
ПРАВОПРИМЕНЕНИЕ В МЕЖДУНАРОДНОМ ПРАВЕ

THE LAW ENFORCEMENT IN INTERNATIONAL LAW

УДК 341.6

DOI 10.52468/2542-1514.2025.9(2).159-168



ОСОБЕННОСТИ ПРИМЕНЕНИЯ МЕЖДУНАРОДНЫХ ОБЫЧАЕВ В ПРАКТИКЕ ИНВЕСТИЦИОННОГО АРБИТРАЖА

С.Д. Пименова

Московский государственный университет имени М.В. Ломоносова, г. Москва, Россия

Информация о статье

Дата поступления –

05 сентября 2024 г.

Дата принятия в печать –

20 марта 2025 г.

Дата онлайн-размещения –

20 июня 2025 г.

Ключевые слова

Право международных обычаев, международные инвестиционные соглашения, инвестиции, инвестиционный арбитраж, споры между иностранным инвестором и государством, международное разрешение споров, Комиссия международного права ООН, Статьи об ответственности государства за международно-противоправные деяния

Представлен анализ практики арбитражных трибуналов по вопросам толкования и применения международных обычаев при разрешении инвестиционных споров. Делается вывод, что арбитры не склонны анализировать вопросы наличия или отсутствия устойчивой практики государств или *opinio juris* как элементов формирования обычая. Они опираются на выводы о наличии обычной нормы, сделанные ранее другими международными судами и трибуналами или исследователями. Арбитры руководствуются Статьями об ответственности государств за международно-противоправные деяния 2001 г. (Статьи), рассматривая их как документ, содержащий положения, идентичные существующим международным обычаям. Однако применение положений Статей отличается непоследовательностью, особенно в чувствительных для государств вопросах, связанных с выплатой компенсации инвесторам. В будущем высока вероятность возникновения инвестиционных споров, основанных исключительно на нормах международного обычного права.

APPLICATION OF THE RULES OF CUSTOMARY INTERNATIONAL LAW IN THE PRACTICE OF INVESTOR–STATE ARBITRAL TRIBUNALS

Sofia D. Pimenova

Lomonosov Moscow State University, Moscow, Russia

Article info

Received –

2024 September 05

Accepted –

2025 March 20

Available online –

2025 June 20

Keywords

Customary international law, international investment agreements, investments, investment arbitration, investor–state arbitral tribunals, international dispute resolution,

The subject. At the beginning of the 21st century the growing interest of the parties to the dispute and the arbitral tribunals in the rules of customary international law became apparent. This has raised doctrinal and practical questions about the relationship between treaty norms and rules of customary international law in the field of foreign investment protection. The most discussed of them were the issues of filling the gaps in international treaties through the application of the rules of customary international law and the establishment by the arbitral tribunals of the content of the customs they need to apply during dispute resolution.

Materials and methods. This research carried out a scientific analysis of the practice of investor–state arbitral tribunals regarding the interpretation and application of the rules of customary international law in settlement of investment disputes.

Discussion. Numerous investor-state arbitration awards show that arbitration tribunals constantly use the rules of customary international law in dispute resolution. Moreover, arbitrators often refer to the rules of customary international law as a separate legal basis for their conclusions. As modern practice shows, in most cases arbitrators are not inclined

the International Law Commission, ARSIWA

to consider the existence or the absence of State practice or *opinio juris*, instead relying on the conclusions about the existence of a customary rule made earlier by the ICJ, the PCIJ and other arbitration tribunals, as well as international treaties, reports of the International Law Commission and doctrine.

The main results and conclusions. The rules of customary international law are applied by the arbitral tribunals when considering a wide range of issues (jurisdiction, organization of arbitration, applicable substantive law and liability issues). A vivid example of the use of the rules of customary international law in the settlement of investment disputes to fill the gaps in international treaties was a reference by arbitral tribunals to the Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts adopted by the International Law Commission as a codification of existing rules of customary international law in this area. However, the peculiarity of the use of the Articles by the arbitral tribunals is that the arbitrators consider it as a document containing formulations identical in content to existing rules of customary international law. This leads to the “automatic” application by the arbitrators of the provisions of the Articles to the facts of the case without analysing State practice. Moreover, application of the provisions of the Articles by the arbitral tribunals seems inconsistent, especially in such sensitive issues for the States as the amount of compensation awarded to an investor and contributory fault by an investor. In addition, the high creativity of investors suggests the emergence of claims based solely on the rules of customary international law, and not the provisions of international investment agreements.

1. Введение

Как отмечают исследователи, вплоть до середины XX в. основным источником международного инвестиционного права был международный обычай, поскольку отдельные положения в международных договорах о защите собственности иностранных граждан встречались редко и носили расплывчатый характер [1, р. 159]. Все предпринятые попытки разработать универсальное многостороннее соглашение о защите иностранных инвестиций закончились неудачей из-за конфликта позиций развитых и развивающихся государств, которые имели зачастую диаметрально противоположные мнения по ключевым вопросам [2, р. 1049–1050]. На этом фоне неожиданным стал бурный рост числа заключаемых государствами двусторонних соглашений о поощрении и взаимной защите капиталовложений¹ – одно из наиболее заметных событий международного права конца XX в. [1, р. 157].

