
ТЕОРЕТИЧЕСКИЕ ИЗЫСКАНИЯ | THEORETICAL INQUIRIES

Вооруженный конфликт как непреодолимая сила, исключающая противоправность нарушения двусторонних инвестиционных договоров

М. А. Аршакян

Российско-армянский университет, Ереван, Армения

arshakyan.mikayel@gmail.com

ORCID: 0009-0001-8631-9658

Аннотация

Статья посвящена вопросу о том, при каких условиях вооруженный конфликт может квалифицироваться как форс-мажор (фр.: *force majeure*) в смысле статьи 23 Статей об ответственности государств за международно-противоправные деяния и, как следствие, рассматриваться как обстоятельство, исключающее противоправность нарушения двустороннего инвестиционного договора. Актуальность темы обусловлена ростом числа инвестиционных споров, в которых государства стремятся оправдать неисполнение обязательств ссылками на военные действия, внутренние беспорядки и связанные с ними институциональные сбои. В центре анализа — разграничение двух концепций форс-мажора: как обстоятельства, исключающего противоправность (и временно нейтрализующего наступление ответственности за конкретное нарушение), и как фактора, влияющего на содержание стандарта должной осмотрительности при исполнении обязанностей по защите инвестиций. Показано, что смешение этих подходов приводит к ошибкам в квалификации правовых последствий вооруженного конфликта, а также к расширительному и методологически некорректному применению статьи 23. На основе текстуального и системного толкования статьи 23, комментариев Комиссии международного права ООН и анализа арбитражной практики по инвестиционным спорам в исследовании обозначается совокупность условий применимости форс-мажора: наличие непреодолимой силы либо непредвиденного события; неподконтрольность обстоятельства государству; материальная невозможность исполнения конкретного обязательства; отсутствие обусловленности невозможности исполнения поведением государства; отсутствие принятия риска возникновения соответствующей ситуации. Автор приходит к выводу, что вооруженный конфликт не является форс-мажором *ipso facto*: решающим для соответствующей квалификации выступает воздействие конфликта на возможность исполнения определенного обязательства и отсутствие у государства реальной альтернативной модели поведения. Отдельно обосновывается, что военные оговорки о компенсации ущерба (англ.: *war clauses*) не означают автоматического принятия государством риска форс-мажора применительно к нарушениям иных обязательств по договору, если такой отказ не выражен недвусмысленно. Статья предлагает рамку для более строгой и предсказуемой оценки ссылок на форс-мажор в инвестиционных спорах, возникающих на фоне вооруженных конфликтов.

Ключевые слова: форс-мажор, вооруженный конфликт, обстоятельства, исключающие противоправность, ответственность государств, двусторонние инвестиционные договоры, инвестиционный арбитраж, должная осмотрительность, военные оговорки

Для цитирования: Аршалян М.А. Вооруженный конфликт как непреодолимая сила, исключающая противоправность нарушения двусторонних инвестиционных договоров. *Журнал ВШЭ по международному праву* / *HSE University Journal of International Law*. 2026. Том 4. № 1. С. 26–61.

Микаел Артакович Аршалян — аспирант кафедры международного публичного и европейского права Института права.

Armed conflict as force majeure precluding wrongfulness for breaches of bilateral investment treaties

M. Arshakyan

Russian-Armenian University, Yerevan, Armenia

arshakyan.mikayel@gmail.com

ORCID: 0009-0001-8631-9658

Abstract

This article examines when armed conflict may qualify as force majeure within the meaning of Article 23 of the International Law Commission's Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts and whether it may consequently operate as a circumstance precluding the wrongfulness of breaches of obligations under bilateral investment treaties (BITs). The question has acquired renewed practical relevance as investment disputes increasingly arise from situations of war, internal unrest, and institutional breakdowns, prompting respondent States to invoke conflict-related impediments to justify their non-performance. The analysis focuses on a critical conceptual distinction that is often blurred in arbitral reasoning and scholarship: force majeure as a circumstance precluding wrongfulness (temporarily neutralising responsibility for a specific breach) versus force majeure as a factor affecting the content and intensity of due diligence obligations owed to foreign investors. The article argues that conflating these two planes leads to methodological errors and to an overexpansive and unpredictable application of Article 23. Drawing on a textual and systemic interpretation of Article 23 and the ILC commentary, complemented by an assessment of relevant investment arbitration practice, the article identifies the cumulative requirements for invoking force majeure: (i) an irresistible force or unforeseen event; (ii) the event being beyond the State's control; (iii) the event rendering performance of the specific obligation materially impossible; (iv) the absence of the State's conduct significantly causing the situation of impossibility; and (v) the absence of an assumed risk with respect to the relevant event. On this basis, the article demonstrates that armed conflict is not force majeure *ipso facto*: what matters is the conflict's concrete impact on the State's ability to perform the particular treaty obligation and the absence of any real alternative course of conduct. The article further argues that war clauses providing for compensation in the event of armed conflict or civil disturbance do not automatically amount to an assumption of the risk of force majeure for breaches of other treaty obligations, unless such a waiver is expressed unequivocally. The proposed

analytical framework aims to facilitate a stricter and more consistent adjudication of force majeure defences in investment disputes arising in the context of armed conflict.

Key words: force majeure, armed conflict, circumstances precluding wrongfulness, State responsibility, bilateral investment treaties, investment arbitration, due diligence, war clauses

Citation: Arshakyan M. Armed conflict as force majeure precluding wrongfulness for breaches of bilateral investment treaties. *HSE University Journal of International Law*. 2026. Vol. 4. No. 1. P. 26–61.

Mikael A. Arshakyan — post-graduate student, Faculty of Law Department of Public International and European Law, Institute of Law.

Введение

Несмотря на геополитические кризисы, в последние сорок лет в мире наблюдается активное развитие международного сотрудничества в сфере привлечения взаимных инвестиций. Рост инвестиционных потоков обуславливает увеличение числа соглашений, регулирующих эти отношения, и формирование новых подходов к защите инвестиций и предупреждению политических рисков. В то же время, невзирая на императивный международно-правовой запрет применения силы, военные действия все чаще становятся серьезной проблемой при защите интересов инвесторов. Военные конфликты создают неблагоприятные экономические условия для иностранных инвесторов, что, в свою очередь, разбалансирует экономическую конструкцию государства. Именно поэтому обеспечение защиты инвестиций посредством инвестиционных соглашений в период военных действий приобретает важное значение для устойчивого развития экономики страны после завершения конфликта. Однако пределы обязательств, отраженных в таких соглашениях, и возможность их исполнимости остаются предметом широких, востребованных практикой дискуссий: без четкого анализа предоставляемые государствами гарантии защиты могут показаться иностранным инвесторам ненадежными или труднореализуемыми.

Наибольшие сомнения вызывает право инвесторов требовать исполнения обязательств по предоставлению полной защиты и безопасности от государства — участника вооруженного конфликта в свете возможного наступления обстоятельств, исключających его ответственность за отказ от исполнения таких обязательств. Остаются открытыми многие вопросы о возмещении убытков, причиненных в ходе военных действий государственными вооруженными силами и негосударственными военными образованиями, особенно ввиду изменчивости порога требуемой должной

осмотрительности и исключения ответственности за нарушение договорных обязательств.

В этой статье рассматривается одно из таких обстоятельств — форс-мажор. В частности, анализируются современные подходы к установлению границ применения к инвестиционным договорам форс-мажора, обусловленного вооруженными конфликтами, и рассматриваются элементы, необходимые для возникновения такового. В статье в общем виде описаны возможности, которыми располагает государство при ссылке на форс-мажор, предполагающей исключение ответственности за само деяние на период существования обстоятельства. По этой причине анализ перспектив исполнения обязательств по двусторонним инвестиционным договорам (далее — ДИД) в условиях вооруженных конфликтов требует ответа на основной исследовательский вопрос, поставленный в данной работе: в каких случаях вооруженный конфликт может квалифицироваться как форс-мажорное обстоятельство, исключающее противоправность?

