

НЕТОЧНОЕ РЕШЕНИЕ: ПРИМЕНЕНИЕ СТАНДАРТА ОЦЕНКИ К ВОПРОСАМ ОПРЕДЕЛЕНИЯ И РЕАЛИЗАЦИИ МЕР ПО ЗАЩИТЕ ИНТЕРЕСОВ НАЦИОНАЛЬНОЙ БЕЗОПАСНОСТИ В СПОРЕ МАЙКЛ ЭНТОНИ ЛИ-ЧИН ПРОТИВ ДОМИНИКАНСКОЙ РЕСПУБЛИКИ

КОРОТКОВ С. В.

Коротков Сергей Владимирович — исследователь, Лаборатория по инвестиционному праву и арбитражу, АНО «Центр международных и сравнительно-правовых исследований», Москва, Россия (skorotkov@pm.me). ORCID: 0009-0002-0198-1632.

Аннотация

В статье приводится комментарий к решению инвестиционного трибунала по делу *Майкл Энтони Ли-Чин против Доминиканской Республики*, которое было охарактеризовано составившим особое мнение арбитром М. Козном в качестве неточного. Особое внимание в комментарии уделено применению стандарта оценки при анализе принятых государством мер, направленных на урегулирование кризиса здравоохранения и окружающей среды, возникшего вокруг крупнейшего места захоронения мусора в Южной Америке — свалки Дукеса. В статье последовательно анализируется логика трибунала в свете сложившейся арбитражной практики толкования положений о защите интересов национальной безопасности и применения стандартов оценки. В заключении делается критический вывод об ошибочности ряда выводов трибунала.

Ключевые слова

стандарт оценки, право на регулирование, инвестиционный арбитраж, инвестиционное право, двусторонний инвестиционный договор

Для цитирования: Коротков С. В. Неточное решение: применение стандарта оценки к вопросам определения и реализации мер по защите интересов национальной безопасности в споре *Майкл Энтони Ли-Чин против Доминиканской Республики* // Журнал ВШЭ по международному праву (HSE University Journal of International Law). 2023. Т. 1. № 4. С. 92–101.

<https://doi.org/10.17323/jil.2023.19792>

Введение

Спор между М. Э. Ли-Чин (далее — истец), гражданином Ямайки, крупным предпринимателем, и Доминиканской Республикой (далее — ответчик) был передан на рассмотрение инвестиционному трибуналу в 2018 году в соответствии с Договором о взаимном привлечении и защите капиталовложений, содержащимся в Приложении к Соглашению о свободной торговле между Карибским сообществом и Доминиканской Республикой¹ (далее — Договор). Трибунал рассмотрел спор по правилам Арбитражного регламента ЮНСИТРАЛ и вынес решение по существу 6 октября 2023 года². Это решение интересно тем, что оно дало новый импульс рассуждениям о месте права государства на регулирование в международном инвестиционном праве³.

Спор возник в связи с закрытием свалки Дукеса — крупнейшей площадки для размещения промышленных и бытовых отходов в Южной Америке, обслуживавшей агломерацию Санто-Доминго. Свалка, управлявшаяся компанией, подконтрольной истцу, часто становилась объектом пристального внимания местных средств массовой информации из-за регулярных пожаров и нарушений стандартов безопасности со стороны ее работников, но в первую очередь ввиду опасного воздействия, оказываемого на окружающую среду и здоровье населения⁴.

¹ Agreement Establishing the Free Trade Area between the Caribbean Community (CARICOM) and the Dominican Republic, Annex III. URL: <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/5606/download> (дата обращения: 10.01.2024).

² ICSID. *Michael Anthony Lee-Chin v. Dominican Republic*. ICSID Case № UNCT/18/3. Award of 6 October 2023.

³ Macin R., Perez L. (Von Webser y Sierra) *Environmental Protection Policies and Foreign Investment in Latin America: Lessons from Michael Anthony Lee-Chin v. the Dominican Republic* // Kluwer Arbitration Blog. 7 January 2024. URL: <https://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2024/01/07/environmental-protection-policies-and-foreign-investment-in-latin-america-lessons-from-michael-anthony-lee-chin-v-the-dominican-republic/> (дата обращения: 10.01.2024).

⁴ *Santo Domingo North Mayor and Minister of Public Works Say Duquesa Landfill Fire "Was Not Accidental"* // Dominican Today. 4 May 2020. URL: <https://dominantoday.com/dr/local/2020/05/04/santo-domingo-north-mayor-and-minister-of-public-works-say-duquesa-landfill-fire-was-not-accidental/> (дата обращения: 10.01.2024); *Landfills, Serious Environmental Problem in Dominican Republic* // Dominican Today. 9 May 2020. URL: <https://dominantoday.com/dr/local/2020/05/09/landfills-serious-environmental-problem-in-dominican-republic/> (дата обращения: 10.01.2024); *Crews Haul Off over 5,000 Tons of Trash from the Ozama River* // Dominican Today. 4 September 2020. URL: <https://dominantoday.com/dr/local/2020/09/04/crews-haul-off-over-5000-tons-of-trash-from-the-ozama-river/> (дата обращения: 10.01.2024); *Thick Smoke from Landfill Affects*

Ежедневная отгрузка более 4 000 тонн отходов привела к тому, что в местных больницах увеличилось число пациентов: свыше 30 человек в день обращались за медицинской помощью с симптомами заболеваний, возникающих в условиях экологического загрязнения⁵. Убедиться в губительном воздействии свалки на окружающую среду несложно — достаточно посмотреть на снимки, запечатлевшие ее колоссальный размер и вызывающие в памяти антиутопичные образы Земли будущего, визуализированные в кинематографических и анимационных картинах. Как следствие, местные жители встретили решение о закрытии свалки с явным воодушевлением⁶.