Сегодня правовая защита иностранных инвесторов в основном обеспечивается нормами двусторонних международных договоров, которые являлись применимым правом для арбитражных трибуналов при разрешении подавляющего большинства

инвестиционных споров [3, р. 10]. Такое доминирование договорных норм привело к некоторому забвению норм международного обычного права, которые отошли на второй план [4, р. 261; 5, р. 157]. Однако в начале XXI в. государства, международные суды и трибуналы, а также академическое сообщество столкнулись с ростом интереса к международным обычаям для целей разрешения международных споров (включая споры между государствами и инвесторами) [6, с. 78], что применительно к инвестиционным спорам породило множество доктринальных и практических вопросов о взаимоотношении договорных и обычных норм в сфере защиты иностранных инвестиций. Пожалуй, наиболее обсуждаемыми проблемами стали заполнение пробелов в международных договорах за счет применения обычных норм и установление арбитражными трибуналами содержания международных обычаев. К сожалению, пока эти дискуссии не нашли должного отражения в отечественной литературе, за исключением ряда публикаций (см., напр.: [7]).

Как отметили арбитры Трибунала по урегулированию взаимных претензий Ирана и США (*Iran-US Claims Tribunal*) в деле *Amoco*, нормы обычного меж-

¹ Согласно статистическим данным, на 1 июля 2024 г. заключено 2 835 двусторонних инвестиционных договоров, из них 2 222 вступили в силу. Кроме того, заключено 462 региональных торговых соглашения с инвестиционными главами, из них 388 вступили в силу. Таким образом, на се-

годня существует почти 3 300 международных инвестиционных соглашений. См.: International Investment Agreements Navigator. URL: <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements>.

дународного права могут быть полезны для заполнения пробелов в международном договоре, для выяснения значения недостаточно четко определенных в тексте договора терминов, а также как вспомогательное средство для толкования и применения договорных положений². Кроме того, обычные нормы могут применяться в тех случаях, когда ссылка на них есть в применимом международном договоре, и, теоретически, если обычная норма, возникшая после заключения международного договора, заменила собой соответствующую договорную норму (до настоящего времени ни один арбитражный трибунал не заявил о подобном случае) [8, р. 309].

Проведенные исследования показывают, что арбитражные трибуналы при рассмотрении инвестиционных споров довольно часто используют нормы обычного международного права (как правило, по инициативе сторон спора), зачастую применяя их в качестве отдельного правового основания для своих выводов. Нормы обычного международного права применяются трибуналами при рассмотрении широкого круга вопросов (юрисдикция, организация арбитражного разбирательства, применимое материальное право и вопросы ответственности) [8, р. 310].

В настоящей статье будут рассмотрены основные проблемы использования арбитражными трибуналами норм обычного международного права при разрешении инвестиционных споров.

2. Заполнение пробелов

Наглядным примером использования обычных норм для устранения пробелов в применимых международных договорах стали частые ссылки арбитражных трибуналов на разработанные Комиссией международного права ООН (далее – Комиссия) Статьи об ответственности государств за международно-противоправные деяния 2001 г. (*Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, ARSIWA*; далее – Статьи об ответственности, Статьи). Арбитрам предстояло объяснить причину, по которой они решили использовать именно этот документ, принимая во внимание, что Статьи не яв-

ляются международным договором, вступившим в силу и являющимся потому обязательным, и по замыслу Комиссии предназначался для использования в отношениях между государствами, а не в спорах между государствами и частными лицами [9, р. 287].

Что касается первого аспекта, арбитры, как правило, ограничивались указаниями на то, что Статьи «отражают», «кодифицируют», «устанавливают», «подтверждают», «формулируют», «артикулируют», «представляют» или «декларируют» нормы международного обычного права [10, р. 101]. Так, в деле *Noble Ventures Inc. v. Romania* арбитражный трибунал отметил, что несмотря на то, что Статьи не имеют обязательной силы, они широко рассматриваются как кодификация существующих обычных норм об ответственности государств³.

Не составило труда арбитрам обосновать и применение Статей в спорах между государствами и частными лицами. Так, в решении по делу *Salini v. Argentina* арбитражный трибунал заключил, что несмотря на то что Статьи об ответственности касаются только межгосударственных требований, сходные принципы применяются к требованиям частных лиц в международном праве⁴. Таким же образом трибунал в деле *Vestey Group v. Venezuela* указал, что вопреки тому, что Статьи регулируют вопросы ответственности между государствами, общепринято, что их ключевые положения могут быть применены в спорах между государством и инвестором⁵.

В результате такой «нормативно неожиданной, но примечательно непротиворечивой практики» [11, р. 620] сложилась ситуация, при которой арбитражные трибуналы регулярно ссылаются на Статьи как на комплекс норм международного права, применимый к спорам между инвестором и государством, которые возникают на основе межгосударственных инвестиционных договоров [12, р. 381].

Регулярные доклады Генерального секретаря ООН об использовании Статей международными судами и трибуналами красноречиво показывают, что сейчас именно арбитражные трибуналы по рассмотрению инвестиционных споров наиболее активны в этом отношении по сравнению с другими междуна-

² Iran–United States Claims Tribunal (IUSCT). *Amoco International Finance Corporation v. The Government of the Islamic Republic of Iran, National Iranian Oil Company, National Petrochemical Company and Kharg Chemical Company Limited*. Partial Award No. 310 of 14 July 1987. P. 48. § 112.

³ *Noble Ventures, Inc. v. Romania*. ICSID Case No. ARB/01/11. Award of 12 October 2005. § 69.

