполнения платежей их иностранных партнеров. Если иностранный партнер не платит, подключается государство. Платежи осуществляет Федеративная Республика Германия лишь в том случае, когда иностранный партнер выбывает из дела. Для защиты экспортных кредитов взимаются сборы. К концу 2012 г. гарантии "*Hermes-Deckung*" Федерального правительства имели кумулятивный положительный баланс в размере 2,98 млрд евро; см. *Hermesdeckungen* годовой отчет 2012, С. 2.

<sup>60</sup> Учредительный договор 1985 г., BGBl. 1987 II, С. 454 и далее.

ГИЛЬБЕРТ ГОРНИГ

лицами, к примеру, повстанцами или террористами, т. к. не только государство может лишать имущества. Таким образом государство гарантирует защиту инвестиций и поэтому бездействие государства может представлять собой нарушение этой гарантии. Тем не менее этот стандарт обязывает государство к исполнению возможных и посильных для него действий (*due diligence*). Данная норма служит, таким образом, восполнением возможного пробела в защите инвестиций.

(4) «Зонтичные» оговорки

С помощью так называемых «зонтичных оговорок» (*umbrella clause*) государство-реципиент обязуется придерживаться всех взятых на себя обязательств. К этим обязательствам относятся соглашения между инвестором и принимающей стороной, и прочие гарантии. Но проблемы могут возникнуть, если договор с инвестором заключало не государство напрямую, а частные организации, контролируемые государством.

(5) Справедливое и равноправное обращение с инвестором

Инвестиционные соглашения содержат положения, которые обязывают к справедливому и равному отношению к инвестору (*fair and equitable treatment*). Эти положения подразумевают под собой, прежде всего, идею правовых гарантий и защиты доверия инвестора. Из-за широты понятия *fair and equitable treatment*, нарушение этого стандарта очень часто предьявляется в инвестиционном процессе, если инвестор считает, что отношение принимающей стороны было несправедливым. Этот стандарт отождествляется во многих соглашениях с минимальным международным стандартом справедливого и равноправного отношения к инвестору<sup>61</sup>. В судебной практике этот стандарт часто трактуется как фактическое содержание защиты доверия инвестора. В судебном процессе обычно проводится анализ, а именно,

---

<sup>61</sup> См. North American Free Trade Agreement (NAFTA), С. 1105 (1): "*Each Party shall accord to investments of investors of another Party treatment in accordance with international law, including fair and equitable treatment and full protection and security*".



оправдала ли принимающая сторона обоснованные и законные ожидания  
ЗАЩИТА ИНОСТРАННЫХ ИНВЕСТИЦИЙ  
(*legitimate expectations*) инвестора и соблюла ли данные ранее обещания.

(1) Национальный режим

Национальный режим (*national treatment*) означает, что государство-реципиент относится к иностранцу так же, как к собственному гражданину. Данный принцип считается нарушенным, если в подобной ситуации отношение к иностранному инвестору хуже, чем к отечественному. Речь может идти как о фактическом, так и о юридическом неравном отношении. Правило распространяется на регистрацию, управление, использование и ликвидацию осуществляемых в соответствии с национальным законодательством государства-реципиента инвестиций.

(2) Режим наибольшего благоприятствования

Режим наибольшего благоприятствования (*most favoured nations treatment*) означает, что коммерческие выгоды предоставляются всем сторонам соглашения равным образом. Преимущества, которые предоставляются государством стороне какого-либо соглашения, должны распространяться и на всех других участников договора, которые заключили с упомянутым государством соглашения о защите инвестиций. Режим наибольшего благоприятствования позволяет государству «А», которое заключило соглашение с государством «Б», рассчитывать на более выгодные положения из соглашения между государствами «Б» и «В», даже если не существует конкретного инвестора из государства «В», отношение к которому было лучше, чем к инвестору из государства «А». Существует исключение в пользу таможенных союзов и соглашений о свободной торговле<sup>62</sup>, в противном случае льготы, предоставляемые в рамках таможенных союзов и соглашений о свободной торговле, должны были бы быть предоставлены и всем другим государствам. Это может в свою очередь привести к тому, что подобные таможенные союзы перестанут создаваться, а соглашения о свободной торговле перестанут заключаться.

---

<sup>62</sup> См. ст. XXIV ч. 4-10 ГАТТ.