1. Рабочие определения и рамки международно-правовой ответственности и форс-мажора

Согласно проектам статей об ответственности государств за международно-противоправные деяния (далее — Статьи об ответственности государств), принятым Комиссией международного права ООН (далее — КМП, Комиссия) и одобренные Генеральной Ассамблеей ООН, «каждое международно-противоправное деяние государства влечет за собой международную ответственность этого государства»¹. Еще в практике Постоянной палаты международного правосудия принцип ответственности был охарактеризован как «принцип международного права и, более того, общеправовой принцип»². Значение данного принципа не преувеличено, так как возможность наступления международно-правовой ответственности удерживает государства на траектории стабильного исполнения принятых на себя обязательств. Следовательно, недобросовестное использование государствами пробелов в регулировании соответствующих правоотношений может повлечь негативные последствия как для международного права в целом, так и для отдельных его составляющих. Международные трибуналы неоднократно

¹ Генеральная Ассамблея, Доклад Комиссии международного права, Пятьдесят третья сессия, Дополнение № 10 (A/56/10), Текст проекта Статей об ответственности государств за международно-противоправные деяния, с комментариями, Статья 1.

² *Factory at Chorzów (Germany v. Poland)*. Merits. PCIJ. Series A. No. 17. Judgment of 13 September 1928. P. 29.

обращались к этому принципу³: «...поскольку данное деяние присваивается государству и представляет собой нарушение договорного права другого государства, международная ответственность возникает непосредственно в отношениях между этими государствами»⁴.

Тем не менее, КМП определила обстоятельства, при наличии которых исключается ответственность государства за нарушение международных обязательств. Они применяются к любому международно-противоправному деянию независимо от источника обязательств, не аннулируют и не прекращают обязательства, но оправдывают их неисполнение до тех пор, пока соответствующие обязательства сохраняются⁵. Как объясняет Лукашук: «Указанные обстоятельства не прекращают обязательство и не влияют на его содержание. Они лишь оправдывают его неисполнение, пока те существуют» (Лукашук, 2005, с. 200). Данные обстоятельства нередко становятся инструментом, используемым государствами для оправдания неисполнения обязательств по инвестиционным договорам (по вопросу разграничения терминов см.: Paddeu, 2018). В то же время защита государств от ответственности за неисполнение обязательств — временная, поскольку применяется лишь в период существования таких обстоятельств. Как разъясняет профессор Казчоровска-Ирланд, виды защиты, исключающие вину, «исключают [юридическую] противоправность акта, но не обязательно ответственность государства-нарушителя» (Kaczorowska-Ireland, 2015, p. 506). Это, по ее словам, «особенно верно в ситуации бедствия или необходимости, когда нет причин, по которым государство, действующее в своих интересах, не должно возмещать ущерб или убытки, причиненные его действиями» (Kaczorowska-Ireland, 2015, p. 506).

Для того чтобы установить, образуют ли боевые действия ситуацию форс-мажора, обратимся к существующим подходам к определению непреодолимой силы. Форс-мажор является одним из шести обстоятельств, исключающих противоправность, перечисленных в Проектах статей. Согласно статье 23 форс-мажор это «...непреодолим[ая] сил[а] или непредвиденно[е] событие[е], не поддающи[еся] контролю

³ *Phosphates in Morocco (Italy v. France)*. PCIJ. Series A/B. No. 74. Judgment of 14 June 1938. P. 28; *The S.S. "Wimbledon"*. PCIJ. Series A. No. 1. Judgment of 17 August 1923. P. 30; *Factory at Chorzów*. Jurisdiction. PCIJ. Series A. No. 9. Judgment of 26 July 1927. P. 21; *Corfu Channel (United Kingdom v. Albania)*. Merits. I.C.J. Reports. 1949. P. 4, 23; *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*. Merits. Judgment. I.C.J. Reports. 1986. P. 14, 142. Para. 283; P. 149. Para. 292; *Gabčíkovo-Nagymaros Project (Hungary v. Slovakia)*. Judgment. I.C.J. Reports. 1997. P. 38. Para. 47.

⁴ *Phosphates in Morocco*. P. 28.

⁵ Статьи об ответственности государств, комментарий 2 к Главе V «Обстоятельства, исключающие противоправность».

государства, которые сделали в данных обстоятельствах выполнение обязательства материально невозможным». Исключениями являются те случаи, когда «форс-мажорная ситуация обусловлена — либо целиком, либо в сочетании с другими факторами — поведением ссылающегося на нее государства или государство приняло на себя риск возникновения такой ситуации».

В многолетней практике инвестиционных арбитражей форс-мажорными обстоятельствами признавались ситуации, которые имели как природный⁶, так и антропогенный⁷ характер, в том числе войны и внутренние вооруженные конфликты⁸. Следовательно, в рамках настоящего исследования термин «вооруженный конфликт» охватывает как международные, так и немеждународные вооруженные конфликты. Кроме того, в работе не проводятся различия между форс-мажорными ситуациями, касающимися обязательств воюющих сторон по отношению друг к другу и перед третьими государствами. Квалификация ситуации в качестве форс-мажора не зависит от того, против кого направлены соответствующие действия (обстоятельства). Данный фактор имеет значение при оценке возможностей государства предвидеть соответствующие действия и реагировать на них, а также при использовании механизмов защиты национальных интересов, однако форс-мажор не является таким механизмом. Как будет показано далее, международные трибуналы относятся к применению оговорки о форс-мажоре очень осторожно. В этом случае применяется общий подход к распределению бремени доказывания “*alleganti probatio incumbit*”, то есть сторона, которая ссылается на форс-мажор, должна доказать наличие каждого его элемента⁹.

⁶ *Huntington Ingalls Incorporated v. Ministry of Defense of the Bolivarian Republic of Venezuela* (II). Final Award. 19 February 2018. Paras. 844, 848.

⁷ *General Dynamics v. Libya*. ICC. Award. 5 January 2016. Para. 250; *French Company of Venezuelan Railroads Case*. Opinion of Umpire. 31 July 1905. P. 353; *Martini Case*. Opinion of Umpire Ralston. 1 January 1903. P. 666; *The Gillison Case (Chile v. United Kingdom)*. Anglo-Chilean Arbitral Tribunal. Award. 17 December 1895. UN Doc. A/CN.4/315. *Yearbook of the International Law Commission*. 1978. Vol. II(1). P. 158–159; *Amoco International Finance Corporation v. Iran*. Iran-United States Claims Tribunal. Partial Award (Award No. 310-56-3). 14 July 1987. Paras. 80–81.

⁸ Статьи об ответственности государств, комментарий 3 к статье 23; *The Dunn Case (Chile v. UK)*. In: *Reclamaciones presentadas al Tribunal Anglo-Chileno 1894–1896*. Santiago de Chile: Ercilla, 1896. Vol. 1. P. 538; *American Electric and Manufacturing Company Case (Damages to Property) (1903–1905)*. In: *Reports of International Arbitral Awards (RIAA)*. Vol. 9. P. 145–146; *Petrocelli Case (of a general nature) (1903)*. In: *RIAA*. Vol. 10. P. 591; *Bembelista Case (1903)*. In: *RIAA*. Vol. 10. P. 717.

⁹ *Autopista Concesionada de Venezuela, C.A. (Aucoven) v. Bolivarian Republic of Venezuela*. ICSID Case No. ARB/00/5. Award of 23 September 2003. Para. 108.

При этом следует обратить внимание на природу ситуации форс-мажора в международном праве, разграничивая две концепции форс-мажора. Каждая из них оказывает влияние на обязательства по международным договорам. Первая — форс-мажор как обстоятельство, исключающее противоправность, то есть концепция, составляющая основной объект данного исследования; вторая — форс-мажор как фактор, изменяющий порог требуемой должной осмотрительности. Эти две концепции, хотя и применимы к одним и тем же фактам, влекут принципиально различные правовые последствия, но, несмотря на это, нередко по ошибке или намеренно их отождествляют как трибуналы, так и исследователи. Различия и значимость этих концепций мало изучены, однако в литературе все же имеются обстоятельные наработки по данному вопросу (Zrilic, 2019; Paddeu, 2018). Форс-мажор как обстоятельство, исключающее противоправность, применяется в качестве вторичной меры защиты вне рамок первичного обязательства. Он не изменяет содержание и пределы самого обязательства, а лишь оправдывает его неисполнение при наличии соответствующих обстоятельств. В рамках второй концепции, напротив, форс-мажорные обстоятельства понимаются как фактические обстоятельства, влияющие на порог надлежащей осмотрительности при исполнении обязательства. Одним из примеров восприятия форс-мажора в русле второй концепции является позиция трибунала в деле *Gould v. Iran*: «под “форс-мажорными обстоятельствами” мы подразумеваем социальные и экономические силы, которые государство не может контролировать при проявлении должной осмотрительности»¹⁰, высказанная еще до принятия Статей об ответственности государств. Настоящее исследование ограничивается рассмотрением первой концепции.