⁴ *Webuild (formerly Salini Impregilo) v. Argentina*. ICSID Case No. ARB/15/39. Decision on Jurisdiction and Admissibility dated 23 February 2018. § 87.

⁵ *Vestey Group Ltd v. Bolivarian Republic of Venezuela*. ICSID Case No ARB/06/4. Award of 15 April 2016. § 326.

родными судами⁶. По подсчетам исследователей, доля решений инвестиционного арбитража достигает 70 % от общего числа приведенных в докладе решений [10, р. 94]. Только в исключительных случаях арбитражные трибуналы отказываются применять Статьи, полагая что они касаются только отношений между государствами⁷.

Однако такое широкое использование арбитражными трибуналами Статей об ответственности имеет свои особенности. Во-первых, арбитры рассматривают Статьи как документ, содержащий формулировки, материально идентичные существующим обычным нормам международного права, а не как рекомендации Комиссии [10, р. 107–108]. Иначе говоря, арбитры в своих рассуждениях исходят из того, что Комиссия уже проделала за них соответствующую работу, а их задачей является применение положений Статей как документа, обладающего обязательной силой и не нуждающегося в дополнительном анализе соответствующей практики государств и их *opinio juris*. Кроме того, арбитры относятся к Статьям как к тексту международного договора и применяют к нему соответствующие правила толкования, фокусируясь на объекте и целях международного договора, пробелы которого требуется устранить [10, р. 110]. Такой подход позволяет арбитрам при толковании положений Статей придавать им смысл, который может значительно отличаться от изначальных намерений Комиссии.

Например, в силу того, что международные соглашения о защите иностранных инвестиций обычно не содержат положений об ответственности государств за нарушения ими обязательств, вытекающих из таких договоров, арбитражные трибуналы применяют соответствующие положения Статей. Так, современные инвестиционные соглашения достаточно подробно регулируют вопросы расчета и выплаты компенсации при экспроприации (национализации), проведение которой считается правомерным действием государств. Однако сегодня значительная часть инвестиционных споров не связана с правомерной экспроприацией иностранной собственности и выплатой соответствующей компенса-

ции. Напротив, наиболее часто инвесторы оспаривают действия государств, являющиеся нарушениями других обязательств, вытекающих из межгосударственных договоров о защите иностранных инвестиций. При этом, как правило, порядок расчета и выплаты компенсации государством, принимающим инвестиции, за такого рода неправомерные действия (см., напр.: [13, р. 725–726]), оказывается не предусмотренным в этих договорах. Для того чтобы закрыть этот пробел, трибуналы оказались перед необходимостью найти соответствующие международные обычаи, видя в них ценный источник применимых правовых норм [14, р. 71]. Как отметил трибунал в деле *British Caribbean Bank Limited v. Belize*, в отсутствие положений в тексте самого договора (речь в споре шла о нарушении государством-ответчиком договора между Белизом и Великобританией 1982 г. о защите и поощрении инвестиций), которые бы устанавливали стандарты компенсации в качестве *lex specialis*, применимым стандартом компенсации будут являться соответствующие нормы обычного международного права⁸. Такие стандарты были найдены трибуналом в решении Постоянной палаты международного правосудия (далее – ППМП) по делу о фабрике в Хожуве и в ст. 31, 34, 35 Статей об ответственности⁹.

Арбитражные трибуналы используют Статьи об ответственности, чтобы решить, в частности, вопросы о присвоении поведения государству-ответчику, об обстоятельствах, исключающих ответственность, и о сопутствующей вине инвестора (*contributory fault*). Однако при этом применение трибуналами ряда ключевых положений Статей спорно и далеко от единообразия, особенно в таких чувствительных для государств вопросах, как методика расчета присуждаемой инвестору компенсации [15, р. 224] (альтернативную точку зрения см., напр.: [16, р. 252]) и необходимость учета при расчете суммы компенсации сопутствующей вины инвестора [17, р. 905].

Например, Комиссия в Статьях обошла молчанием вопрос о том, какими принципами должен руководствоваться суд или трибунал в том случае, если он посчитает, что в убытках, понесенных инвесто-

⁶ См., напр.: Ответственность государств за международно-противоправные деяния. Подборка решений международных судов, трибуналов и других органов: докл. Генерального секретаря: A/77/74 от 29 апр. 2022 г. // Организация Объединенных Наций: офиц. сайт. URL: <https://documents.un.org/doc/undoc/gen/n22/334/92/pdf/n2233492.pdf>.

⁷ *Wintershall Aktiengesellschaft v. Argentine Republic*. ICSID Case No. ARB/04/14. Award of 8 December 2008. § 113.

⁸ *British Caribbean Bank Limited v. Government of Belize (I)*. PCA Case No. 2010-18. Award of 19 December 2014. § 288.

⁹ *Ibid.* § 288–291.

ром, есть также вина самого инвестора. Фактически, решение этого вопроса было отдано на откуп международным судам и трибуналам. Комиссия в ст. 39 Статей ограничилась лишь общими формулировками, что при определении возмещения должно учитываться усугубление вреда намеренным или небрежным действием или бездействием потерпевшего государства. Практические результаты применения инвестиционными трибуналами этого широко сформулированного положения Статей оказались совершенно непредсказуемы и противоречивы. Так, в деле *MTD v. Chile* арбитраж уменьшил сумму компенсации вдвое, поскольку инвестор произвел полную предоплату за земельный участок, что было расценено арбитрами как отсутствие у него должной осмотрительности¹⁰. Еще одним примером может служить скандальное дело акционеров компании ЮКОС, в котором установленная арбитрами сумма первоначальной компенсации в размере 66,6 млрд долларов США была уменьшена на 25 % – до 50 млрд (именно эта сумма фигурировала в последующих исках и вошла в историю международного правосудия как крупнейшая присужденная компенсация)¹¹. Основанием для снижения суммы компенсации стал вывод трибунала о нечистоплотности самого истца¹².