#### *д) Европейский союз и соглашения о защите инвестиций*

##### *aa) Договор <sup>ЗАЩИТА ИНОСТРАННЫХ ИНВЕСТИЦИЙ</sup> о функционировании Европейского союза*

Со вступлением в силу Лиссабонского договора прямые иностранные инвестиции относятся к областям, охватываемым общей торговой политикой. В соответствии с пп. «е» п. 1 ст. 3 Договора о функционировании Европейского союза (ДФЕС) Европейский союз обладает исключительной компетенцией в делах общей торговой политики. Следовательно, только Европейский союз может издавать законодательные акты и принимать иные нормативные правовые акты в этой области. В соответствии с п. 1 ст. 2 ДФЕС государства-члены могут принимать собственные решения в этой области, только если они уполномочены Европейским союзом<sup>63</sup>.

##### *бб. Регламент о создании переходного режима для двусторонних соглашений о защите инвестиций*

Два с половиной года спустя после внесения соответствующего предложения Комиссией, 11 декабря 2012 г. было достигнуто соглашение между Европейским Парламентом и Советом касательно Регламента о создании переходного режима для двусторонних соглашений о защите инвестиций между государствами-членами ЕС и третьими странами. Данный регламент вступил в силу 9 января 2013 г.

Несмотря на то, что двусторонние соглашения о защите инвестиций для государств-членов ЕС являются обязательными в рамках международного права, проводится политика по их постепенному замещению соглашениями ЕС, регулирующими тот же самый предмет. Однако в надлежащем регулировании нуждались условия для продолжения существования таких двусторонних соглашений и их корреляции с инвестиционной политикой ЕС<sup>71</sup>. В этой связи государства-члены обязаны принимать надлежащие меры по устранению

---

См. декларативная часть I Регламента № 1219/2012.

несоответствий между <sup>ГИЛЬБЕРТ ГОРНИГ</sup> своими двусторонними соглашениями о защите инвестиций с третьими странами и законодательством ЕС<sup>64</sup>.

Предоставление полномочий для изменения или заключения двусторонних соглашений о защите инвестиций в ст. 7 упомянутого Регламента, должно позволять членам ЕС устранять несоответствия, которые присутствуют между их двусторонними соглашениями и правом ЕС, и которые не относятся к их компетенции, согласно разделению компетенций между ЕС и государствами-членами<sup>65</sup>. В соответствии с п. 1 ст. 9 Регламента Комиссия предоставляет государствам-членам ЕС (за некоторым исключением<sup>66</sup>), полномочия для начала официальных переговоров с третьими государствами с целью заключения или изменения двустороннего соглашения о защите инвестиций, если Комиссия не пришла к выводу, что начало таких переговоров:

- может противоречить законодательству ЕС, если речь не идет о противоречии в разделении компетенций между ЕС и его членами;
- является лишним, поскольку в соответствии с п. 3 с г. 218 ДФЕС Комиссия предоставила рекомендацию начать переговоры с третьим государством или решила предоставить такую рекомендацию;
- является несовместимым с принципами и целями внешней политики ЕС, которые соответствуют общим положениям раздела V главы 1 Договора о Европейском союзе или
- представляет собой серьезное препятствие на пути к ведению переговоров и заключению двусторонних инвестиционных договоров между ЕС и третьими государствами.

В интересах инвесторов из ЕС и их инвестиций в третьих государствах и государствах ЕС двусторонние инвестиционные договоры, в которых закрепляются и гарантируются условия инвестирования, сохраняют свое

---

64 См. декларативная часть 11 Регламента № 1219/2012.

65 См. декларативная часть 12 Регламента № 1219/2012.

66 Также пп. a-d п. 1 ст. 9 Регламента № 1219/2012.

действие и будут постепенно заменяться инвестиционными соглашениями  
ЗАЩИТА ИНОСТРАННЫХ ИНВЕСТИЦИЙ  
Союза, которые характеризуются высокими стандартами защиты для  
инвестиций<sup>67</sup>.

В Регламенте, в частности, предусмотрены многочисленные обязанности осуществления уведомления для государств-членов ЕС, которые преимущественно сопровождаются соответствующими требованиями Комиссии<sup>68</sup>.

*вв) Вывод*

Новый Регламент направлен на обеспечение плавного перехода от нынешней системы двусторонних инвестиционных соглашений между государствами-членами ЕС и третьими государствами к системе, в которой двусторонние соглашения ЕС о защите инвестиций будут устанавливаться

---

См. декларативная часть 6 Регламента № 1219/2012.

<sup>68</sup> См. ст. 8 Регламента № 1219/2012.

Комиссией в рамках <sup>Защита иностранных инвесторов</sup> нового распределения компетенций в пользу Союза, касательно прямых иностранных инвестиций. Это необходимо для полной юридической безопасности и максимальной защиты инвесторов из ЕС и сохранения ЕС как предпочтительного региона для прямых иностранных инвестиций.