Опираясь на положения статьи 23 Статей об ответственности государств, широкий спектр доктринальных подходов и судебную практику, можно утверждать, что для возникновения ситуации форс-мажора должны одновременно наличествовать три обстоятельства: (1) деяние обусловлено непреодолимой силой или непредвиденным событием, (2) которые не поддаются контролю соответствующего государства и (3) делают исполнение обязательств материально невозможным. При этом для ссылки на форс-мажор как на обстоятельство, исключающее противоправность, необходимо отсутствие (4) причастности ссылающегося государства к возникновению форс-мажорных обстоятельств и (5) заранее принятого им на себя риска возникновения данной ситуации.

¹⁰ *Gould Marketing, Inc., as Successor to Hoffman Export Corporation v. Ministry of Defence of the Islamic Republic of Iran*. Iran-United States Claims Tribunal. Case No. 49. Final Award (Award No. 136-49/50-2). 22 June 1984. P. 153.

Чтобы ответить на вопрос, поставленный в данном исследовании, следует определить, в какой мере ситуация вооруженного конфликта и ее последствия соответствуют указанным условиям и в каких случаях такое соответствие может свидетельствовать о наличии условий, достаточных для возникновения ситуации форс-мажора.

2. Соответствие вооруженного конфликта критериям форс-мажора как обстоятельства, исключающего противоправность

2.1. Непреодолимая сила или непредвиденное событие

Принцип недопустимости требования невозможного и возложения ответственности за его неисполнение восходит к древности, в частности, наиболее четко эта максима была сформулирована в римском праве: «*impossibilium nulla obligatio est*» (Buckland & McNair, 1936, p. 238). Впоследствии в английском праве сформировался принцип невозможности, выраженный в изречении «*nemo tenetur ad impossibile*» (Paddeu, 2011, p. 387).

Теоретические представления о форс-мажоре сложились уже в XVIII–XIX веках, хотя и не получили широкого распространения, а их формулировки не отличались четкостью. Еще в 1842 году бельгийское правительство отказалось платить возмещение за вред, причиненный инвесторам из разных стран при бомбардировке бельгийского города Антверпена, назвав произошедшее «последствиями открытой войны», то есть случайными событиями или проявлениями непреодолимой силы, за которые никто не несет ответственности¹¹.

Согласно современному представлению о форс-мажоре, наступившее событие может быть как предвидимым, так и непредвидимым, но при этом оставаться непреодолимым¹². Эти две ситуации, хотя и относятся к одной категории, рассматриваются по отдельности, и наличия любой из них в совокупности с неподконтрольностью государству и материальной невозможностью исполнения обязательства достаточно для возникновения форс-мажора. В отношении термина «непреодолимый» Комиссия отметила, что «здесь должно существовать препятствие, которое государство не было в состоянии избежать или которому оно не могло

¹¹ British and Foreign State Papers, 1841–1842. London: Ridgway, 1858. Vol. 30. P. 224 (nep. автора).

¹² Study by the Secretariat. “Force majeure” and “Fortuitous event” as Circumstances Precluding Wrongfulness: Survey of State Practice, International Judicial Decisions and Doctrine // Yearbook of the International Law Commission. 1978. Vol. II. UN Doc. A/CN.4/315 (Part 1). P. 69. Paras. 13, 15.

противодействовать собственными средствами»¹³. Критерий непреодолимости (*vis cui resisti non potest*), по мнению римских авторов, отделял форс-мажор (*vis major*) от случайных событий (*casus*) (Buckland & McNair, 1936, p. 238). «*Vis major*» представляет собой объективную оценку явления, в то время как «*vis cui resisti non potest*» — то есть «сила, которой невозможно противостоять», — субъективную (Gerkens, 2005, p. 109). Непреодолимая сила толкуется Секретариатом ООН следующим образом: «не существует человеческой силы, которая могла бы противостоять этим обстоятельствам»¹⁴. Такая интерпретация вызывает вопросы относительно способности государства противостоять последствиям вооруженных действий собственными средствами. Однако принято считать, что критерий непреодолимости наступивших обстоятельств отражает силу и значительность наступившего обстоятельства, в то время как невозможность предвидения отражает неожиданность и невозможность вовремя отреагировать на случившееся.

В понимании КМП термин «непредвиденное» охватывает как субъективную добросовестную невозможность предвидеть обстоятельства в момент принятия обязательств, так и объективную невозможность разумно предвидеть их наступление. В комментариях к статье 23 Комиссия использует формулировку «нелегко предвидеть», не требуя абсолютной непредсказуемости. Однако инвестиционные трибуналы, хотя и применяют этот критерий по-разному, в целом устанавливают достаточно высокий порог: обстоятельства должны быть не только «нелегко предвидимыми», но представляться неправдоподобными при разумной оценке. Следовательно, ключевой вопрос заключается в том, могли ли стороны при принятии обязательств по инвестиционным договорам разумно ожидать возникновения активных боевых действий.

Трибунал должен учитывать не только возможность разумно предвидеть вооруженный конфликт, но и его характер и последствия, делающие исполнение обязательства материально невозможным. Иными словами, сторона, ссылающаяся на форс-мажор, должна доказать невозможность разумно предвидеть конфликт такой интенсивности и конфигурации, которые препятствуют исполнению конкретного обязательства, а не только сам факт возникновения конфликта. Это существенно упрощает использование государством данной защиты.

Что касается непредвиденности события, то международная судебная практика, как правило, подходит к данному критерию строго, устанавливая

¹³ Статьи об ответственности государств, комментарий 2 к статье 23.

¹⁴ Study by the Secretariat. Op. cit. P. 70. Para 17.

высокий порог для его применения. Так, в деле *Autopista v. Venezuela*¹⁵ иностранный инвестор инициировал арбитраж в связи с неисполнением Венесуэлой условий концессионного соглашения, в рамках которого государство обязалось проводить работы и обеспечивать техническое обслуживание дорожной системы, включая повышение тарифов за пользование шоссе. Намерение увеличить тарифы вызвало массовые протесты и беспорядки в 1997 и 2001 годах. Столкнувшись с активной оппозицией населения, власти Венесуэлы отказались повышать тарифы и прекратили исполнение договорных обязательств, сославшись на форс-мажор. Однако трибунал Международного центра по урегулированию инвестиционных споров, анализируя критерий непредвиденности, отказал в признании наличия форс-мажора, указав: «учитывая хорошо известный трагический прецедент событий Каракасо [Caracazo] и сходное воздействие повышения тарифов, предусмотренного договором, на население, Венесуэла не убедила Трибунал в том, что возможность гражданских беспорядков не могла быть предвидена на момент проведения переговоров о Концессионном соглашении»¹⁶.

Такая оценка представляется спорной, особенно ввиду того, что между предшествующими и последующими событиями прошло около восьми лет, а прогнозирование повторения подобных беспорядков спустя столь длительный срок представляется крайне затруднительным. Безусловно, можно учитывать фактические обстоятельства, которые за этот период существенно не изменились, в частности социально-экономическое положение населения и его отношение к повышению цен. Однако ключевым остается вопрос о степени вероятности наступления соответствующих обстоятельств. Во избежание произвольности оценок необходимо учитывать сложившуюся практику, согласно которой точкой отсчета является момент принятия сторонами соответствующих обязательств. Последующее повышение риска в период исполнения договора не имеет значения, даже если непосредственно перед исполнением становится очевидно, что оно материально невозможно. Позиция Венесуэлы заключалась в том, что «стороны не могли и не предвидели протест такого масштаба и угрозу насилия»¹⁷, то есть акцент делался на непредсказуемости интенсивности беспорядков. Тем не менее государство, неся бремя доказывания, не убедило трибунал в том, что обстоятельства на стадии переговоров не давали достаточных оснований

¹⁵ *Autopista Concesionada de Venezuela, C.A. v. Bolivarian Republic of Venezuela*. ICSID Case No. ARB/00/5. Award. 23 September 2003.

¹⁶ Ibid. Para. 118.

¹⁷ Ibid. Para. 117.

разумно ожидать протестов, способных сделать исполнение обязательств невозможным. В результате трибунал пришел к выводу, что «предполагаемая невозможность повышения тарифа не была непредвиденной»¹⁸. Хотя данный подход может показаться чрезмерно строгим, он выглядит обоснованным, поскольку в условиях практически неизменного положения населения вероятность беспорядков была высока, тогда как их масштаб действительно оставался менее предсказуемым.