Подобная непоследовательная практика инвестиционных трибуналов в отношении сопутствующей вины инвестора вызвала критику со стороны представителей доктрины, которые в качестве решения этой проблемы предложили как можно более детально раскрывать эти вопросы при заключении новых соглашений о защите иностранных инвестиций или внесении изменений в действующие договоры [17, р. 901]. При появлении таких обстоятельно проработанных договорных норм трибуналы будут вынуждены применять именно их как *lex specialis*, а не нормы международного обычного права, представленные нечеткими формулировками Статей об ответственности [12, р. 390].

3. Установление содержания применимых обычных норм международного права

С точки зрения Международного Суда (далее – МС) ООН, сторона, основывающая свои требования

на международном обычае, должна в первую очередь доказать его существование¹³. При этом наличие обоих элементов международного обычая, каковыми являются всеобщность практики и наличие *opinio juris* [18, с. 33], может быть установлено в ходе судебного разбирательства. Однако до момента вынесения судебного решения эти элементы являются не более чем фактами, наличие которых необходимо доказать заинтересованной стороне [19, р. 33]. Как отмечал в своем особом мнении один из судей МС ООН, «решение о том, существуют ли эти два фактора (практика и *opinio juris*. – С. П.) в процессе формирования нормы обычного права или нет, является деликатным и сложным вопросом. Повторение, число примеров государственной практики, продолжительность времени, необходимого для формирования обычного права, нельзя определить математически и единообразно. Каждый факт требует сравнительной оценки в соответствии с различными случаями и обстоятельствами»¹⁴.

Главная проблема, с которой сталкиваются арбитры при применении норм обычного международного права в рассматриваемом ими споре, состоит в установлении точного содержания обычая. В доктрине отмечается сложившийся консенсус в том, что процесс создания и эволюции обычных норм в международном инвестиционном праве ничем не отличается от других отраслей международного права [20, р. 691]. При этом, как показывает современная практика арбитражных трибуналов, в подавляющем большинстве случаев арбитры не склонны анализировать вопросы наличия или отсутствия устойчивой практики государств как первого необходимого элемента формирования обычая [3, р. 20]. Вместо этого они, скорее, опираются на выводы о наличии обычной нормы, сделанные ранее другими международными судами и трибуналами или исследователями [3, р. 20]. Свои рассуждения о наличии той или иной обычной нормы, а также о ее содержании арбитры обычно основывают на решениях МС ООН, ППМП и других арбитражных трибуналов, а также снабжают ссылками на международные договоры, документы Комиссии и на позиции ученых

¹⁰ MTD Equity Sdn. Bhd. and MTD Chile S.A. v. Republic of Chile. ICSID Case No. ARB/01/7. Award of 25 May 2004. § 242, 243.

¹¹ Yukos Universal Limited (Isle of Man) v. The Russian Federation. PCA Case No. 2005-04/AA227. Award of 18 July 2014. § 1827.

¹² Ibid. § 1809.

¹³ ICJ. Asylum (Colombia/Peru). Judgment of 20 November 1950 // I.C.J. Reports 1950. P. 276.

¹⁴ ICJ. North Sea Continental Shelf (Federal Republic of Germany/Netherlands). Judgment of 20 February 1969. Dissenting Opinion of Judge Tanaka // I.C.J. Reports 1969. P. 175.

[8, р. 311]. В ряде случаев арбитры, заявляя о существовании обычной нормы, совсем не приводят свидетельств существования соответствующей практики¹⁵, хотя именно практика остается необходимым условием для установления наличия обычной нормы и определения ее содержания [21, р. 46].

В качестве красноречивого примера в этом отношении можно привести упомянутое ранее вынесенное ППМП решение по делу о фабрике в Хожуве, где был сформулирован принцип полного возмещения вреда за противоправное деяние¹⁶. Это решение по-прежнему сохраняет свою актуальность в доктрине (см., напр., [22]), воспринимается многими инвестиционными трибуналами как своеобразная текстуализация соответствующей обычно-правовой нормы и является, пожалуй, наиболее цитируемым арбитражными трибуналами из всех решений ППМП и МС ООН. Так, еще в 1987 г. Трибунал по урегулированию взаимных претензий Ирана и США отметил, что несмотря на то, что с момента принятия этого решения прошло 60 лет, оно расценивается государствами как наиболее авторитетное формулирование принципа полного возмещения вреда за противоправное деяние. Однако, по оценкам исследователей, арбитражные трибуналы зачастую избирают кратчайшую дорогу и сразу переходят к расчету компенсации, указывая, что процесс расчета осуществляется в соответствии с принципами, установленными в решении по делу о фабрике в Хожуве [9, р. 288].