Однако инвестиционный трибунал эти настроения не разделял, установив, что ответчик не имел права принимать решение о закрытии свалки, то есть нарушил положения Договора о запрете экспроприации и режим справедливого обращения. Трибунал обязал ответчика выплатить истцу в общей сложности 43 590 090 долларов США в качестве компенсации за ущерб, а также дополнительные проценты. Не помог ответчику отстоять свою правоту и аргумент о том, что закрытие свалки подпало под действие статьи Договора, исключающей применение договорных положений к мерам государства-реципиента по защите интересов национальной безопасности⁷.

Толкование трибуналом этого положения является предметом настоящего комментария. Хотя иные выводы, сделанные в рамках данного спора, также представляют значительный интерес, особого внимания заслуживает выбранный арбитрами подход к толкованию положения о защите интересов национальной безопасности. Расценив, что это положение наделяет трибунал полномочиями по пересмотру выводов государственных органов, арбитры иначе определили значимость ущерба, который нанесла свалка Дукеса, и пришли к выводу, что он не представлял угрозы интересам национальной безопасности. Подобный подход, отличающийся от принятого в практике инвестиционных трибуналов, способен оказать существенное воздействие на определение стандарта оценки в контексте реализации государствами суверенного права на регулирование.

С этой целью в первой части настоящего комментария приводится краткий обзор подхода к толкованию положений о защите интересов национальной безопасности, сформировавшегося на сегодняшний день в арбитражной практике. Во второй части представлено описание фактов дела, а в третьей — правовая аргументация сторон и позиции состава арбитража относительно применения и толкования упомянутого положения. В заключении изложены выводы и размышления автора о влиянии данного решения на представление о месте права государств на регулирование в международном инвестиционном праве.

1. Определяя интересы национальной безопасности: доверяй, но проверяй

Статьи международных инвестиционных договоров, закрепляющие право государств на защиту интересов национальной безопасности, входят в категорию положений о допустимых мерах (англ.: *non-precluded measures*) — договорных норм, исключающих применение международного соглашения к отдельным актам государства-реципиента⁸. Как следствие, обсуждение применимости соответствующих положений в арбитражном процессе должно происходить до рассмотрения спора по существу⁹. Это отличает положения о допустимых мерах от договорных или обычно-правовых оснований, исключающих противоправность деяний государств. В частности, именно из-за непонимания арбитрами этого концептуального различия комитеты *ad hoc* подвергли критике решение трибунала по делу *СиЭмЭс против Аргентины*¹⁰ и отменили решения по делам

Domingo Residents // Dominican Today. 30 April 2020. URL: <https://dominican.today.com/dr/local/2020/04/30/thick-smoke-from-landfill-affects-santo-domingo-residents/> (дата обращения: 10.01.2024).

⁵ *Duquesa Dump is a Focus of Contamination* // Diario Libre. 23 March 2010. URL: <https://www.diariolibre.com/actualidad/duquesa-dump-is-a-focus-of-contamination-FJDL23905> (дата обращения: 10.01.2024).

⁶ Там же.

⁷ Agreement Establishing the Free Trade Area between the Caribbean Community (CARICOM) and the Dominican Republic, Annex III, Article XVIII(2).

⁸ Burke-White W.W., von Staden A. *Investment Protection in Extraordinary Times: The Interpretation and Application of Non-Precluded Measures Provisions in Bilateral Investment Treaties* // Virginia Journal of International Law. 2008. Vol. 48. № 2. P. 324; См.: Wang W. *The Non-Precluded Measure Type Clause in International Investment Agreements: Significances, Challenges, and Reactions* // ICSID Review - Foreign Investment Law Journal. 2017. Vol. 32. № 2. P. 447–456.

⁹ *Defence Arguments in Investment Arbitration* // ICSID Reports. 2020. P. 15–18.

¹⁰ ICSID. *CMS Gas Transmission Company v. The Republic of Argentina*. ICSID Case № ARB/01/8. Decision of the ad hoc Committee on the Application for Annulment of the Argentine Republic of 25 September 2007. §101–128.

*Энрон против Аргентины*¹¹ и *Семпра против Аргентины*¹², в которых трибуналы при толковании положений о допустимых мерах применяли правила одного из оснований исключения противоправности — состояния необходимости¹³.

При обращении к положениям о допустимых мерах и, следовательно, обосновании неприменимости договора к оспариваемой мере государству-реципиенту нужно продемонстрировать, что данная мера была необходима для защиты определенных в положении государственных интересов (как правило, интересов национальной безопасности)¹⁴. Таким образом, проанализировав содержание этих положений, составу арбитража необходимо ответить на единственный вопрос: когда государственная мера считается необходимой для защиты упомянутых интересов.