## **V. Возможности для подачи иска**

Многие соглашения о защите инвестиций предусматривают право инвестора обращаться с исковым заявлением в международный арбитражный суд. Инвестор может, таким образом, добиваться признания нарушения обязательств из соглашения о защите инвестиций посредством подачи искового заявления в международный арбитражный суд в отношении государства-реципиента, не привлекая, при этом, государство своего гражданства (регистрации) и его дипломатические возможности.

Упомянутый ранее Международный центр по урегулированию инвестиционных споров представляет собой международный арбитражный суд, который находится в Вашингтоне и является членом группы Всемирного банка (*International Centre for Settlement of Investment Disputes*, МЦУИС). Данный центр был учрежден на основе Конвенции об урегулировании инвестиционных споров между государствами и физическими или юридическими лицами других государств в 1965 г. Данный Центр предоставляет возможность разрешения споров между инвестором и государством. Согласно п. 1 ст. 25 упомянутой Конвенции юрисдикция Центра распространяется «на все непосредственно связанные с инвестициями правовые споры между Договаривающимся государством (или любым подразделением или учреждением Договаривающегося государства, указанным Центру этим государством) и физическим или юридическим лицом другого Договаривающегося государства, которые Стороны в письменной форме согласились передать Центру».

Для разрешения соответствующего спора стороны могут получить доступ к ресурсам МЦУИС, равно как и Постоянной палаты третейского суда для межгосударственных споров. Судопроизводство в данной Палате может

осуществляться в рамках правил отправления правосудия в МЦУИС. На сегодняшний день юридическую силу данных правил признает более 150 государств. В этом случае необязательно прохождение всех судебных инстанций в государстве-реципиенте. Следовательно, последнее не может создать препятствия иностранному инвестору для подачи судебного иска с помощью мер, установленных своим национальным законодательством. В соответствии с абз. 1 ст. 42 Конвенции МЦУИС арбитражный суд может применять нормы международного права, разрешая споры, предметом которых являются правоотношения между (частным) инвестором и государством-реципиентом. Суд, таким образом, разрешает споры, применяя право, выбранное сторонами в соответствующем соглашении. В случае отсутствия подобного соглашения Суд применяет законодательство государства, которое является стороной спора, в том числе и его международное частное право, а также соответствующие нормы международного права. Решение, вынесенное Судом, должно быть непосредственно реализовано договаривающимся государством, как если бы это было окончательным решением суда последней инстанции в данной стране. В соответствии со ст. 54 и ст. 55 Вашингтонской конвенции не распространяет свое действие на принцип государственного иммунитета в отношении исполнения решения Суда. Слушания дела в МЦУИС и его решения являются негласными, если обе стороны не дали согласие на проведение гласного судебного разбирательства. Если государство- реципиент не выполняет свои обязательства, оно может впредь не получить кредиты от Всемирного банка.

Менее благоприятным является разрешение споров вне системы МЦУИС. Нью-Йоркская Конвенция о признании и приведении в исполнение иностранных арбитражных решений (*Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards*, Нью-Йорк)<sup>69</sup> является основным международным соглашением по вопросам арбитража. Стороны соглашения

---

69 <http://www.admin.ch/opc/de/classified-compilation/19580084/201305010000/0.277.12.pdf>.

Г ИЛЬБЕРТ Г ОРНИГ

обязуются осуществлять разрешение споров между собой не в рамках обычного судопроизводства, а посредством заключения частноправовых арбитражных соглашений. Они также обязуются признавать и исполнять решения арбитражных судов, если арбитражное разбирательство проводилось в другом государстве. Исчерпывающий список исключений перечислен в ст. V вышеназванной Конвенции. Она признает несколько причин, по которым соответствующее государство может отказаться от исполнения арбитражного решения.

В рамках других арбитражных судопроизводств, к примеру, в ЮНСИТРАЛ или в Международной торговой палате в Париже, решения подлежат исполнению согласно Нью-Йоркской конвенции по всему миру. Решения принимаются по заявлению государства-участника Конвенции по вопросам применения и толкования соглашений (арбитражный процесс между двумя государствами) или по заявлению инвестора по вопросам причиненного ущерба (арбитражный процесс между инвестором и государством). Решения арбитражных судов в обоих случаях являются окончательными, обязательными и подлежащими исполнению.

Спорным является вопрос о том, осуществляет ли инвестор посредством подачи иска свои собственные субъективные права, которые закреплены в соглашении о защите инвестиций, или права государства своего гражданства (регистрации). Последний вариант является более верным.