4. Нерешенные доктринальные проблемы

4.1. Вопросы приоритета и взаимодействия договорных и обычных норм международного инвестиционного права

В отношении взаимодействия положений применимого международного договора и норм обычного международного права арбитражный трибунал в деле *Enron* при оценке им термина «необходимость» (*necessity*) отметил: «Договор, специально рассматривающий этот вопрос, будет иметь приоритет перед более общими нормами международного обычного права, поэтому трибунал должен начать свой анализ с соответствующих положений договора и прибегать к тексту Статей об ответственности только как к вспомогательному средству для толко-

вания договорных норм. Однако проблема в том, что сам по себе договор не содержит элементов этого понятия (“необходимость”. – С. П.), что делает нормы договора неотъемлемой частью содержащегося в обычном международном праве стандарта по отношению к состоянию необходимости»¹⁷.

Иными словами, положения международного инвестиционного договора всегда рассматриваются как *lex specialis* и должны иметь приоритет над более общими нормами обычного международного права.

В начале XXI в. была выдвинута теория о том, что материальные положения многочисленных двусторонних и многосторонних соглашений о защите иностранных инвестиций, участниками которых стали почти все государства мира, представляют собой нормы обычного международного права, обязательные даже для не участвующих в этих договорах государств [23, р. 77]. Эта концепция подверглась критике в доктрине (см., напр.: [24, р. 701]) и окончательно была снята с повестки дня решением МС ООН по делу *Diallo*. Как отметил в этом решении МС ООН, «наличие различных международных соглашений о защите и поощрении иностранных инвестиций и Вашингтонской конвенции 1965 г. недостаточно для того, чтобы доказать наличие изменений в обычном международном праве»¹⁸.

4.2. Возможность заявления инвесторами исковых требований, основанных только на нормах обычного международного права

Раньше возможность для инвесторов заявить исковые требования, основанные только на нормах обычного международного права, казалась сугубо доктринальной. Однако теоретически существуют случаи, при которых заявление таких требований возможно. Например, если в рамках применимого межгосударственного договора гарантии, предоставляемые инвестору, оказываются более узкими, чем предлагаемые обычным международным правом, либо полностью отсутствуют [25, р. 435]. Кроме того, если предлагаемая инвестору межгосударственным договором правовая защита начинает действовать с момента вступления этого договора в силу, то инвестор может попытаться разрешить свой спор с принимающим государством на основе норм

¹⁵ Bernardus Henricus Funnekotter and others v. Republic of Zimbabwe. ICSID Case No. ARB/05/6. Award of 22 April 2009. § 115.

¹⁶ PCIJ. Case Concerning the Factory at Chorzów (Germany v. Poland). Judgment of 13 September 1928 // PCIJ Series A. No. 17. P. 27.

¹⁷ Enron Corporation and Ponderosa Assets, L.P. v. Argentine Republic. ICSID Case No. ARB/01/3. Award of 22 May 2007. § 334.

¹⁸ ICJ. Ahmadou Sadio Diallo (Republic of Guinea v. Democratic Republic of the Congo). Judgment of 24 May 2007 // I.C.J. Reports 2007. P. 615. § 90.

международного обычного права, если этот спор возник до вступления договора в силу. Наконец, обычное международное право может использоваться инвестором в случае полного отсутствия применимых к его спору договорных норм [25, р. 436].

Так, в нескольких спорах, рассмотренных арбитражными трибуналами Международного центра по урегулированию инвестиционных споров (*International Centre for Settlement of Investment Disputes, ICSID*), инвесторы заявляли, помимо требований, основанных на международных договорах или инвестиционных контрактах, еще и требования, основанные на нормах обычного международного права¹⁹. К сожалению, во всех трех делах спор был прекращен на стадии установления трибуналами своей юрисдикции, и арбитры не дошли до стадии анализа и применения обычных норм международного права к существу спора. Однако, как отмечается в литературе, подобный подход инвесторов к формулированию исковых требований дает основания предположить появление в скором времени исков, которые будут основаны только на нормах обычного международного права, в том числе на обычаях, находящихся далеко за пределами международного инвестиционного права [25, р. 456].

5. Заключение

Несмотря на то что именно нормы международных инвестиционных соглашений являются основным применимым правом при разрешении большинства инвестиционных споров, в начале XXI в. стал очевиден рост интереса сторон спора и самих арбитражных трибуналов к международным обычаям. Это породило доктринальные и практические вопросы о взаимоотношении договорных и обычных норм в сфере защиты иностранных инвестиций. Наиболее обсуждаемыми из них стали вопросы заполнения за счет применения обычных норм пробелов в международных договорах и установления трибуналами содержания применяемых ими обычаев.

Практика рассмотрения инвестиционных споров показывает, что арбитражные трибуналы постоянно используют нормы международного обычного права при разрешении споров, при этом арбитры часто применяют нормы обычного международного права как отдельное правовое основание для своих выводов.

Как показывает современная практика, в большинстве случаев арбитры не склонны рассматривать вопросы наличия или отсутствия практики государств или *opinio juris*, вместо этого полагаясь на выводы о наличии обычной нормы, сделанные ранее МС ООН, ПМП и другими арбитражными трибуналами, а также на международные договоры, документы Комиссии и на доктрину.

Наглядным примером использования при разрешении инвестиционных споров обычных норм для устранения пробелов в применимых международных договорах стали ссылки арбитражных трибуналов на разработанные Комиссией Статьи об ответственности государств как на кодификацию существующих обычных норм в этой области. Однако особенностью использования арбитражными трибуналами Статей является то, что арбитры рассматривают их как документ, содержащий формулировки, по своему содержанию идентичные существующим нормам обычного международного права. Это приводит к «автоматическому» применению арбитражными трибуналами положений Статей к фактам рассматриваемого ими дела без анализа практики государств. Однако применение арбитражными трибуналами положений Статей представляется непоследовательным, особенно в таких чувствительных для государств вопросах, как расчет компенсации, присуждаемой инвестору, и учет сопутствующей вины инвестора при расчете суммы компенсации.