В практике заключения международных инвестиционных договоров выработано два подхода к формулированию положений о защите интересов национальной безопасности: субъективный (англ.: *self-judging*) и объективный (англ.: *non-self-judging*)¹⁵. В первом случае положение по аналогии со статьей XXI(b) Генерального соглашения по тарифам и торговле¹⁶ прямо указывает на субъективный характер определения необходимости, предусматривая принятие государством мер, которые оно «считает необходимыми для защиты (здесь и далее по тексту перевод и курсив мои. — С. К.)» своих интересов¹⁷. Во втором случае положение не содержит такого указания, лишь допуская принятие мер, «необходимых для защиты» государством своих интересов¹⁸.

Составы арбитража, опираясь на буквальное толкование правил, пришли к заключению, что субъективные положения предоставляют государствам-реципиентам прерогативу самостоятельно определять, какие меры считать «необходимыми» для защиты своих интересов. В этом случае с целью анализа применимости субъективного положения трибуналы рассматривают оспариваемые меры с помощью очень уважительного (англ.: *deferential*) стандарта оценки — оценки добросовестности принятой меры (англ.: *good faith review*)¹⁹.

При этом, применяя буквальное толкование, также можно сделать вывод о том, что объективные положения наделяют государства ограниченной прерогативой, таким образом позволяя арбитрам осуществлять проверку необходимости с меньшим уважением к решениям самих государств. Однако в свете того, что все положения о допустимых мерах касаются вопросов, представляющих крайне важное значение для государств (безопасность, экономическая стабильность и т. п.), трибуналы традиционно склонялись к признанию за государствами широкой свободы усмотрения в вопросах принятия мер по защите интересов национальной безопасности. Так, в деле *Девас против Индии* состав арбитража, толкуя объективное положение²⁰, указал, что ему «не составляет труда признать “высокую степень уважения”»²¹ к мерам государства по защите национальных интересов. Некоторые трибуналы, следуя практике Европейского Суда по правам

¹¹ ICSID. *Enron Corporation and Ponderosa Assets, L.P. v. Argentine Republic*. ICSID Case № ARB/01/3. Decision on the Application for Annulment of the Argentine Republic of 30 July 2010.

¹² ICSID. *Sempra Energy International v. The Argentine Republic*. ICSID Case № ARB/02/16. Decision on the Argentine Republic's Application for Annulment of the Award of 27 June 2010.

¹³ См.: Lanovoy V. *Standards of Review in the Practice of International Courts and Tribunals // Secondary Rules of Primary Importance in International Law: Attribution, Causality, Evidence, and Standards of Review in the Practice of International Courts and Tribunals* / ed. by G. Kajtár, B. Çali, M. Milanovic. OUP ESIL Series, Forthcoming. 2021. P. 12. См. также: Abedian Kalkhoran M. H., Sabzevari H. *Standards of Review for the Non-Precluded Measures Clause in Investment Treaties: Different Wording, Different Levels of Scrutiny // Netherlands International Law Review*. 2021. Vol. 68. P. 281–314.

¹⁴ Burke-White W.W., von Staden A. *Op.cit.* P. 368–381.

¹⁵ Там же.

¹⁶ Боклан Д., Шауберт М. *Спор Россия – Меры, связанные с транзитом грузов: исторический доклад Третьей группы Органа по разрешению споров ВТО // Международное правосудие*. 2019. Т. 30. № 2. С. 21.

¹⁷ Agreement between the Government of the Republic of Slovenia and the Government of the Republic of Moldova on the Mutual Promotion and Protection of Investments of 2003. Article 14. См. также: Agreement between the Government of the Republic of Peru and the Government of the Republic of Colombia on reciprocal promotion and protection of investments of 2007. Article 1(5); Agreement between the Government of the Republic of Turkey and the Government of the Federal Republic of Nigeria Concerning the Reciprocal Promotion and Protection of Investments of 2011. Article 6(2)(b).

¹⁸ Agreement between the Government of the Republic of Mauritius and the Government of the Republic of Senegal on the Reciprocal Promotion and Protection of Investments of 2002. Article 12; См. также: Agreement between the Government of the Republic of Finland and the Government of the Republic of Mozambique on the Promotion and Reciprocal Protection of Investments of 2004. Article 14(1).

¹⁹ Schill S., Briese R. *“If the State Considers”: Self-Judging Clauses in International Dispute Settlement // Max Planck Yearbook of United Nations Law Online*. 2009. Vol. 13. № 1. P. 66.

²⁰ Agreement Between the Government of the Republic of Mauritius and the Government of the Republic of India of 1998. Article 11(3).

²¹ PCA. *CC/Devas (Mauritius) Ltd., Devas Employees Mauritius Private Limited and Telecom Devas Mauritius Limited v. India*, PCA Case № 2013-09. Award on Jurisdiction and Merits of 25 July 2016. §244. [ориг.: [T]he Tribunal has also no difficulty in recognizing the “wide measure of deference”].

человека (далее — ЕСПЧ)²², подвергали решения государства анализу лишь на предмет нахождения в легитимных пределах усмотрения²³. Например, к заключению о соблюдении таких пределов пришел арбитраж в деле *Континентал Кэжуалти против Аргентины*, истолковав объективное положение применимого договора²⁴ и определив *наличие* у государства-реципиента «широкой свободы усмотрения» в контексте экономического кризиса²⁵.