## **VI. Дипломатическая защита**

### **1. Значение и содержание**

Соответствующее лицо не может от своего имени выдвигать международно-правовые требования за исключением судебных разбирательствах в соответствии с упомянутой Вашингтонской конвенцией. Чаще всего государство, гражданин которого вовлечен в спор, должно предъявить международно-правовые требования по отношению к государству-реципиенту посредством дипломатической защиты. Государство



гражданства (регистрации) инвестора, само является потерпевшим в случае нарушения международного права государством- реципиентом.

## **2. Условия дипломатической защиты**

Условием для применения дипломатической защиты является наличие действий третьего государства, нарушающих международное право, или исчерпание всех средств правовой защиты в третьем государстве. Условие обязательного исчерпания всех средств правовой защиты, являясь международным обычным правом<sup>70</sup>, касается только эффективных средств правовой защиты.

---

70 См. Geck, Wilhelm Karl, *Diplomatie Protection*, в: Bernhard (ed.), *Encyclopedia of Public International Law*, Lieferung (Lfg.) 10, 1987, С. 99 и далее (110).

Однако государство осуществляет дипломатическую защиту того или иного лица и предъявляет правовые требования по поводу компенсации причиненного ему ущерба только при наличии у такого лица гражданства данного государства. Таким образом, Федеративная Республика Германия имеет право осуществлять дипломатическую защиту немецких граждан в вопросах собственности и капитала вне зависимости от места их проживания, если граждане исчерпали в государстве-реципиенте все средства правовой защиты или их реализация представляется невозможной.

### **3. Обязательство Федеративной Республики Германия по обеспечению дипломатической защиты**

#### ***а) Правовая основа***

В рамках международного права государства вправе, но не обязаны предоставлять дипломатическую защиту. Существование обязательств государства по предоставлению дипломатической защиты собственных граждан зависит лишь от существования уполномочивающих на то норм национального законодательства.

Абзац шестой ст. 3 Конституции Германской империи<sup>71</sup> и абзац второй ст. 112 Веймарской конституции<sup>72</sup> содержали конституционно гарантированное право на дипломатическую защиту. В нынешней Конституции Федеративной Республики Германия (Основной Закон) данное право не установлено, но оно, тем не менее, существует. В соответствии с практикой Федерального Конституционного суда Германии обязанность предоставления дипломатической защиты проистекает из объективного ценностного содержания соответствующих правовых норм и норм конституционного долга государства. Защита основных прав человека и гражданина как решение морально-этического характера является объективно-правовым обязательством государства. С одной стороны, государство обязуется воздерживаться от

---

<sup>71</sup> Текст: RGBI. 1871, С. 63 и далее.

<sup>72</sup> Текст: RGBI. 1919, С. 1383 и далее.

каких-либо нарушений <sup>ЗАЩИТА ИНОСТРАННЫХ ИНВЕСТИЦИЙ</sup> основных прав гражданина и человека, с другой стороны, оно обязано заботиться о защите своих граждан от посягательств со стороны других государств<sup>73</sup>. Таким образом, к основным правам человека и гражданина относится не только сама гарантия на предоставление защиты от нарушений со стороны государства, но и право на требование исполнения данного обязательства государством. Это означает, что обязанность государства предоставлять дипломатическую защиту вытекает из основных прав человека и гражданина<sup>74</sup>, даже если кто-либо пострадал от действий третьего государства<sup>75</sup>. Таким образом, возникает соответствующее право гражданина на предоставление ему дипломатической защиты<sup>76</sup>.

Нарушение основных прав, закрепленных в абзаце первом ст. 14 и абзаце третьем ст. 3 Основного Закона, имеет место в случае принятия мер соответствующим государством в виде конфискации, т.к. экспроприация без предоставления компенсации<sup>77</sup> и дискриминация по признаку происхождения противоречат Основному Закону.

#### **б) Границы защиты**

Международная защита осуществляется по усмотрению государства. Дипломатическая защита предоставляется только в том случае, когда ее предоставление не противоречит международному праву и первостепенным интересам государства и общества<sup>78</sup>. Каждое государство обладает внешнеполитической свободой действий. Каждому государству предоставлена

---

См. Klein, Eckart, *Diplomatischer Schutz und grundrechtliche Schutzpflicht*, в: *Die Öffentliche Verwaltung (DÖV)* 1977, С. 704 и далее.

74 Klein (прим. 82), в: *DÖV* 1977, С. 705 и далее.

См. также BVerfGE (решение Федерального Конституционного суда) 55, С. 349 (346); 40, С. 141 (177).

76 См. *Entscheidungssammlung des Bundesverwaltungsgerichts (BVerwGE)*, (Собрание решений Федерального Административного суда) 62, С. 11 (14).