Для более полного понимания подходов трибуналов к оценке критерия непредвиденности следует обратиться к другим делам, связанным с неисполнением обязательств вследствие вооруженных конфликтов и внутренних беспорядков. Так, в деле *RSM Production Corporation v. Central African Republic*¹⁹ стороны заключили контракт, по которому инвестор получил лицензию на разведку нефтяных месторождений. В 2001 году, то есть в последний год работ, вследствие гражданских и политических беспорядков и вооруженного конфликта в Центральноафриканской Республике инвестор сослался на форс-мажор в обоснование неисполнения отдельных обязательств. В данном деле трибунал занял противоположную позицию, указав, что политическая нестабильность и частые конфликты в ЦАР сами по себе не свидетельствуют о предсказуемости тех обстоятельств, которые приведут к материальной невозможности исполнения договора²⁰.

Поскольку стороны не оспаривали наличие форс-мажора, трибунал сосредоточился не на самом факте его существования, а на моменте, когда конфликт достиг степени интенсивности, которая объективно исключила возможность продолжения работ инвестором. В части непредвиденности трибунал отметил:

...несмотря на то что события, вызвавшие форс-мажор, произошли задолго до уведомления о нем, и ситуация в области безопасности в ЦАР отмечалась беспорядками, воздействие этого форс-мажора было незначительным до момента, когда RSM попыталась войти в ЦАР с иностранными группировками. Ранее никаких препятствий для выполнения [инвестором] своих договорных обязательств не существовало²¹.

Следовательно, трибунал счел прежнюю нестабильность в регионе, не препятствовавшую исполнению контракта, недостаточной для вывода о предвидимости тех обстоятельств, которые впоследствии сделали

¹⁸ Ibid. Para. 118.

¹⁹ *RSM Production Corporation v. Central African Republic*. ICSID Case No. ARB/07/02. Decision on Jurisdiction and Liability. 7 December 2010.

²⁰ Ibid. Paras. 180–185.

²¹ Ibid. Para. 180.

исполнение невозможным. В результате в рассматриваемой ситуации было признано наличие всех критериев форс-мажора.

В деле *Gujarat v. Yemen*²², как и в вышеизложенном деле, по мнению инвестора, беспорядки и мятежи в Йемене в 2011 году сделали небезопасным проведение сейсмических исследований и других работ, необходимых в рамках инвестиционного контракта. В этом случае трибунал обратился к широкой трактовке положения о форс-мажоре согласно контракту сторон, где предсказуемость не была отражена как условие такового²³, и удовлетворил позицию инвестора о наличии форс-мажорного обстоятельства, однако, отметив, что даже при наличии такого условия, в данном случае он указал бы на форс-мажор²⁴. Важно, что трибунал изложил следующую идею: «...наличие риска на момент заключения контракта само по себе не исключает возможности ссылки стороны на последующее увеличение такого риска как на обстоятельство, препятствующее исполнению обязательств по контракту»²⁵. Данный вывод подтверждает ранее сформулированную позицию о том, что полное отсутствие риска наступления соответствующего обстоятельства не является необходимым условием для квалификации ситуации как форс-мажора. Следовательно, сторона не может быть лишена возможности ссылаться на форс-мажор лишь потому, что на момент заключения договора уже существовал незначительный риск наступления таких обстоятельств. При этом соответствующее обстоятельство должно по своему характеру быть способно воспрепятствовать исполнению обязательств, а его наступление — либо не поддаваться разумному предвидению сторонами, либо, хотя и оставаться возможным, носить маловероятный характер.

В недавнем деле *Tekfen and TML v. Libya*²⁶ стороны представили противоположные позиции относительно предсказуемости обстоятельств, нарушивших исполнение контрактных обязательств. Инвестор утверждал, что государство было осведомлено о возможности причинения вреда инвестициям, однако не приняло необходимых мер по их защите, несмотря на предсказуемость такого вреда²⁷. В свою очередь, государство ссылалось на показания самих заявителей о том, что вероятность возникновения реальной угрозы режиму представлялась маловероятной с учетом

²² *Gujarat State Petroleum Corporation Limited v. the Republic of Yemen and the Yemen Ministry of Oil and Minerals*. ICC Arbitration No. 19299/MCP. Award. 10 July 2015.

²³ Ibid. Para. 158.

²⁴ Ibid. Para. 159.

²⁵ Ibid.

²⁶ *Tekfen-TML Joint Venture, Tekfen İnşaat ve Tesisat A.Ş. and TML İnşaat A.Ş. v. State of Libya*. ICC Arbitration No. 21371/MCP/DDA. Final Award. 11 February 2020.

²⁷ Ibid. Claimant paras. 4.15.7–4.15.8; Respondent para. 5.8.7.

жесткого тоталитарного правления Каддафи²⁸. В конечном счете трибунал не считал необходимым обращаться к вопросу о форс-мажоре, поскольку не установил нарушения государством стандарта должной осмотрительности (англ.: *due diligence*). Вместе с тем трибунал отметил большую убедительность позиции ответчика, указав, что при необходимости мог бы прийти к выводу о наличии обстоятельств, исключающих противоправность²⁹.

Сопоставление приведенных выше решений не позволяет сделать однозначный вывод о том, какие обстоятельства могут соответствовать критерию непредвиденности. Тем не менее общая практика инвестиционных трибуналов свидетельствует о том, что вооруженные конфликты и мятежи нередко рассматриваются в качестве непредвиденных обстоятельств, хотя при этом учитывается степень подверженности конкретного государства внутренним и внешним конфликтам в соответствующий период. Иными словами, трибуналы оценивают возможность предвидения в более широком контексте, принимая во внимание политическую нестабильность, предшествующие конфликты, территориальные споры, общественные волнения и иные сопутствующие обстоятельства. Оценка вооруженного конфликта как обстоятельства форс-мажора не может носить универсальный характер и требует детального анализа указанных факторов. Вместе с тем даже государства, находящиеся в условиях конфликта или уже выступающие его сторонами, не лишаются возможности привлекать инвестиции и ссылаться на форс-мажор в целях исключения международно-правовой ответственности.

Однако трибуналы, принимая во внимание способность сторон самостоятельно оценивать риски, исходят из того, что как инвесторы, так и государства добровольно принимают на себя риск наступления форс-мажорных обстоятельств, даже если такое распределение риска прямо не закреплено в договоре.

Более определенная позиция в практике трибуналов сложилась в отношении критерия непреодолимости. Непреодолимая сила предполагает наличие обстоятельств, которых государство разумно не могло избежать и которые не поддаются эффективному контролю или преодолению со стороны ни государства, ни инвестора. При этом соответствующее обстоятельство может быть как предвидимым, так и непредвидимым. Комментарий КМП разъясняет, что даже существенное затруднение

²⁸ Ibid. Respondent para. 5.8.7.

²⁹ Ibid. Para. 7.7.143.

исполнения обязательства само по себе не является достаточным основанием для признания обстоятельства непреодолимой силой³⁰.

Требование непреодолимости во многом связано с критерием материальной невозможности исполнения, так как обстоятельство делает исполнение обязательства материально невозможным лишь постольку, поскольку оно является непреодолимым, и только на период существования такого обстоятельства. Напротив, преодолимость ситуации предполагает сохранение возможности исполнения обязательства, хотя и сопряженного с дополнительными трудностями. Вместе с тем непреодолимой должна быть сама сила или событие, лежащие в основе форс-мажора, тогда как вопрос о возможности исполнения обязательств в условиях их наступления подлежит самостоятельной оценке.

В вышеупомянутом деле *RSM Production Corporation v. Central African Republic* трибунал обратился к вопросу о возможности избежать наступления форс-мажорных обстоятельств и оценил действия инвестора с точки зрения предпринятых им мер по предотвращению их последствий. В обоснование своей позиции инвестор утверждал, что неисполнение контрактных обязательств в течение четвертого и пятого годов было обусловлено отказом субподрядчиков осуществлять деятельность в ЦАР ввиду небезопасной обстановки в стране. В свою очередь, ЦАР указала, что данный отказ сам по себе не препятствовал инвестору исполнить обязательства по контракту и что контракт не предусматривал подобного основания для приостановления его исполнения³¹. Трибунал, обратившись к практике проведения работ в данной сфере, констатировал, что субподряд зачастую является необходимым и инвестор нуждался в привлечении специализированной компании для осуществления этих работ, после чего постановил:

...RSM была вынуждена привлекать сторонние организации для выполнения сейсмических работ. С учетом ограниченного числа компаний, способных выполнить соответствующие работы в течение четвертого и пятого годов, RSM, по всей вероятности, не могла преодолеть последствия отказа таких компаний от участия в проекте. Более того, как только у RSM появились основания полагать, что ситуация улучшилась, компания предприняла безуспешную попытку привлечь китайскую компанию для завершения работ³².