Следует подчеркнуть, что применение трибуналами стандарта оценки с высокой степенью уважения к вопросам определения и реализации мер по защите национальных интересов является не столько следствием наличия положений о допустимых мерах как таковых, сколько вытекает из самой сущности их предмета — национальных интересов. Концепция национальных интересов напрямую связана с правом государств на регулирование, которое позволяет осуществлять верховную власть в интересах общественного благосостояния²⁶. В связи с этим в случаях, когда государственные интересы национальной безопасности или иные, равные им по значимости и также важные для общественного благосостояния интересы возникали в контексте применения стандартов защиты, но не в контексте положений о допустимых мерах, анализируя принятые государствами меры, трибуналы также применяли стандарты оценки со сравнительно высокой степенью уважения²⁷. Например, в деле *Филипп Моррис против Уругвая* трибунал применил выработанную в практике ЕСПЧ концепцию «свободы усмотрения» в контексте обеспечения охраны здоровья населения. Трибунал отметил, что следует относиться «со значительным уважением к решениям национальных властей относительно мер, принимаемых для решения подтвержденной и серьезной проблемы в сфере общественного здравоохранения»²⁸. К почти таким же выводам о применении стандарта оценки со сравнительно высокой степенью уважения пришли арбитры в делах *ЭсДи Майерс против Канады*²⁹, *Электробел против Венгрии*³⁰, *Кардассопулос против Грузии*³¹ и многих других.

Отсюда можно сделать вывод о сравнительно устоявшейся практике применения стандарта оценки вкупе с достаточно высокой степенью уважения к решениям национальных органов. При этом контекст применения арбитражными трибуналами положений о защите интересов национальной безопасности варьировался от вопросов безопасности и экономической нестабильности до охраны природы и здоровья населения, и во всех случаях составы арбитража доверяли выводам компетентных государственных органов, осуществляя проверку соблюдения легитимных пределов свободы усмотрения. Решения, в которых трибуналы применяли стандарты оценки с низкой степенью уважения решений государств подвергались критике и отменялись. Эта судьба может постичь и решение по делу *Майкл Энтони Ли-Чин против Доминиканской Республики*.

2. Фактические обстоятельства дела *Майкл Энтони Ли-Чин против Доминиканской Республики*

Спор между истцом и ответчиком начался в 2007 году, когда доминиканская компания «Лахун Корпорейшен» заключила с муниципалитетом Норте города Санто-Доминго концессионное соглашение на управление свалкой Дукеса³². Позднее, в июне 2013 года, активы Лахун были проданы двум компаниям — «Энджело Энтерпрайзес» и «Вилкисон Компани»³³. Как следствие,

²² См.: Arato J. *The Margin of Appreciation in International Investment Law* // Virginia Journal of International Law. 2014. Vol. 54. № 3. P. 545–578; Legg A. *The Margin of Appreciation in International Human Rights Law: Deference and Proportionality*. Oxford : Oxford University Press, 2012. P. 1.

²³ *Defence Arguments in Investment Arbitration...* P. 30.

²⁴ Treaty between the United States of America and the Argentine Republic concerning the Reciprocal Encouragement and Protection of Investment of 1991. Article 11.

²⁵ ICSID. *Continental Casualty Company v. The Argentine Republic*. ICSID Case № ARB/03/9. Award of 5 September 2008. §181.

²⁶ Baltag C. *Investment Arbitration and Police Powers: Emerging Issues* // European Investment Law and Arbitration Review Online. 2020. Vol. 5. № 1. P. 392–399.

²⁷ Henckels C. *Proportionality and Deference in Investor-State Arbitration: Balancing Investment Protection and Regulatory Autonomy*. Cambridge : Cambridge University Press, 2015. P. 97–106; Katselas A. T. *Do Investment Treaties Prescribe a Deferential Standard of Review* // Michigan Journal of International Law. 2012. Vol. 34. P. 48.

²⁸ ICSID. *Philip Morris Brands Sàrl, Philip Morris Products S.A. and Abal Hermanos S.A. v. Oriental Republic of Uruguay*. ICSID Case № ARB/10/7. Award of 8 July 2016. §418.

²⁹ UNCITRAL. *S.D. Myers, Inc. v. Government of Canada*. Partial Award. 13 November 2000. §261–263.

³⁰ ICSID. *Electrabel S.A. v. Republic of Hungary*. ICSID Case № ARB/07/19. Award of 20 November 2015. §8.32–8.35.

³¹ ICSID. *Ioannis Kardassopoulos v. The Republic of Georgia*. ICSID Case № ARB/05/18. Award of 3 March 2010. §391.

³² *Michael Anthony Lee-Chin v. Dominican Republic*. Final Award. §82.

³³ Там же. §85.

контроль над «Лохун» также перешел истцу, который в силу названного концессионного соглашения получил и права на управление свалкой Дукеса. В это же время истец приобрел земельный участок, на котором находилась свалка, намереваясь расширить ее территорию и построить завод для энергетической утилизации отходов³⁴.

Однако этому замыслу не суждено было сбыться: в начале июля 2013 года муниципалитет Норте, сославшись на множественные нарушения экологических стандартов со стороны «Лохун», принял решение о расторжении концессионного соглашения³⁵. Хотя сторонам в итоге удалось достигнуть мирового соглашения, «Лохун» продолжила получать штрафы за регулярные нарушения экологического законодательства³⁶.