77 Нельзя возразить, что экспроприация была осуществлена до возникновения Основного закона, т. к. иски против Правительства Польши на предмет возмещения ущерба представляют блага, подпадающие под защиту ст. 14 Основного закона, см. решение Федерального Конституционного суда 40, С. 141 (168); см. также Blumenwitz, *Offenhalten*, С. 83 и далее.

78 См. также Geck (прим. 79), *Encyclopedia of Public International Law*, Lfg. 10, С. 101.

Г ИЛЬБЕРТ Г ОРНИГ  
свобода действий касательно вопросов возможности и объема предоставления международной защиты<sup>79</sup>.

Ошибочным является, к примеру, бездействие Федерального правительства Германии при рассмотрении определенного вопроса по поводу предоставления дипломатической защиты. Если конституционно гарантированное право на защиту не осуществляется, то это также является нарушением основных прав человека и гражданина .<sup>88</sup>

***в) Дипломатическая защита вследствие принятие мер в виде конфискации***

В решении по поводу Варшавского договора от 7 июля 1975 г. Федеральный Конституционный суд постановил, что органы и государственные учреждения Федеративной Республики Германия обязаны конституционным путем осуществлять защиту немецких граждан

89

и их интересов в иностранных государствах .

В решении от 8 сентября 1993 г.<sup>80</sup> Федеральный Конституционный суд постановил: «Не представляет собой нарушения основных прав то, что

---

79 См. решение Федерального Конституционного суда 55, С. 349 (365); Федеральный Конституционный суд придерживается того мнения, что «устройство внешних связей и последовательности событий определяется не только по воле ФРГ, но и во многих случаях зависит от обстоятельств, которые находятся вне ее ведения». Что касается вопроса, намерено ли Федеральное правительство предоставить защиту за рубежом, то необходимо сказать, что свобода принятия решения по собственному усмотрению очень ограничена; см. решение Федерального Административного суда 62, 11 (15). Что касается дипломатической защиты для немцев за рубежом, Высший Административный суд Мюнстера (Deutsches Verwaltungsblatt [DVB1.] 1962, С. 139 [140]) постановил, что в закреплённая абз. 1 ст. 1 Основного закона обязанность всей государственной власти защищать человеческое достоинство предоставляет право лицу на активную защиту государства во всех случаях нарушения человеческого достоинства не только в области внутренней политики, но и при нарушениях со стороны государственной власти иностранного государства. Тем не менее, степень этой защиты влияет на отношения с иностранными государствами. Данные особенности международной защиты суд Мюнстера принял во внимание и постановил, что субъективного права гражданина на предоставление защиты государством за границей не существует. Имеет место скорее субъективное публичное право на осуществление защиты по официальному усмотрению при рассмотрении конкретного случая. При этом учитываются отношения ФРГ с другими государствами, интересы защищаемого лица и общественности. В соответствии с позицией Федерального Конституционного суда (Neue Juristische Wochenschrift [NJW] 1981, С. 1499 и далее) Федеральное правительство обладает в подобных вопросах «широким политическим правом усмотрения».

80 3-я Палата 2-го Сената 2 Федерального Конституционного суда 2121/92 и др.

Федеральное правительство не предприняло никаких других конкретных шагов, чтобы помочь заявителям осуществить свои права, предъявленные польскому государству. Учитывая спорность заявленных требований и политическую ситуацию в немецко-польских отношениях, усилия немецкой стороны в этом направлении были бы безуспешными и нанесли бы вред». Тем самым, ни один субъект права не может претендовать на осуществление *конкретных* действий со стороны Федеративной Республики Германия.

До сих пор Федеральное правительство не осуществило ни одной защитной меры против беспрецедентных актов экспроприации. Несмотря

на это оно регулярно подчеркивает незаконность этих действий в рамках международного права<sup>41</sup>.

## VII. Заключение

Предприниматель, осуществляющий инвестиции в третьей стране, защищен положениями международного обычного права. При этом само наличие собственности не защищается. Экспроприация является допустимой, если она необходима для всеобщего блага, не носит дискриминационный характер, а также предусматривает быструю, адекватную и эффективную компенсацию.

Кроме этого, инвестор может быть защищен инвестиционным соглашением, заключаемым им с государством-реципиентом. Однако данное соглашение не является международным и реализуется в рамках национального права государства-реципиента, что может стать причиной споров между инвестором и государством-реципиентом.