Кроме того, изобретательность инвесторов дает основания предположить появление исков, основанных исключительно на нормах обычного международного права, а не положениях межгосударственных соглашений о защите иностранных инвестиций.

СПИСОК ЛИТЕРАТУРЫ

1. Vandevelde K. J. A Brief History of International Investment Agreements / K. J. Vandevelde // U.C. Davis Journal of International Law & Policy. – 2005. – Vol. 12, No. 1. – P. 157–194.

¹⁹ Cambodia Power Company v. Kingdom of Cambodia. ICSID Case No. ARB/09/18. Decision on Jurisdiction of 22 March 2011; Accession Mezzanine Capital L.P. and Danubius Kereskedőház Vagyonkezelő Zrt. v. Hungary. ICSID Case No. ARB/12/3. Decision on Respondent's Objection under

Arbitration Rule 41(5) of 16 January 2013; Emmis International Holding, B.V., Emmis Radio Operating, B.V., MEM Magyar Electronic Media Kereskedelmi és Szolgáltató Kft. v. The Republic of Hungary. ICSID Case No. ARB/12/2. Award of 16 April 2014.

2. Muchlinski P. T. The Rise and Fall of the Multilateral Agreement on Investment: Where Now / P. T. Muchlinski // *The International Lawyer*. – 2000. – Vol. 34, No. 3. – P. 1033–1053.
3. Hirsch M. Sources of International Investment Law / M. Hirsch // *International Investment Law and Soft Law* / eds. A. Bjorklund, A. Reinisch. – Edward Elgar, 2012. – P. 9–38.
4. McLachlan C. Is There an Evolving Customary International Law on Investment? / C. McLachlan // *ICSID Review-Foreign Investment Law Journal*. – 2016. – Vol. 31, iss. 2. – P. 257–269. – DOI: 10.1093/icsidreview/siw015.
5. Salacuse J. W. The Treatification of International Investment Law / J. W. Salacuse // *Law and Business Review of Americas*. – 2007. – Vol. 13, No. 1. – P. 155–166.
6. Исполинов А. Риски современного международного обычая и пути их минимизации / А. Исполинов // *Международное правосудие*. – 2023. – № 2 (46). – С. 70–91. – DOI: 10.21128/2226-2059-2023-2-70-91.
7. Исполинов А. Локальные (партикулярные) обычаи, Международный суд ООН и проблема согласия государств / А. Исполинов // *Закон*. – 2024. – № 8. – С. 122–132. – DOI: 10.37239/0869-4400-2024-21-8-122-132.
8. Fauchald O. K. The Legal Reasoning of ICSID Tribunals – An Empirical Analysis / O. K. Fauchald // *European Journal of International Law*. – 2008. – Vol. 19, iss. 2. – P. 301–364. – DOI: 10.1093/ejil/chn011.
9. Balcerzak F. The Role of Customary International Law in International Investment Law Remedies: The Curious Case of Natural Resources / F. Balcerzak // *Custom and its Interpretation in International Investment Law* / eds. P. Merkouris, A. Kulick, J. M. Álvarez-Zarate, M. Żenkiewicz. – Cambridge : Cambridge University Press, 2024. – P. 284–306. – DOI: 10.1017/9781009255462.016.
10. Lekkas S.-I. Uses of the Work of International Law Commission on State Responsibility in International Investment Arbitration / S.-I. Lekkas // *Custom and its Interpretation in International Investment Law* / eds. P. Merkouris, A. Kulick, J. M. Álvarez-Zarate, M. Żenkiewicz. – Cambridge : Cambridge University Press, 2024. – P. 93–122. – DOI: 10.1017/9781009255462.008.
11. Paparinskis M. Investment Treaty Arbitration and the (New) Law of State Responsibility / M. Paparinskis // *European Journal of International Law*. – 2013. – Vol. 24, iss. 2. – P. 617–647. – DOI: 10.1093/ejil/cht025.
12. Shirlow E. The ILC Articles on State Responsibility in Investment Treaty Arbitration / E. Shirlow, K. Duggal // *ICSID Review-Foreign Investment Law Journal*. – 2022. – Vol. 37, iss. 1–2. – P. 378–542. – DOI: 10.1093/icsidreview/siac008.
13. Marboe I. Compensation and Damages in International Law: The Limits of “Fair Market Value” / I. Marboe // *The Journal of World Investment & Trade*. – 2006. – Vol. 7, iss. 5. – P. 723–759. – DOI: 10.1163/221190006X00379.
14. Álvarez-Zarate J. M. Assessing Damages in Customary International Law: The Chorzów’s Tale / J. M. Álvarez-Zarate // *Custom and its Interpretation in International Investment Law* / eds. P. Merkouris, A. Kulick, J. M. Álvarez-Zarate, M. Żenkiewicz. – Cambridge : Cambridge University Press, 2024. – P. 71–90. – DOI: 10.1017/9781009255462.006.
15. Bonnitcha J. Damages and ISDS Reform: Between Procedure and Substance / J. Bonnitcha, M. Langford, J. M. Alvarez-Zarate, D. Behn // *Journal of International Dispute Settlement*. – 2023. – Vol. 14, iss. 2. – P. 213–241. – DOI: 10.1093/jnlids/idab034.
16. Marzal T. Quantum (In)Justice: Rethinking the Calculation of Compensation and Damages in ISDS / T. Marzal // *The Journal of World Investment & Trade*. – 2021. – Vol. 22, iss. 2. – P. 249–312. – DOI: 10.1163/22119000-12340209.
17. Marcoux J.-M. Foreign Investors’ Responsibilities and Contributory Fault in Investment Arbitration / J.-M. Marcoux, A. K. Bjorklund // *International and Comparative Law Quarterly*. – 2020. – Vol. 69, iss. 4. – P. 877–905. – DOI: 10.1017/S0020589320000354.
18. Ромашев Ю. С. К вопросу о понятии международного обычая / Ю. С. Ромашев // *Московский журнал международного права*. – 2022. – № 1. – С. 27–37.
19. Boudouhi S. E. Recourse to Legal Experts for the Establishment and Interpretation of Customary Norms in Investment Law / S. E. Boudouhi // *Custom and its Interpretation in International Investment Law* / eds. P. Merkouris, A. Kulick, J. M. Álvarez-Zarate, M. Żenkiewicz. – Cambridge : Cambridge University Press, 2024. – P. 23–45. – DOI: 10.1017/9781009255462.004.
20. Gazzini T. The Role of Customary International Law in the Field of Foreign Investment / T. Gazzini // *The Journal of World Investment & Trade*. – 2007. – Vol. 8, iss. 5. – P. 691–715. – DOI: 10.1163/221190007X00143.