Таким образом, трибунал установил, что инвестор был практически лишен возможности совершить действия, предусмотренные контрактом, по

³⁰ Статьи об ответственности государств, комментарий 3 к статье 23.

³¹ *RSM Production Corporation v. Central African Republic*. ICSID Case No. ARB/07/2. Decision on Jurisdiction and Liability. 7 December 2010. Para. 181.

³² Ibid. Paras. 182, 183.

причинам, не зависящим от него. Трибунал также подтвердил, что инвестор принял меры для предотвращения данной ситуации, в частности попытался привлечь китайскую компанию к выполнению работ, что, по мнению трибунала, было достаточным для подтверждения непреодолимого характера сложившихся обстоятельств. Подчеркнем, что трибунал не стал отдельно рассматривать возможность избежать наступления такой ситуации вне контекста тех мер, которые могли быть приняты инвестором. Вместо этого трибунал оценил, проявил ли инвестор должную осмотрительность и предпринял ли все разумные усилия для предотвращения неисполнения своих обязательств. Подобный подход к оценке критерия непреодолимости прослеживается в практике большинства трибуналов, рассматривавших вопросы применения форс-мажора.

2.2. Контролируемость

В международной практике как до кодификации, так и в ходе разработки Статей об ответственности государств отсутствие у государства возможности контролировать событие форс-мажора не рассматривалось как полное отсутствие какой-либо связи между государством, ссылающимся на форс-мажор, и наступившим событием. Такие обстоятельства должны находиться вне контроля государства³³, но в то же время они могут квалифицироваться как форс-мажор даже в случаях, когда действие или бездействие, повлекшие их возникновение, исходили от самого государства, при условии, что эти обстоятельства не стали результатом его умышленного поведения (Zrilic, 2019, p. 6). Трибуналы нередко проводят параллель между требованием отсутствия контроля государства над форс-мажорным обстоятельством и вопросом о вменении деяния государству³⁴. В данном контексте по вопросу о подконтрольности Секретариат КМП отметил следующее:

Что касается ущерба, причиненного иностранцам или их имуществу частными лицами, государство несет ответственность лишь в том случае, если такой ущерб стал следствием непринятия им мер, «которые обычно должны были быть приняты в данных обстоятельствах» для предотвращения причинения вреда, его возмещения либо привлечения виновных лиц к ответственности³⁵.

³³ Force majeure // Jus Mundi, Wiki Notes. 19 September 2023. Para. 12; *Huntington Ingalls Incorporated v. Ministry of Defense of the Bolivarian Republic of Venezuela (II)*. Para. 236; *Platinum Blackstone PTY LTD (formerly known as Nexbis Pty Ltd) v. Republic of Maldives*. SIAC Case No. ARB003 of 2014. Award (No. 132 of 2016). 24 November 2016. Para. 170; *Sambiaggio Case*. Opinion of Umpire Ralston. 1 January 1903. P. 513.

³⁴ *Autopista Concesionada de Venezuela, C.A. v. Bolivarian Republic of Venezuela*. Para. 126.

³⁵ Study by the Secretariat. Op. cit. Para. 69.

Таким образом, явно прослеживается намерение Комиссии оценивать правомерность деяния государства исходя из степени предполагаемой должной осмотрительности, рассматривая ее как объективно существующее обстоятельство, не зависящее от воли сторон. Также отчетливо прослеживается стремление трибуналов применять Главу II Статей об ответственности государств при определении наличия контроля над форс-мажорными обстоятельствами.

Сходную позицию в деле *Spanish Zone of Morocco* занял арбитр Макс Хубер, указавший, что «государство само по себе не несет ответственности за факт существования конфликта, будь то мятеж, восстание, гражданская война или международная война, равно как и за причинение ущерба такими событиями на его территории». Вместе с тем, признав, что «такие события должны рассматриваться как “случаи форс-мажора”», Хубер отметил: «государство тем не менее может нести ответственность за действия или бездействие властей по предотвращению, насколько это возможно, последствий таких событий»³⁶.

В этом контексте показательны решения инвестиционных трибуналов, в которых наступившее обстоятельство оценивалось как пребывающее вне контроля государства. Так, в деле *Huntington Ingalls v. Venezuela* трибунал отметил, что «задержка, с которой истец столкнулся при выполнении обязанностей по контракту, была вызвана определенными причинами, находившимися вне контроля сторон, такими как штормы и ураганы...»³⁷, а в деле *Sambiaggio* — отсутствие ответственности государства за действия мятежников, которыми оно не управляет³⁸. Трибунал также добавил, что государство не может нести ответственность за деяния лиц, которые вышли из-под его контроля и действуют без согласия властей³⁹.

В уже упомянутом деле *RSM Production Corporation v. Central African Republic* трибунал подчеркнул, что инвестор никоим образом не мог повлиять на возникший в государстве конфликт, который, безусловно, находился вне его контроля⁴⁰. Трибуналы также связывают невозможность исполнения обязательства по инвестиционному договору с последствиями действий контрагента, которые, в свою очередь, могут быть обусловлены

³⁶ *Spanish Zone of Morocco (Great Britain v. Spain) (1924) // Reports of International Arbitral Awards (RIAA). Vol. 2. P. 615, 639, 642.*

³⁷ *Huntington Ingalls Incorporated v. Ministry of Defense of the Bolivarian Republic of Venezuela (II). Op. cit. Paras. 236, 844.*

³⁸ *Sambiaggio Case. Opinion of Umpire Ralston. 1 January 1903. P. 513.*

³⁹ *Ibid.*

⁴⁰ *RSM Production Corporation v. Central African Republic. Op. cit. Para. 184.*

форс-мажорными обстоятельствами⁴¹. В таком случае ответственность исключается для обеих сторон.

Анализ приведенных решений позволяет заключить, что трибуналы нередко отождествляют критерий контролируемости форс-мажорного обстоятельства с режимом вменения поведения государству. При определении роли субъекта в возникновении форс-мажорных обстоятельств они опираются на общепринятые стандарты вменения. В контексте вооруженных конфликтов ситуация осложняется тем, что военные действия неизбежно являются результатом поведения государств — как агрессора, так и обороняющегося. Более детально эти аспекты целесообразно рассматривать при анализе причастности государства к возникновению конфликта в рамках статьи 23(2)(а) Статей об ответственности государств.

Критерий неподконтрольности форс-мажорного обстоятельства отражает общий подход доктрины и трибуналов: исключение ответственности возможно при отсутствии действий государства, направленных на наступление противоправных последствий. Ключевым элементом является участие государства, его органов или подконтрольных ему субъектов в создании материальной невозможности исполнения обязательства, что может свидетельствовать о наличии неправомерного намерения уклониться от его исполнения. Речь идет о риске намеренного создания или использования форс-мажорных обстоятельств для избежания ответственности. Соответственно, данный критерий должен служить гарантией против злоупотребления соответствующей защитой и в определенной мере нейтрализовать недобросовестное поведение государств в условиях вооруженных конфликтов.

В то же время, как отмечала КМП в ходе разработки статьи 23, условие «вне контроля» было добавлено для того, чтобы еще отчетливее подчеркнуть элемент невозможности⁴². Тем самым выявляется проблема размытости границ между критериями непреодолимости и неподконтрольности. Эти условия пересекаются при оценке того, может ли государство взять наступившее обстоятельство под контроль и устранить его влияние на исполнение обязательства. В подобных случаях непреодолимость фактически совпадает с неподконтрольностью и наоборот, что порождает определенные концептуальные трудности.

⁴¹ *Gould Marketing, Inc., as Successor to Hoffman Export Corporation v. Ministry of Defence of the Islamic Republic of Iran*. Iran-United States Claims Tribunal. Case No. 49. Interlocutory Award (Award No. ITL 24-49-2). 27 July 1983. P. 153.

⁴² Ago R. Eighth Report on State Responsibility // *Yearbook of the International Law Commission*. 1979. Vol. II. UN Doc. A/CN.4/SER.A/1979.1 (Part 1) (Ago, Eight Report). P. 234. Para. 3.