Многосторонние соглашения о защите инвестиций имеют своей целью защиту инвесторов и таким образом побуждают к инвестированию в соответствующих государствах. Самое важное соглашение о защите инвестиций - это соглашение о создании Многостороннего агентства по инвестиционным гарантиям (МИГА) от 11 октября 1985 г. МИГА

<sup>41</sup> См. Bundestags-Drucksache (BT-Drs.) 11/7033; 8/4463, С. 3, 7/2465, С. 4; 7/18512. Позиция Федерального правительства по вопросам конфискации собственности перемещенных лиц не была, конечно, лишена противоречий. Несмотря на то, что Федеральное правительство опровергло *"existing possession"* и наличие *"valuable assets, including claims"* в Европейском суде по правам человека, оно подчеркнуло спорный внутривнутриполитический вопрос о примирении с восточными соседями и об «открытости имущественных вопросов». Blumenwitz, Dieter, Die vermögensrechtlichen Ansprüche der zyprischen Heimatvertriebenen unter besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte, в: Gornig, Gilbert/Murswiek, Dietrich (Изд.), Das Recht auf die Heimat, 2005, С. 131 и далее (140).

гарантирует защиту от некоммерческих инвестиционных рисков в развивающихся странах и благоприятствует переводу капитала в данных государствах. Большое значение имеют, однако, двусторонние соглашения о

<sup>3</sup>ЗАЩИТА ИНОСТРАННЫХ ИНВ. СТАЦИИ

защите инвестиций, которые, будучи международными договорами, подчинены только нормам международного права и предоставляют инвестору разностороннюю защиту для его инвестиций. В данных соглашениях устанавливаются, как правило, привлекательные условия для инвестиций. Кроме того, соглашения содержат многочисленные конкретные обязанности для государства-реципиента. Различают абсолютные и относительные стандарты защиты. В соответствии с пп. «е» п. 1 ст. 3 Договора о функционировании Европейского Союза (ДФЕС) Европейский союз обладает исключительной компетенцией в делах общей торговой политики. Следовательно, только ЕС может быть законодателем в указанной сфере и издавать нормативные правовые акты. Регламент о создании переходного режима для двусторонних соглашений о защите инвестиций между государствами-членами ЕС и третьими государствами закрепляет, что имеющиеся соглашения о защите инвестиций, в которых содержатся условия и гарантии инвестиций, будут сохраняться, изменяться или постепенно заменяться на соглашения ЕС, которые предоставят более высокие стандарты защиты для инвестиций.

Международный центр по урегулированию инвестиционных споров, являясь международным арбитражным судом, находящимся в Вашингтоне, предоставляет возможность разрешения споров между инвестором и государством. Юрисдикция Центра распространяется на все непосредственно связанные с инвестициями споры, а именно между государством-реципиентом (или его уполномоченным подразделением или учреждением), с одной стороны, и физическими или юридическими лицами другого договаривающегося государства, с другой стороны, при условии, что стороны в письменной форме договорились о разрешении споров в данном Центре. Подобный арбитражный суд разрешает спор, руководствуясь правом государства, выбираемым сторонами соглашения. Решение, вынесенное судом, должно быть исполнено непосредственно государством-реципиентом, как если бы это было окончательное решение национального суда последней инстанции.

В международном праве лицо, вовлеченное в спор, не может от своего имени выдвигать международно-правовые требования. Чаще всего государство, гражданином которого оно является, должно предъявить международно-правовые требования по отношению к государству- реципиенту посредством осуществления дипломатической защиты. Исключением являются судебные разбирательства в соответствии с Вашингтонской конвенцией 1965 г.