19 июля 2017 года муниципалитет Санто-Доминго-Норте воспользовался своим правом на одностороннее расторжение концессионного соглашения с «Лохун Корпорейшен»³⁷. Данный шаг был предпринят ввиду предполагаемых нарушений условий соглашения со стороны «Лохун»: к этому времени компания истца объявила о сокращении часов работы, что привело к еще большему ухудшению состояния окружающей среды и отразилось на здоровье населения³⁸. Кроме того, она объявила, что прекратит предоставлять услуги по вывозу мусора ряду муниципальных образований. На устранение этих нарушений «Лохун Корпорейшен» было отведено 30 дней³⁹.

21 июля 2017 года Министерство окружающей среды и Министерство здравоохранения приняли Декларацию о чрезвычайной ситуации на свалке Дукеса (далее — Декларация) и объявили об «угрозе здоровью населения и неминуемом риске для окружающей среды, вызванных неправильным обращением с твердыми отходами»⁴⁰. Заслуживает внимания тот факт, что принятие Декларации двумя министерствами не было необходимым условием объявления режима чрезвычайной ситуации в Доминиканской Республике⁴¹. Обычно такой режим вводится путем принятия официальной декларации, которую издает президент страны, но не министерства⁴². В итоге в данном случае, несмотря на существование упомянутой Декларации министерств, формальное объявление режима чрезвычайной ситуации на государственном уровне так и не имело места⁴³.

10 августа 2017 года, до истечения срока, отведенного «Лохун» на устранение нарушений, муниципалитет подал иск в Высший административный суд Доминиканской Республики с требованием о признании концессионного соглашения недействительным и заявлением о принятии судом обеспечительных мер по введению внешнего управления свалкой Дукеса⁴⁴. 27 сентября 2017 года суд принял решение об обеспечительных мерах, передав контроль над свалкой правительственной комиссии в составе министра окружающей среды, министра здравоохранения и главы муниципалитета Санто-Доминго-Норте⁴⁵. Решение о признании концессионного соглашения недействительным суд принял спустя год — в октябре 2018-го⁴⁶.

Еще в конце 2017 года, до вынесения окончательного решения, истец инициировал процедуру мирного урегулирования спора с ответчиком, расценив действия муниципалитета и министерств как незаконную экспроприацию активов, нарушающую положения Договора⁴⁷. 6 апреля 2018 года было подано заявление о рассмотрении спора в арбитраж⁴⁸.

3. Применение положения о защите интересов национальной безопасности в деле *Майкл Энтони Ли-Чин против Доминиканской Республики*

Положение, закрепляющее защиту интересов национальной безопасности, содержится в Статье XVIII(2) Договора и представляет собой классическую версию объективного положения о

³⁴ Там же. §84.

³⁵ Там же. §90.

³⁶ Там же. §91–94.

³⁷ Там же. §96.

³⁸ Там же. §95.

³⁹ Там же.

⁴⁰ Там же. §97.

⁴¹ Там же. §97, 257.

⁴² Там же.

⁴³ Там же.

⁴⁴ Там же. §98.

⁴⁵ Там же. §100.

⁴⁶ Там же. §103.

⁴⁷ Там же. §101.

⁴⁸ Там же. §102.

допустимых мерах, предусматривающую ограниченную дискрецию государств при определении и принятии мер защиты своих интересов:

Статья XVIII(2), Общие исключения: Настоящее Соглашение не должно препятствовать применению любой из Сторон мер, необходимых для защиты собственных интересов национальной безопасности.

Трибунал начал рассмотрение вопроса о применении этой статьи к оспариваемым мерам с заявления о важности проблемы охраны окружающей среды как в данном, так и в аналогичных спорах, указывая на истощаемость природных ресурсов и негативный эффект промышленной революции⁴⁹. Формулировка подобного заявления, уместность которого в контексте решения трибунала по конкретному спору уже представляется сомнительной, символически предвосхищает содержательную часть решения и демонстрирует устаревшее представление арбитров о проблемах и вызовах современности. Так, в своем заявлении трибунал не затронул вопрос воздействия ухудшающейся окружающей среды на здоровье человека⁵⁰ — лейтмотива возникшего спора, но акцентировал внимание на последствиях промышленной революции — неактуальных проблемах, характерных для начала XX века.

Далее трибунал указал, что меры по защите природы могут быть признаны необходимыми для защиты интересов национальной безопасности, с осторожностью уточнив, что такое признание возможно в «определенных обстоятельствах» и требует «рассмотрения этого вопроса в свете применимых правовых норм»⁵¹. Особый акцент трибунала на этом, казалось бы, аксиоматическом утверждении в свете вышеупомянутого заявления и далее, по ходу аргументации, приобретает характер легалистского обоснования выводов по делу, идущих вразрез с сформировавшейся арбитражной практикой.

Так, проанализировав доводы сторон, трибунал пришел к выводу, во-первых, о применимости жесткого стандарта оценки при анализе решений государства в контексте статьи XVIII(2) Договора и, во-вторых, установил, что принятые ответчиком меры не были необходимы для защиты интересов национальной безопасности.

3.1. Надлежащий стандарт оценки в контексте статьи XVIII(2) Договора

В своих аргументах истец заявил, что поскольку статья XVIII(2) — объективное положение, состав арбитража «имеет право провести полноценную проверку того, были ли соблюдены критерии успешного применения исключения»⁵². В частности, установить, во-первых, была ли мера ответчика направлена на устранение чрезвычайной ситуации и, во-вторых, была ли эта мера объективно необходима для достижения такой цели и имелись ли у государства разумные альтернативы этой мере, более удачные в свете его обязательств⁵³. Опираясь на положения Венской конвенции о праве международных договоров, истец аргументировал свою позицию тем, что практика международных судебных органов по правам человека не может влиять на содержание статьи в отсутствие явного намерения сторон договора на установление такой взаимосвязи⁵⁴.