2.3. Материальная невозможность

После констатации существования непреодолимой силы или непредвиденного события, которое неподконтрольно государству, следует установить причинно-следственную связь между данным событием и неисполнением обязательства. Прямым последствием наступления непреодолимой силы или непредвиденного обстоятельства является невозможность исполнения существующих обязательств⁴³. Форс-мажор не охватывает ситуации, при которых исполнение обязательств стало труднее, например, ввиду политического или экономического кризиса⁴⁴. Основная проблема заключается в определении случаев, когда вооруженные конфликты обладают достаточной интенсивностью, чтобы влиять на возможность исполнения обязательства. Чтобы сформировать полное представление о данном вопросе, необходимо рассмотреть как случаи невозможности исполнения обязательств по защите и предоставлении гарантий инвесторам, так и невозможности исполнения финансовых обязательств.

Для понимания данного критерия следует проанализировать процесс его формирования и функционирования. Первый специальный докладчик по Статьям об ответственности государств Ф. Гарсия-Амадор во втором переработанном варианте положения об исключении ответственности при наступлении обстоятельства непреодолимой силы впервые предложил отразить идею «невозможности» исполнения обязательства именно в такой формулировке, не добавляя дополнительных слов к термину⁴⁵. После этого второй специальный докладчик Р. Аго доработал данное предложение и представил собственную концепцию, более четко разграничив ситуации необходимости и форс-мажора. В ней Аго отразил критерий «абсолютной невозможности» исполнения обязательства, который, по его мнению, означал отсутствие какой-либо возможности государств избежать неисполнения и тем самым исключал волю государства в подобных случаях⁴⁶. Уже тогда существовало понимание того, что абсолютная невозможность исполнения могла наступить вне зависимости от причин возникновения соответствующей ситуации, включая как антропогенные, так и природные явления⁴⁷. Несмотря на то что словосочетание «абсолютная

⁴³ Статьи об ответственности государств, комментарий 2 к статье 23.

⁴⁴ Статьи об ответственности государств, комментарий 3 к статье 23.

⁴⁵ García-Amador F. V. Sixth Report on International Responsibility. UN Doc. A/CN.4/134 and Addendum // Yearbook of the International Law Commission. 1961. Vol. II. UN Doc. A/CN.4/SER.A/1961/Add.1. P. 48. Art. 17(1).

⁴⁶ Ago R. Op. cit. P. 49. Para. 106.

⁴⁷ Ibid. Para. 107.

невозможность» подвергалось определенной критике, принятые в доктринальных подходах правовая и моральная невозможность не признавались потенциальными основами для установления форс-мажора. Напротив, как единственные возможные основы были приняты материальная и абсолютная невозможность⁴⁸. Впоследствии слово «абсолютная» было изменено на «материальная», что, с точки зрения Комиссии, означало более объективный критерий оценки невозможности вместо ранее применимого субъективного. Последним специальным докладчиком, модифицировавшим статью о форс-мажоре, стал Дж. Кроуфорд, и он оставил термин «материальная невозможность» без изменений. Однако в ходе обсуждений некоторые члены Комиссии задавались вопросом о правильности данного термина⁴⁹, обращаясь к решению Международного Суда по делу *Rainbow Warrior*, где суд выразил недвусмысленную позицию, постановив, что «...тест применимости [форс-мажора] заключается в абсолютной и материальной невозможности, и ... обстоятельство, делающее выполнение более трудным или обременительным, не составляет случай форс-мажора»⁵⁰. Некоторые члены Комиссии задались вопросом о различии между «абсолютной и материальной» и «материальной» невозможностью⁵¹. Тем не менее в итоге Кроуфорд счел термин «абсолютная» излишним и не включил его в проект статьи⁵². Концепция абсолютной невозможности не получила поддержки и в последующей практике Международного Суда, который проводил разграничение между материальной невозможностью в контексте форс-мажора и более высоким стандартом невозможности в контексте последующей невозможности исполнения договора по смыслу Венской конвенции о праве международных договоров⁵³.

Классическим примером невозможности обычно считается ситуация, при которой воздушное судно государства вследствие повреждения или потери управления из-за погодных условий вынуждено войти в воздушное пространство другого государства без разрешения последнего⁵⁴. Однако разнообразие форм и видов проявлений невозможности исполнения бесконечно.

⁴⁸ ILC. Summary record of the 1573rd meeting. UN Doc. A/CN.4/SR.1573. P. 205. Paras. 1–2.

⁴⁹ См. также: Kateka // Yearbook of the International Law Commission. 1999. Vol. I. UN Doc. A/CN.4/SER.A/1999. P. 171. Para. 22; He Q. // Yearbook of the International Law Commission. 1999. Vol. I. UN Doc. A/CN.4/SER.A/1999. P. 172. Para. 25; Kamto // Yearbook of the International Law Commission. 1999. Vol. I. UN Doc. A/CN.4/SER.A/1999. P. 179. Para. 29.

⁵⁰ *Rainbow Warrior Affair (New Zealand v. France) (1990)* // Reports of International Arbitral Awards (RIAA). Vol. 20. P. 217, 253.

⁵¹ He Q. Op. cit. P. 172. Para. 25.

⁵² Crawford. Op. cit. P. 179. Para. 35.

⁵³ *Gabčíkovo-Nagymaros Project (Hungary/Slovakia)*. Judgment. I.C.J. Reports. 1997. Para. 102.

⁵⁴ Статьи об ответственности государств, комментарий 5 к статье 23.

Материальная невозможность исполнения обязательства, несомненно, подразумевает временные рамки, которые обусловлены существованием причинно-следственной связи между событием и неисполнением обязательства. Невозможность может быть квалифицирована как форс-мажор, только если государство в текущий момент переживает обстоятельство непреодолимой силы или его последствия. Широко признано, что ссылка на форс-мажорные обстоятельства представляет собой реакцию на уже наступившее или, по крайней мере, продолжающееся обязательство (Paddeu, 2011, p. 463). Невозможность неисполнения прекращается одновременно с прекращением действия непреодолимой силы, вследствие чего отпадает основание для исключения ответственности, а правоотношения между сторонами возобновляются в прежнем объеме.

В деле *General Dynamics v. Libya* трибунал рассмотрел вопрос о невозможности исполнения обязательств вследствие вооруженного конфликта в Ливии, бомбардировки Триполи, террористических атак и нарастающих беспорядков. Трибунал установил, что невыполнение обязательств по выплатам и невозможность передачи акта приема-передачи были обусловлены ситуацией форс-мажора, возникшими в результате вооруженного конфликта. Трибунал отметил, что «события в Ливии носили такой характер и интенсивность, что прервали повседневную техническую и административную работу Департамента закупок Временного генерального комитета обороны»⁵⁵. Не найдя в доводах инвестора существенных аргументов об опровержении защиты форс-мажора, трибунал пришел к выводу, что «гражданская война в Ливии и иностранное военное вмешательство представляли собой форс-мажорные обстоятельства, которые помешали Ответчику выполнить свои договорные обязательства, включая предоставление актов приема-передачи или оплаты»⁵⁶. Анализируя возможные действия ответчика, трибунал обратился к некоторым аспектам воздействия вооруженных действий на исполнение обязательств. Так, трибунал принял во внимание положение, в котором оказались Временный генеральный комитет обороны, подписавший контракт LTCIS, и Министерство обороны — конечный бенефициар данного контракта — в начале конфликта, тем самым фактически допустив снижение стандарта разумно ожидаемого поведения от этих ведомств в условиях вооруженного конфликта. Конфликт своим существованием «прервал» работу этих ведомств и серьезно повлиял на безопасность персонала Ответчика,

⁵⁵ *General Dynamics v. Libya*. Op. cit. Para. 255.

⁵⁶ Ibid. Para. 260.

доступ к документации, имеющей отношение к Контракту LTCIS, и доступ к средствам связи. Комментируя решение трибунала с учетом общей картины дела, можно отметить его ситуационный подход к вопросу о материальной невозможности. Трибунал рассмотрел возможные способы исполнения обязательств, а также риски, которыми сопровождалась бы реализация таких вариантов. Впоследствии решение было принято на основе анализа наличия материальной невозможности в конкретных обстоятельствах дела и отсутствия вмешательства государства в ее возникновение.

В ранее упомянутом деле *Autopista Concesionada v. Venezuela* трибунал, оценивая подход венесуэльского законодателя к «невозможности» и сравнивая его с международно-правовым подходом, отметил следующее: «Не обязательно, чтобы событие форс-мажора было непреодолимым; достаточно, чтобы по всем разумным оценкам оно затрудняло надлежащее исполнение контракта»⁵⁷. Далее, трибуналом проводится параллель с доктринальными подходами в административном и частном праве⁵⁸. Согласно этим подходам «не обязательно, чтобы событие, квалифицируемое как форс-мажор, было непреодолимым или делало исполнение согласованных обязательств абсолютно невозможным; достаточно, чтобы по всем разумным основаниям оно существенно затрудняло нормальное исполнение контракта, и, следовательно, требование абсолютной невозможности не является обязательным» (Bercaitz, 1980, p. 578), что также соответствует подходу частного права к данному вопросу, согласно которому «“форс-мажор” может возникнуть, когда внешнее и непредсказуемое событие нарушает или изменяет “окончательным” образом равновесие контракта» (Marienhoff, 1983, p. 359).