21. Mejía-Lemos D. The Identification of Customary International Law, and International Investment Law and Arbitration: State Practice in Connection with Investor-State Proceedings / D. Mejía-Lemos // *Custom and its Interpretation in International Investment Law* / eds. P. Merkouris, A. Kulick, J. M. Álvarez-Zarate, M. Żenkiewicz. – Cambridge : Cambridge University Press, 2024. – P. 46–70. – DOI: 10.1017/9781009255462.005.
22. Torres F. E. Revisiting the *Chorzów Factory* Standard of Reparation – Its Relevance in Contemporary International Law and Practice / F. E. Torres // *Nordic Journal of International Law*. – 2021. – Vol. 90, iss. 2. – P. 190–227. – DOI: 10.1163/15718107-bja10023.
23. Alvarez J. E. A BIT on Custom / J. E. Alvarez // *New York University Journal of International Law & Politics*. – 2009. – Vol. 42. – P. 17–80.
24. Dumberry P. Are BITs Representing the “New” Customary International Law in International Investment Law? / P. Dumberry // *Penn State International Law Review*. – 2010. – Vol. 28, No. 4. – P. 675–701.
25. Parlett K. Claims under Customary International Law in ICSID Arbitration / K. Parlett // *ICSID Review – Foreign Investment Law Journal*. – 2016. – Vol. 31, iss. 2. – P. 434–456. – DOI: 10.1093/icsidreview/siw009.

REFERENCES

1. Vandevelde K.J. A Brief History of International Investment Agreements. *U.C. Davis Journal of International Law & Policy*, 2005, vol. 12, no. 1, pp. 157–194.
2. Muchlinski P.T. The Rise and Fall of the Multilateral Agreement on Investment: Where Now. *The International Lawyer*, 2000, vol. 34, no. 3, pp. 1033–1053.
3. Hirsch M. Sources of International Investment Law, in: Bjorklund A., Reinisch A. (eds.). *International Investment Law and Soft Law*, Edward Elgar Publ., 2012, pp. 9–38.
4. McLachlan C. Is There an Evolving Customary International Law on Investment?. *ICSID Review – Foreign Investment Law Journal*, 2016, vol. 31, iss. 2, pp. 257–269. DOI: 10.1093/icsidreview/siw015.
5. Salacuse J.W. The Treatification of International Investment Law. *Law and Business Review of Americas*, 2007, vol. 13, no. 1, pp. 155–166.
6. Ispolinov A. Risks of modern customary international law and ways of minimizing them. *Mezhdunarodnoe pravosudie = International Justice*, 2023, no. 2 (46), pp. 70–90. DOI: 10.21128/2226-2059-2023-2-70-91. (In Russ.).
7. Ispolinov A. Local (Particular) Customs, International Court of Justice and the Problem of State Consent. *Zakon*, 2024, no. 8, pp. 122–132. DOI: 10.37239/0869-4400-2024-21-8-122-132. (In Russ.).
8. Fauchald O.K. The Legal Reasoning of ICSID Tribunals – An Empirical Analysis. *European Journal of International Law*, 2008, vol. 19, iss. 2, pp. 301–364. DOI: 10.1093/ejil/chn011.
9. Balcerzak F. The Role of Customary International Law in International Investment Law Remedies: The Curious Case of Natural Resources, in: Merkouris P., Kulick A., Álvarez-Zarate J.M., Żenkiewicz M. (eds.). *Custom and its Interpretation in International Investment Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2024, pp. 284–306. DOI: 10.1017/9781009255462.016.
10. Lekkas S.-I. Uses of the Work of International Law Commission on State Responsibility in International Investment Arbitration, in: Merkouris P., Kulick A., Álvarez-Zarate J.M., Żenkiewicz M. (eds.). *Custom and its Interpretation in International Investment Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2024, pp. 93–122. DOI: 10.1017/9781009255462.008.
11. Paparinskis M. Investment Treaty Arbitration and the (New) Law of State Responsibility. *European Journal of International Law*, 2013, vol. 24, iss. 2, pp. 617–647. DOI: 10.1093/ejil/cht025.
12. Shirlow E., Duggal K. The ILC Articles on State Responsibility in Investment Treaty Arbitration. *ICSID Review – Foreign Investment Law Journal*, 2022, vol. 37, iss. 1–2, pp. 378–542. DOI: 10.1093/icsidreview/siac008.
13. Marboe I. Compensation and Damages in International Law: The Limits of “Fair Market Value”. *The Journal of World Investment & Trade*, 2006, vol. 7, iss. 5, pp. 723–759. DOI: 10.1163/221190006X00379.
14. Álvarez-Zarate J.M. Assessing Damages in Customary International Law: The Chorzów’s Tale, in: Merkouris P., Kulick A., Álvarez-Zarate J.M., Żenkiewicz M. (eds.). *Custom and its Interpretation in International Investment Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2024, pp. 71–90. DOI: 10.1017/9781009255462.006.