Ответчик не оспаривал доводы истца о том, что статья XVIII(2) — объективное положение, не предполагающее применения стандарта оценки с почти неограниченным уважением к решениям государства-реципиента⁵⁵. Но, следуя логике, к которой трибуналы прибегали в ранних решениях, в частности в решении по упомянутому выше делу *Девас против Индии*, ответчик указал на применение стандарта оценки, предполагающего анализ легитимных пределов осуществления государством-реципиентом своей прерогативы, — установление связи принятой меры с защитой интересов национальной безопасности государства⁵⁶. Ответчик также сослался на решение по делу *Филипп Моррис против Уругвая* в подкрепление своей позиции, согласно которой угроза

⁴⁹ Там же. §238.

⁵⁰ Там же.

⁵¹ Там же.

⁵² Там же. §229.

⁵³ Там же. §230.

⁵⁴ Там же. §231.

⁵⁵ Там же. §219.

⁵⁶ Там же. §220.

здоровью населения и окружающей среде может быть квалифицирована в качестве угрозы национальной безопасности, вследствие чего государство-реципиент обладает свободой усмотрения при принятии мер защиты своих интересов в контексте здравоохранения и экологии⁵⁷.

Трибунал отказался рассуждать о категории положений о допустимых мерах, к которой относится статья XVIII(2) Договора, считая, что данный вопрос имеет скорее теоретический характер и не нуждается в рассмотрении⁵⁸. Вместо этого трибунал принял решение непосредственно перейти к установлению стандарта оценки⁵⁹, что вызывает вопросы о состоятельности логики его аргументации, особенно ввиду того, что характер и содержание положения являются важными факторами выбора соответствующего стандарта оценки. Это, впрочем, не помешало трибуналу установить, что любое решение государства по поводу чрезвычайной ситуации в контексте статьи XVIII(2) Договора «подлежит определенной проверке или пересмотру»⁶⁰.

Приступив к определению применимого стандарта оценки, арбитры формально согласились с позицией ответчика, ссылавшегося на дело *Филипп Моррис против Уругвая*, относительно предоставления государству «свободы усмотрения» в определении необходимых мер по защите здоровья населения и окружающей среды⁶¹. Однако в рассматриваемом споре они предложили значительно более строгий стандарт оценки, чем тот, который фигурировал в упомянутом деле: указав на отсутствие в статье XVIII(2) Договора формально определенного стандарта оценки, трибунал решил следовать подходу, заложенному в правило о состоянии необходимости, — обычай, определяющий основания исключения ответственности государств за совершение международно-противоправного деяния⁶². И хотя трибунал отметил, что правило напрямую не применимо к статье XVIII(2), он почти дословно перенес используемый в обычае подход на положение Договора, последовательно анализируя факт существования угрозы национальным интересам безопасности и пропорциональность принятой меры заявленной угрозе⁶³.

В своем решении трибунал избрал подход, который отличается от установленной в арбитражных процедурах практики. Более того, этот подход можно расценить как содержательно некорректный. Выше было отмечено, что рассматриваемая статья XVIII(2) аналогично всем другим положениям о допустимых мерах устанавливает пределы применения Договора. Правило о состоянии необходимости, в свою очередь, выступает основанием для исключения международно-правовой ответственности. Это означает, что правила из статьи XVIII(2) и обычая о состоянии необходимости применяются на различных стадиях разрешения международных споров. Таким образом, применение статьи XVIII(2) должно осуществляться с учетом этого различия и не предполагать обращение к правилам из оснований исключения ответственности, что совершенно не было учтено трибуналом в деле *Майкл Энтони Ли-Чин против Доминиканской Республики*.

Тем не менее большинство арбитров не смутило содержательное различие двух правил и, определив их взаимосвязь, трибунал применил изобретенный им правовой тест к фактам дела.

3.2. Определение необходимости мер ответчика по правилу статьи XVIII(2) Договора

Руководствуясь выведенным стандартом оценки, трибунал провел анализ, направленный на выяснение двух ключевых вопросов: во-первых, соответствует ли квалификация ответчиком ситуации на свалке Дукеса как угрозы национальным интересам безопасности положению статьи XVIII(2) Договора, и, во-вторых, была ли мера, принятая ответчиком, необходимой для защиты его интересов от заявленной угрозы. Такой подход представляет собой стандарт оценки с более низкой степенью уважения, нежели «свобода усмотрения», поскольку он предполагает пересмотр трибуналом как самого определения государством угрозы своей национальной безопасности, так и необходимости применения ответных мер.

⁵⁷ Там же. §223.

⁵⁸ Там же. §244.

⁵⁹ Там же.

⁶⁰ Там же.

⁶¹ Там же. §245.

⁶² Там же. §246.

⁶³ Там же.