Подходы, выработанные международными судами и трибуналами, позволяют сделать вывод о том, что термин «материальная невозможность» в статье 23 не направлен на исключение всех ситуаций, в которых государство или инвестор сохраняют формальную возможность исполнить обязательство ценой причинения неминуемого и серьезного ущерба своим существенным интересам. Вместе с тем данный критерий охватывает случаи, когда нарушается экономическое или фактическое равновесие договорных отношений, существенно изменяются обстоятельства, существовавшие на момент принятия обязательств, либо возникают иные факторы, вследствие которых исполнение обязательства становится чрезвычайно затруднительным — более обременительным, чем

⁵⁷ *Autopista Concesionada de Venezuela, C.A. v. Bolivarian Republic of Venezuela*. Op. cit. Para. 121.

⁵⁸ Ibid.

в условиях обычного экономического кризиса, но при этом еще не достигает уровня абсолютной невозможности. Так, в делах *Autopista* и *General Dynamics* трибуналы сочли существенным то обстоятельство, что вооруженный конфликт настолько изменил объективные условия, в которых стороны заключали договор или осуществляли инвестиции, что был нарушен обычный ход хозяйственной деятельности, а на стороны было возложено несоразмерно тяжелое бремя исполнения. В результате возник дисбаланс между объемом усилий, ожидаемых от сторон, и выгодами, которые они могли разумно рассчитывать получить от исполнения обязательств. Это еще раз подтверждает, что для применения форс-мажора не требуется установления абсолютной невозможности исполнения. Вместе с тем подобная интерпретация не должна создавать впечатление о широкой доступности данной защиты или высокой вероятности ее успешного применения. Форс-мажор как обстоятельство, исключающее противоправность, представляет собой исключение из общего правила и потому подлежит ограничительному толкованию. Кроме того, анализ обычного значения терминов статьи 23 и истории их формирования позволяет заключить, что КМП стремилась максимально сузить сферу применения форс-мажора, ограничив ее случаями крайней степени затруднительности исполнения обязательства, обозначаемой термином «невозможность».

Экономическая и политическая ситуация государства в период вооруженных конфликтов также может стать фактором, вносящим существенные изменения в равновесие договорных отношений между сторонами инвестиционных соглашений. Материальное затруднение исполнения обязательств в таких условиях может выражаться в как физической опасности осуществления определенных действий, включая, например, невозможность обеспечения полной защиты с помощью частных охранных компаний, так и в материально-финансовых рисках, связанных с потенциальными ограничениями финансовых переводов, ощутимым ущербом экономике и, как следствие, угрозами государственной безопасности и так далее. При этом в последнем случае, несмотря на практику трибуналов и позиций государств, речь скорее идет о ситуации необходимости, чем о форс-мажоре (Zrilic, 2019, p. 6; Paddeu, 2011, pp. 459–460).

При рассмотрении материальной невозможности исполнения обязательств возникает вопрос о том, какие меры следует считать достаточными для признания того, что государство проявило должную осмотрительность и сделало все материально возможное для предотвращения нарушения обязательства. На этот вопрос предлагается

отвечать, проводя границы между возможными и невозможными действиями для определенного государства в определенный момент, то есть применяя дифференцированный подход в каждом случае с учетом финансовых, политических, экономических и иных факторов. В данном контексте под «невозможными» действиями понимаются также те, которые теоретически осуществимы, однако требуют неразумных усилий, и потому их неисполнение не может рассматриваться как нарушение принципа добросовестности. Важным условием в квалификации таких действий как невозможных является установление порога неразумных усилий, который должен быть выше обычных затруднений или финансовой невыгодности, тем самым исключая возможность злоупотребления защитой форс-мажора для прикрытия незначительных трудностей исполнения обязательства.

Этот тезис подтверждается рассуждениями Дж. Кроуфорда, который указывает, что «общее правило невиновности в таких обстоятельствах основано на презумпции, что даже объективная ответственность требует нормальной способности действовать, и серьезные внутренние потрясения равносильны форс-мажору». Хотя в доктрине существует общее согласие относительно того, что правило невиновности не будет применяться, если соответствующее правительство не докажет должной осмотрительности, а этот стандарт может варьироваться в каждом конкретном случае в зависимости от обстоятельств (Crawford, 2019, p. 536).

Недостаточная активность государства в обеспечении режима полной защиты и охраны собственности иностранных инвесторов, рассматриваемого в рамках международного экономического права и сохраняющего определенный неизменный объем даже в условиях вооруженных конфликтов, неизбежно вступает в противоречие с режимом защиты гражданских объектов, сформированным нормами международного гуманитарного права (МГП) и существенно отличающимся по своему содержанию и целям. Одни лишь вопросы военной необходимости и допущение определенного вреда при условии пропорциональности прямому военному преимуществу раскрывают ряд неопределенностей в соотношении положений международного инвестиционного права и МГП. Тем не менее обязательства, предусмотренные инвестиционными договорами, остаются в плоскости международного экономического права. Хотя их неисполнение не оценивается по правилам и принципам военного времени как способ выявления правомерности действий, а рассматривается как нарушение договорных стандартов, такая оценка осуществляется самостоятельно — на основе норм и принципов инвестиционного права. Иными словами, международное гуманитарное право в отдельных случаях может

использоваться как инструмент оценки правомерности поведения государства в условиях вооруженного конфликта, результаты которой затем учитываются и как обстоятельства при определении соблюдения государством обязательств по инвестиционному договору. Ошибочно было бы полагать, что эти отрасли противоречат друг другу и неизбежно создают коллизию при любых обстоятельствах вооруженного конфликта. В данном случае не стоит вопрос о приоритете одной отрасли над другой как *lex specialis*, так как используется интегративная интерпретация, совмещающая нормы этих отраслей в действии.

Ситуации форс-мажора могут подразумевать оценку невозможности действий или бездействий в отдельных обстоятельствах вооруженного конфликта. В таких случаях невозможность действия будет рассматриваться сквозь призму военной необходимости и пропорциональности, чтобы выявить ситуации, требующие неразумных усилий, неисполнение которых не будет квалифицироваться как нарушение добросовестности. Кроме того, наличие вооруженного конфликта повлияет на границы требуемой должной осмотрительности, модифицируя их и устанавливая новый порог.

Подводя промежуточный итог, можно отметить, что материальная невозможность как категория, несущая в себе незначительную субъективную составляющую, может претвориться в жизнь только в случаях добросовестной невозможности исполнения обязательств, которая иногда выражается в бессилии перед разрушительными последствиями вооруженных конфликтов или насущной военной необходимостью. В делах международных трибуналов и судов, таких как дело *Lighthouses*⁵⁹ или дело *Railroads*⁶⁰, суды исходят из непреодолимого характера разрушений войны, иногда относя сопутствующий военным действиям ущерб к категории «опасности войны» (Kiss, 1962, pp. 618–619), «правомерных военных действий»⁶¹ или «несчастных случаев»⁶², подразумевая бессилие сторон перед такими последствиями. Исполнение обязательства в таких случаях должно быть признано материально невозможным и ответственность государства на время существования таких обстоятельств исключается. Несмотря на то что это понимание невозможности существует в международном праве уже давно, представления о пределах должной

⁵⁹ *Lighthouses case between France and Greece*. PCIJ. Series A/B. No. 62. Judgment. 17 March 1934. P. 219–220.

⁶⁰ *French Company of Venezuelan Railroads Case*. Opinion of Umpire. 31 July 1905.

⁶¹ *The Dunn Case (Chile/United Kingdom) (1895)*. In: Study by the Secretariat. Op. cit. P. 158; *The Case of the Compagnie Française des Chemins de Fer Vénézuéliens (France/Venezuela) (1905)*. In: Study by the Secretariat. Ibid. P. 166.

⁶² *De Wytenhove Case (France/Italy) (1950)* // Reports of International Arbitral Awards (RIAA). Vol. 13. P. 228.

осмотрительности и добросовестности государства претерпевают постоянные изменения.