- 13 Это понятие также может касаться национального права государства-реципиента,  
 1° Тот, кто предполагает вмешательство в его право собственности, должен доказать, что такое право существует, решение от 14.10.1976 D 7694/76 DR 12, С. 131.
- 20 К иному выводу пришла Судебная палата в деле *Loizidou*, см. ссылку 18 ранее. Касательно решений Европейского суда по правам человека в области прав собственности см.: Horn, Hans-Detlef, Menschenrechte und Konfiskationen - insbesondere zu den Enteignungen in der sowjetischen Besatzungszone, in: Gornig, Gilbert H./Horn, Hans-Detlef/Murswiek, Dietrich (Изд.), Eigentumsrecht und Enteignungsrecht. Analysen und Beiträge zur Vergangenheitsbewältigung, ч. 2, 2009, С. 49 и далее (55 и далее); также: Zum Umgang des Rechtsstaats mit vorangegangenem Unrecht, в: Gornig, Gilbert H./Horn, Hans-Detlef/Murswiek, Dietrich (Изд.), Eigentumsrecht und Enteignungsrecht. Analysen und Beiträge zur Vergangenheitsbewältigung, ч. 3, 2012, С. 195 и далее (204 и далее).
- 21 См. также Blumenwitz (прим. 19), в: Gornig/Murswiek, С. 131 и далее (137).  
 Vertreibung, 1987, С. 239 и далее; Gornig, Gilbert, Völkerrecht und Völkermord, 2002, С. 11 и далее.
- 27 Жители Данцига (современное наименование города - Гданьск) и немцы к востоку от линии Одер-Нейсе были вытеснены с их родины путем внутренних административных распоряжений (см. Федеральное министерство по делам перемещенных лиц, беженцев и жертв войны [Изд.], Die Vertreibung der deutschen Bevölkerung aus den Gebieten östlich der Oder-Neiße, том 3: Польские законы и постановления, 1960, С. X и далее) Эти перемещения населения нарушают Гаагскую конвенцию о законах и обычаях сухопутной войны, которая не содержит конкретного запрета изгнания или перемещения лиц, но ст. 43, 46 и 50 которой закрепляют право населения на предыдущее место жительства. Гаагская конвенция о законах и обычаях сухопутной войны (текст: Reichsgesetzblatt (RGBl) 1910, С. 107 и далее) касалась и Польши тоже. Эти нормы были имплементированы в польское право путем принятия закона от 10.03.1927 (Dziennik Ustaw Rzeczypospolitej Polskiej, Nr. 21, Pos. 158, 159). Условия *occupatio bellica*, а именно достижение фактической власти и продолжения состояния войны, были выполнены. После капитуляции и прекращения военных действий состояние войны еще не закончилось. См. также Gornig, Gilbert, Das Memelland gestern und heute. Eine rechtliche Betrachtung, 1991, С. 126 и след. Blumenwitz (прим. 25), Das Offenhalten der Vermögensfrage, С. 55. Таким образом, польские мероприятия по отчуждению имущества не могут быть оправданы общественным благом, т.к. они преследуют цели, противоречащие международному праву. Исходя лишь из данного основания, они являются незаконными.
- Польские акты экспроприации допускали неравное отношение к жителям Данцига и немцам по сравнению с другими иностранцами и польскими гражданами. Декрет от 08.03.1946 (Dziennik Ustaw Rzeczypospolitej Polskiej Nr. 13, Pos. 87, нем. текст: Федеральное министерство перемещенных лиц, том 3 (прим. 27), Nr. 38, С. 126 и далее) предписывал экспроприацию имущества всех граждан Данцига и немцев как физических, так и юридических лиц, но не польских граждан. Согласно пп. «б» п. 1 ст. 2 Декрета о проведении земельной реформы от 06.09.1944 (Dziennik Ustaw Rzeczypospolitej Polskiej Nr. 3, Pos. 13, нем. текст: Федеральное министерство перемещенных лиц (прим. 27), Nr. 10, С. 26 и далее) у немцев конфисковывались земельные участки, находящиеся в собственности, вне зависимости от их размера. Польские землевладельцы лишались собственности, если



она превышала определенную минимальную границу. См. также пп. «е» п. 1 ст. 2 Декрета от 06.09.1944. Кроме того, согласно ст. 17 данного Декрета подвергшиеся экспроприации польские сельхозпроизводители имели право требовать иной земельный участок или ежемесячное пособие.

правосудия (ППМП), том 6 (1926), С. 22 и далее (Certain German Interests in Polish Upper Silesia [Merits]).

Экспроприация в отношении граждан Данцига и немцев происходила без какой-либо компенсации (в результате земельной реформы на основании Закона от 06.09.1944 был экспроприрован без возмещения ущерба весь сельскохозяйственный сектор, текст: Dziennik Ustaw Rzeczypospolitej Polskiej Nr. 3, Pos. 13, нем. текст: Федеральное министерство перемещенных [прим. 27], Nr. 10, С.