Рассуждая о существовании угрозы национальной безопасности⁶⁴, трибунал уделил наибольшее внимание соответствию действий ответчика, в частности объявления чрезвычайной ситуации, положениям статьи XVIII(2) Договора⁶⁵. Трибунал признал, что ситуация на свалке Дукеса представляла определенную угрозу окружающей среде и здоровью населения, но установил, что эта угроза не достигала уровня угрозы «национальной безопасности» по смыслу статьи⁶⁶. Трибунал пришел к этому заключению, опираясь на анализ обстоятельств принятия Декларации. В частности, арбитры, соглашаясь с истцом, обратили внимание на то, что введение в Доминиканской Республике состояния чрезвычайной ситуации происходит в ином порядке, нежели посредством принятия министерской декларации⁶⁷, а сама декларация касается исключительно свалки Дукеса, а не всей нации в целом⁶⁸. Арбитров не убедили аргументы ответчика, который оправдывал порядок принятия и содержание декларации особыми условиями, сложившимися на свалке⁶⁹. Несмотря на представленные ответчиком научные доказательства, которые легли в основу декларации и подтверждали существование чрезвычайной ситуации⁷⁰, трибунал не счел их достаточными для объяснения отказа ответчика вводить чрезвычайное положение в соответствии с процедурой, установленной для таких случаев⁷¹. Этот факт позволил арбитрам сделать вывод о том, что ситуация на свалке Дукеса не воспринималась ответчиком как серьезная проблема национального масштаба и, следовательно, не подпадает под действие статьи XVIII(2) Договора⁷².

Переходя к оценке меры ответчика⁷³, Трибунал отметил, что в отсутствие установленной угрозы интересам национальной безопасности невозможно оценить необходимость мер, направленных на ее устранение⁷⁴. Повторно подчеркивая, что ситуация на свалке Дукеса не представляла собой проблему национального масштаба, арбитры пришли к выводу, что принятые правительством меры в ответ на эту ситуацию не могли рассматриваться как направленные на устранение угрозы интересам национальной безопасности в соответствии со статьей XVIII(2) Договора⁷⁵. Таким образом, Трибунал заключил, что ответчик не имеет оснований ссылаться на положения статьи XVIII(2) для обоснования того, что Договор неприменим к конкретным обстоятельствам дела⁷⁶.

Не согласившись с аргументом ответчика о неприменимости Договора, трибунал продолжил рассмотрение дела по существу и без труда установил факт нарушения договорных положений, назначив истцу солидную компенсацию за ущерб, понесенный в результате попытки государства урегулировать кризис вокруг свалки Дукеса.

Заключение

Арбитр М. Коэн в особом мнении охарактеризовал вынесенное большинством решение как неточное (англ.: *indirect*)⁷⁷. Эта оценка, впрочем, не до конца передает значимость ошибки, которую совершил трибунал при анализе статьи XVIII(2).

Несмотря на устоявшуюся практику инвестиционных трибуналов по толкованию положений о допустимых мерах, связанных с реализацией государствами их суверенного права на регулирование, что подразумевает применение стандарта оценки с высокой степенью уважения к решениям государственных органов, трибунал пришел к иному заключению. Опираясь на неверное представление о месте и роли положений о допустимых мерах и толкуя статью XVIII(2) в свете правил одного из оснований исключения противоправности деяний государств — состояния необходимости, трибунал сделал вывод о наличии у него дискреции при анализе и проверке выводов государственных органов в отношении интересов национальной безопасности. Затем, в ходе анализа закрытия ответчиком свалки Дукеса, колоссального по размеру места захоронения

⁶⁴ Там же. § 256–260.

⁶⁵ Там же. § 256.

⁶⁶ Там же. § 260.

⁶⁷ Там же. § 257.

⁶⁸ Там же. § 253.

⁶⁹ Там же. § 258.

⁷⁰ Там же. § 259.

⁷¹ Там же. § 260.

⁷² Там же.

⁷³ Там же. § 261–266.

⁷⁴ Там же. § 265.

⁷⁵ Там же. § 264.

⁷⁶ Там же. § 265.

⁷⁷ *Michael Anthony Lee-Chin v. Dominican Republic*. Dissenting Opinion of Marcelo G. Kohen. § 50.

отходов, оказывающего ощутимое негативное воздействие на окружающую среду и здоровье человека, трибунал пришел к выводу, что действия этой стороны спора не соответствуют статье о допустимых мерах. По мнению трибунала, ущерб, наносимый свалкой, не достиг такого уровня, чтобы его можно было классифицировать как угрозу интересам национальной безопасности. Следовательно, принятые ответчиком меры не попадали в сферу действия статьи XVIII(2).

В условиях ухудшающегося изменения климата и тяжелого восстановления государств после пандемии COVID-19 необходимость содействовать реализации целей устойчивого развития становится очевидной. Усилия человечества должны быть направлены на обеспечение достойного уровня жизни и развития следующих поколений, а право должно выступить проводником этих усилий. По смыслу Повестки дня в области устойчивого развития ООН⁷⁸, государства, реализуя свое право на регулирование, должны задавать темп таким начинаниям. Вопреки этому, решение трибунала способствует формированию идеи о несовместимости международного инвестиционного права с правом государств на регулирование и целями устойчивого развития: назначая ущерб за действия ответчика, направленные на сохранение здоровой окружающей среды, трибунал повышает стоимость легитимной реализации права государств на регулирование и, следовательно, цену устойчивого развития. Эта идея, впрочем, далека от реальности, а общий тренд развития международного инвестиционного права позволяет говорить о том, что право государств на регулирование и устойчивое развитие могут быть плавно интегрированы в существующий правовой порядок⁷⁹.