15. Bonnitcha J., Langford M., Alvarez-Zarate J.M., Behn D. Damages and ISDS Reform: Between Procedure and Substance. *Journal of International Dispute Settlement*, 2023, vol. 14, iss. 2, pp. 213–241. DOI: 10.1093/jnlids/idab034.

16. Marzal T. Quantum (In)Justice: Rethinking the Calculation of Compensation and Damages in ISDS. *The Journal of World Investment & Trade*, 2021, vol. 22, iss. 2, pp. 249–312. DOI: 10.1163/22119000-12340209.

17. Marcoux J.-M., Bjorklund A.K. Foreign Investors' Responsibilities and Contributory Fault in Investment Arbitration. *International and Comparative Law Quarterly*, 2020, vol. 69, iss. 4, pp. 877–905. DOI: 10.1017/S0020589320000354.

18. Romashev Yu.S. To the Question of the Concept of International Custom. *Moskovskii zhurnal mezhdunarodnogo prava = Moscow Journal of International Law*, 2022, no. 1, pp. 27–37. (In Russ.).

19. Boudouhi S.E. Recourse to Legal Experts for the Establishment and Interpretation of Customary Norms in Investment Law, in: Merkouris P., Kulick A., Álvarez-Zarate J.M., Żenkiewicz M. (eds.). *Custom and its Interpretation in International Investment Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2024, pp. 23–45. DOI: 10.1017/9781009255462.004.

20. Gazzini T. The Role of Customary International Law in the Field of Foreign Investment. *The Journal of World Investment & Trade*, 2007, vol. 8, iss. 5, pp. 691–715. DOI: 10.1163/221190007X00143.

21. Mejía-Lemos D. The Identification of Customary International Law, and International Investment Law and Arbitration: State Practice in Connection with Investor-State Proceedings, in: Merkouris P., Kulick A., Álvarez-Zarate J.M., Żenkiewicz M. (eds.). *Custom and its Interpretation in International Investment Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2024, pp. 46–70. DOI: 10.1017/9781009255462.005.

22. Torres F.E. Revisiting the *Chorzów Factory* Standard of Reparation – Its Relevance in Contemporary International Law and Practice. *Nordic Journal of International Law*, 2021, vol. 90, iss. 2, pp. 190–227. DOI: 10.1163/15718107-bja10023.

23. Alvarez J.E. A BIT on Custom. *New York University Journal of International Law & Politics*, 2009, vol. 42, no. 1, pp. 17–80.

24. Dumberry P. Are BITs Representing the "New" Customary International Law in International Investment Law?. *Penn State International Law Review*, 2010, vol. 28, no. 4, pp. 675–701.

25. Parlett K. Claims under Customary International Law in ICSID Arbitration. *ICSID Review - Foreign Investment Law Journal*, 2016, vol. 31, iss. 2, pp. 434–456. DOI: 10.1093/icsidreview/siw009.

ИНФОРМАЦИЯ ОБ АВТОРЕ

Пименова Софья Дмитриевна – кандидат юридических наук, ассистент кафедры международного права
Московский государственный университет имени М.В. Ломоносова
119991, Россия, г. Москва, Ленинские горы, 1
E-mail: s_pimenova@law.msu.ru
ORCID: 0000-0002-3924-0170
SPIN-код РИНЦ: 2885-0379

INFORMATION ABOUT AUTHOR

Sofia D. Pimenova — PhD in Law, Assistant,
Department of International Law
Lomonosov Moscow State University
1, Leninskie gory, Moscow, 119991, Russia
E-mail: s_pimenova@law.msu.ru
ORCID: 0000-0002-3924-0170
RSCI SPIN-code: 2885-0379

БИБЛИОГРАФИЧЕСКОЕ ОПИСАНИЕ СТАТЬИ

Пименова С.Д. Особенности применения международных обычаев в практике инвестиционного арбитража / С.Д. Пименова // *Правоприменение*. – 2025. – Т. 9, № 2. – С. 159–168. – DOI: 10.52468/2542-1514.2025.9(2).159-168.

BIBLIOGRAPHIC DESCRIPTION

Pimenova S.D. Application of the rules of customary international law in the practice of investor–state arbitral tribunals. *Pravoprimerenie = Law Enforcement Review*, 2025, vol. 9, no. 2, pp. 159–168. DOI: 10.52468/2542-1514.2025.9(2).159-168. (In Russ.).