26 и далее). Пункт 1 ст. 2 Закона от 03.01.1946 гласит «относительно приемки основных секторов национальной экономики в собственность государства» (текст: Dziennik Ustaw Rzeczypospolitej Polskiej Nr. 3, Pos. 17, нем. текст: Федеральное министерство перемещенных [прим. 27], Nr. 30, С. 97 и далее), без компенсации в собственность государства переходят предприятия промышленности, горнодобывающей промышленности, транспорта, страхования и торговли «Германского Рейха и бывшего вольного города Данцига, граждан Германского Рейха и бывшего вольного города Данцига, если они не являются поляками или лицами другой ранее преследуемой немцами национальности, немецких и данцигских юридических лиц, за исключением юридических лиц, обладающих публичными правами, обществам, которые контролировались гражданами Германии или Данцига либо немецкой администрацией или администрацией Данцига, а также лиц, перешедших на сторону врага». Польша оправдывает конфискацию тем, что собственность беженцев являлась военными трофеями, которые могут быть изъяты без компенсации. Это оправдание не имеет под собой оснований. Право на изъятие военных трофеев является институтом международного права войны прошедшего столетия. После принятия Гаагских конвенций до начала Второй мировой войны, закрепилось правило, что частная собственность при ведении сухопутной войны должна оставаться неприкосновенной. Таким образом не существует права победителя на имущество побежденного. Это положение также действует в обычном международном праве. Данный запрет был в силе также и после безоговорочной капитуляции 7 и 8 мая 1945 г. (текст капитуляции 08.05.1945: Amtsblatt des Kontrollrats in Deutschland, Ergänzungsblatt Nr. 1, С. 6), поскольку состояние войны в юридическом смысле не закончилось с прекращением военных действий. Вторая мировая война завершилась фактическим возобновлением мирных отношений между Германией и ее противниками, точная дата которого не может быть установлена. Этим моментом можно считать примерно 1955 год. См. Berber, том 2, С. 101, 102; Stödter, Rolf, Die völkerrechtliche Stellung Deutschlands, в: Die Friedenswarte, 1948, С. 111 и далее (116); в особенности см. также Mosler, Hermann/Doehring, Karl, Die Beendigung des Kriegszustands mit Deutschland nach dem Zweiten Weltkrieg, 1963, С. 409 и далее. Другого мнения были, конечно, союзные державы: см. Zayas, Alfred de, Die Vertreibung in völkerrechtlicher Sicht, в: Blumenwitz, Dieter (Изд.), Flucht und Vertreibung, 1987, С. 239 и далее (245). Согласно официальной позиции Польши на территориях Одер-Нейсе больше не действовали Гаагские конвенции, т. к. данные территории уже были под суверенитетом Польши и больше не являлись оккупированной территорией; см. Skubiszewski, Krzysztof, Administration of Territory and Sovereignty: A Comment on the Potsdam Agreement, в: AVR, том 23 (1985), С. 31 и далее.

- 34 См. Veith/Böckstiegel (прим. 9), С. 169 и далее; Bindschedler (прим. 9), С. 54 и далее. Австрийской Республикой) так называемые глобальные соглашения о компенсации. Согласно ст. 1 соглашения с Австрией Правительство Германской Демократической Республики выплачивает Правительству Австрийской Республики финансовые средства для возмещения «требований по денежным обязательствам, которые были изъяты у Австрийской Республики, австрийских граждан или австрийских юридических лиц

вследствие взятия их собственности под контроль Правительства Германской Демократической Республики». В соответствии со ст. 7 «все денежные требования удовлетворяются с полной оплатой суммы, указанной в статье 1». См. BVerfG, 2 BvR 1867/00 от 14.2.2003, Absatz-Nr. (1-16), [http://www.bverfg.de/entscheidungen/rk20030214\\_2bvrl86700.html](http://www.bverfg.de/entscheidungen/rk20030214_2bvrl86700.html). Федеративная Республика Германия, как правопреемница ГДР, в июне 1993 г. осуществила последнюю выплату в бюджет Австрийской Республики.

заключенных международных договоров "*were recognized by all civilized nations and were regarded as being declaratory of the laws and customs of war*", цит. Berber, Friedrich, Lehrbuch des Völkerrechts, том 2: Kriegsrecht, 2-е изд. 1969, С. 73. См. также Rosenblad, Edbjöm, Area Bombing and International Law, в: Revue de Droit Penal Militaire et de Droit de la Guerre, том 15, 1-2 (1976), С. 53 и далее; Verdross/Simma (прим. 1), §581, С. 366.

<sup>45</sup> См. Fiedler, Wilfried, Kulturgüter als Kriegsbeute? Rechtliche Probleme der Rückführung deutscher Kulturgüter aus Rußland, 1995, С. 19 и далее.

66 *Treuarbeit AG* (доверительное аудиторское акционерное общество) сокращенное название *Deutsche Revisions- und Treuhand-AG*, штаб-квартира которого находится в Гамбурге. Оно работает вместе с *Hermes Credit Insurance AG* и *АКА (АК.4-кредиты)* и также *Gefl (Ge/i-кредиты)* для представления экспортного покрытия во внешней торговле. См. <http://www.wirtschaftslexikon24.cora.d/treuarbeit-ag/treuarbeit-ag.htol>.

71 См. декларативная часть 5 Регламента № 1219/2012.

См. также решение Федерального Конституционного суда 40, 141 и далее (177). См. Blumenwitz (прим. 25), *Das Offenhalten der Vermögensfrage*, С. 91.

89 Решение Федерального Конституционного суда 40, С. 141, 177 и далее.