Остается лишь надеяться, что даже если истцу удастся добиться исполнения решения и назначенная сумма ущерба будет выплачена, пятно свалки Дукеса все же пропадет с географических карт. При этом ошибочная правовая аргументация трибунала не определит направление развития дискурсивной практики международных инвестиционных трибуналов, и это «неточное» решение не изменит общего обнадеживающего тренда.

“INDIRECT” DECISION: THE STANDARD OF REVIEW IN ASSESSING MEASURES PROTECTING NATIONAL SECURITY INTERESTS IN *MICHAEL ANTHONY LEE-CHIN V. DOMINICAN REPUBLIC*

KOROTKOV S.

Sergey Korotkov — Researcher, Investment Law and Arbitration Lab, International and Comparative Law Research Center, Moscow, Russia (skorotkov@pm.me). ORCID: 0009-0002-0198-1632.

Abstract

This commentary critically analyses the investment tribunal ruling in *Michael Anthony Lee-Chin v. Dominican Republic*, described as incorrect by its arbitrator M. Cohen in his dissenting opinion. The article delves into how the tribunal assessed the Dominican Republic's handling of the health and environmental issues at the Duquesa landfill, the largest in South America. It scrutinises the tribunal's reasoning against the backdrop of established arbitral practice, particularly concerning national security clauses and standards of review. The concluding section expresses disapproval of the tribunal's erroneous determinations.

Key words

ISDS, standard of review, right to regulate, BITs, investment law

Citation: Korotkov S. Netochnoe reshenie: primeneniye standarta otsenki k voprosam opredeleniya i realizatsii mer po zascshite interesov natsional'noi bezopasnosti v spore *Maikl Éntoni Li-Chin protiv Dominikanskoj Respubliki* ["Indirect" Decision: Standard of Review in *Michael Anthony Lee-Chin v. Dominican Republic*] // Zhurnal VSHÉ po mezhdunarodnomu pravu (HSE University Journal of International Law). 2023. Vol. 1. № 4. P. 92–101. (In Russian).

<https://doi.org/10.17323/jil.2023.19792>

⁷⁸ См.: Преобразование нашего мира: Повестка дня в области устойчивого развития на период до 2030 года // Резолюция Генеральной Ассамблеи ООН 70/1. A/RES/70/1. 21 октября 2015.

⁷⁹ См.: Baltag C., Joshi R., Duggal K. *Recent Trends in Investment Arbitration on the Right to Regulate, Environment, Health and Corporate Social Responsibility: Too Much or Too Little?* // ICSID Review - Foreign Investment Law Journal. Spring 2023. Vol. 38. № 2. P. 381–421.

References / Список источников

- Abedian Kalkhoran M. H., Sabzevari H. (2021) Standards of Review for the Non-Precluded Measures Clause in Investment Treaties: Different Wording, Different Levels of Scrutiny. *Netherlands International Law Review*, vol. 68, pp. 281–314.
- Arato J. (2014) The Margin of Appreciation in International Investment Law. *Virginia Journal of International Law*, vol. 54, no. 3, pp. 545–578.
- Baltag C. (2020) Investment Arbitration and Police Powers: Emerging Issues. *European Investment Law and Arbitration Review Online*, vol. 5, no. 1, pp. 392–399.
- Baltag C., Joshi R., Duggal K. (2023) Recent Trends in Investment Arbitration on the Right to Regulate, Environment, Health and Corporate Social Responsibility: Too Much or Too Little? *ICSID Review Foreign – Investment Law Journal*, vol. 38, no. 2, pp. 381–421.
- Boklan D., Shaubert M. (2019) Rossiya – Mery, svyazannye s tranzitom gruzov: istoricheskiy doklad Treteyskoy gruppy Organa po razresheniyu sporov VTO [Russian Federation – Measures concerning traffic in transit case: WTO Dispute Settlement Body Panel's historic report]. *Mezhdunarodnoe pravosudie*, vol. 9, no. 2, pp. 20–30.
- Burke-White W. W., von Staden A. (2008) Investment Protection in Extraordinary Times: The Interpretation and Application of Non-Precluded Measures Provisions in Bilateral Investment Treaties. *Virginia Journal of International Law*, vol. 48, no. 2, pp. 307–410.
- Henckels C. (2015) *Proportionality and Deference in Investor-State Arbitration: Balancing Investment Protection and Regulatory Autonomy*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Kajtár G., Çali, B., Milanovich M. (eds.) (2021, Forthcoming) *Secondary Rules of Primary Importance in International Law: Attribution, Causality, Evidence, and Standards of Review in the Practice of International Courts and Tribunals*.
- Katselas A. T. (2012) Do Investment Treaties Prescribe a Deferential Standard of Review? *Michigan Journal of International Law*, vol. 34, pp. 87–150.
- Legg A. (2012) *The Margin of Appreciation in International Human Rights Law: Deference and Proportionality*. Oxford: Oxford University Press.
- Schill S., Briese R. (2009) “If the State Considers”: Self-Judging Clauses in International Dispute Settlement. *Max Planck Yearbook of United Nations Law Online*, vol. 13, no. 1, pp. 61–140.
- Wang W. (2017) The Non-Precluded Measure Type Clause in International Investment Agreements: Significances, Challenges, and Reactions. *ICSID Review – Foreign Investment Law Journal*, vol. 32, no. 2, pp. 447–456.