2.4. Причастность государства

Условие причастности государства к созданию форс-мажорных обстоятельств тесно связано с критерием контроля над такими обстоятельствами. Вместе с тем вопрос об обусловленности возникновения форс-мажорной ситуации действиями государства, ссылающегося на форс-мажор, требует самостоятельного и комплексного анализа. Дальнейшее развитие данного тезиса основывается на идее недопустимости наличия у государства намерения создать условия, позволяющие ему уклониться от исполнения договорных обязательств, злоупотребляя ссылкой на форс-мажор в целях исключения международно-правовой ответственности.

В исходной редакции текста статьи о форс-мажоре в Статьях об ответственности государств первый специальный докладчик, объединяя форс-мажор и ситуацию крайней необходимости, изложил условие причастности государства следующим образом: «...при условии, что государство не спровоцировало опасность и не могло противодействовать ей другими средствами»⁶³. В дальнейшем Комиссия вновь сместила акцент в сторону оценки поведения самого государства, «которое не было следствием действия или бездействия его собственных органов или должностных лиц»⁶⁴, и в каком-то смысле вернулось к прежнему подходу, выбирая термины, способные точнее выражать волю государства, в следующем варианте, согласно которому «Параграф 1 не применяется, если соответствующее государство способствовало возникновению ситуации материальной невозможности»⁶⁵. Особого внимания заслуживает замена слов «спровоцировало» и «следствием действия» словом «способствовало», что указывает на степень вовлеченности самого государства в создание форс-мажорных обстоятельств. В отношении данной формулировки Комиссия разъяснила, что речь идет о ситуации, когда государство намеренно либо по небрежности способствует возникновению обстоятельств материальной невозможности⁶⁶.

⁶³ *García-Amador F. V. Third Report on International Responsibility*. UN Doc. A/CN.4/111 // Yearbook of the International Law Commission. 1958. Vol. II. UN Doc. A/CN.4/SER.A/1958/Add.1. P. 50.

⁶⁴ Yearbook of the International Law Commission. 1961. Vol. II. UN Doc. A/CN.4/SER.A/1961/Add.1. P. 48.

⁶⁵ Riphagen W. // Yearbook of the International Law Commission. 1979. Vol. I. UN Doc. A/CN.4/SER.A/1979. P. 234.

⁶⁶ Report of the International Law Commission to the General Assembly on the Work of its Thirty-First Session // Yearbook of the International Law Commission. 1979. Vol. II(2). P. 132. Para. 36.

Позже специальный докладчик Дж. Кроуфорд изменил этот термин. В конечном варианте статьи о бедствии использовалась следующая формулировка: «Пункт 1 не применяется, если ситуация бедствия обусловлена — либо целиком, либо в сочетании с другими факторами — поведением ссылающегося на него государства»⁶⁷. Комиссия, комментируя свою позицию по этому вопросу, среди прочего обращается к делу *LAFICO v. Burundi*, где трибунал отклонил возможность ссылки на форс-мажор, поскольку «предполагаемая невозможность не была результатом непреодолимой силы или непредвиденного внешнего события вне контроля Бурунди. На самом деле невозможность являлась результатом одностороннего решения этого государства»⁶⁸. Этим решением суд подтвердил невозможность ссылки на форс-мажор, если наступление невозможности исполнения обязательства обусловлено волей государства.

По вопросу о степени вовлеченности государства Комиссия отметила, что порог «способствования» возникновению такой ситуации, как было закреплено в прошлом варианте статьи, был недостаточным. Вместо этого ситуация форс-мажора должна быть «обусловлена» поведением ссылающегося на нее государства⁶⁹. По мнению Кроуфорда, «вполне возможно, что государство невольно “способствовало” возникновению форс-мажорной ситуации чем-то, что, оглядываясь назад, могло быть сделано по-другому, но что само по себе не представляет собой нарушение международного обязательства и не делает событие менее непредвиденным»⁷⁰. Как отмечает Комиссия, именно такая формулировка сохраняет возможность ссылки на форс-мажор в подобных ситуациях⁷¹.

Используя формулировку об «обусловленности» наступления соответствующей ситуации действиями государства вместо термина «способствование» ее возникновению, Комиссия тем самым указывает на изменение требуемой степени вовлеченности государства, устанавливая более высокий порог его участия в возникновении форс-мажорных обстоятельств. В связи с этим Комиссия подчеркивает: пункт 2(а) требует, чтобы роль государства при возникновении форс-мажора была значительной⁷².

Учитывая вышесказанное, проанализируем, когда и в какой степени невозможность исполнения обязательств в период международных

⁶⁷ Статьи об ответственности государств, статья 24(1).

⁶⁸ *Libyan Arab Foreign Investment Company (LAFICO) v. Burundi*. Ad Hoc Arbitration. Award. 4 March 1991 // International Law Reports (ILR). 1994. Vol. 96. P. 318. Para. 55.

⁶⁹ Статьи об ответственности государств, статья 24(1).

⁷⁰ Crawford J. Second Report on State Responsibility // Yearbook of the International Law Commission. 1999. Vol. II(1). UN Doc. A/CN.4/498/Add.1-4. P. 66. Para. 263.

⁷¹ Статьи об ответственности государств, комментарий 9 к статье 23.

⁷² Там же.

вооруженных конфликтов и конфликтов немеждународного характера обусловлено действиями государства.

Рассматривая подход трибуналов и доктринальную базу Проекта статей, можно вывести «формулу расчета» обусловленности наступления ситуации действиями государства. При этом причина или условия возникновения конфликта в целом значения не имеют. Оценке подлежит только само событие, которое привело к материальной невозможности. Поэтому, насколько бы *prima facie* ни казалось важным определить в конфликте агрессора и сторону, осуществляющую самооборону, как таковая эта квалификация не влияет на разрешение вопроса об обусловленности, поскольку во время вооруженных конфликтов возможны ситуации, в которых обе стороны, независимо от их позиции, могут осуществлять действия, которые сделают исполнение обязательств по инвестиционным договорам материально невозможным. Более того, нельзя исключать возможность наличия воли государств, направленной на намеренное создание условий невозможности. Следовательно, необходимо рассматривать степень вовлеченности государства в каждом отдельном случае нарушения, определяя, какие именно действия привели к возникновению невозможности исполнения обязательства. Такими действиями могут быть санкционирование военных операций, нанесение случайного или преднамеренного материального вреда военными действиями, законодательные ограничения и другие ситуации, которые могут повлиять на возможность исполнения стороной договора своих обязательств.

В приведенных примерах именно решение, принятое государством, выступает определяющим фактором совершения соответствующих действий. Так, государство принимает законы, исходя из необходимости регулирования определенных общественных отношений, включая введение ограничений военного времени, равно как и осуществляет военные операции, руководствуясь задачами обеспечения мира и безопасности. Подобные действия совершаются органами, находящимися под контролем государства, и содержат выраженный волевой элемент, проявляющийся в выборе определенной модели поведения в условиях вооруженного конфликта. Само наличие такого волевого элемента, как правило, исключает возможность ссылки на форс-мажор применительно к подобным ситуациям. Следовательно, последствия действий государства, предполагающих возможность выбора между различными вариантами поведения, будут рассматриваться как обусловленные волей самого государства, что исключает применение защиты форс-мажора. Ситуации подобного рода могут оцениваться через призму состояния необходимости

(статья 25 Статей об ответственности государств), в рамках которого волевой элемент в действиях государства допустим, если такие действия направлены на защиту существенного интереса от большой и неминуемой опасности.

В ситуации причинения случайного вреда в результате военных действий необходимо, с учетом норм международного гуманитарного права, оценивать объективную возможность государства действовать исходя из имеющейся у него информации. Речь идет о соблюдении государством стандарта должной осмотрительности при выполнении правил ведения военных действий, включая различие целей, принятие мер предосторожности и иных требований международного гуманитарного права. Государства должны нести ответственность за действия своих вооруженных сил, вследствие чего у них отсутствует *carte blanche* в виде ссылки на «последствия войны», позволяющей избежать ответственности даже при отсутствии намерения причинить вред. Для квалификации вреда как случайного государство должно действовать добросовестно и проявлять должную осмотрительность, исключая преднамеренное причинение ущерба собственности инвестора. Случайный вред, причиненный в результате атак, не санкционированных государством и ставших следствием нарушений норм международного гуманитарного права, подпадает под логику ранее изложенной Дж. Кроуфордом и КМП позиции о невольном способствовании возникновению форс-мажора правомерными действиями, в отношении которых применяется пункт 2(а).

Исходя из изложенного, можно заключить, что влияние государства на возникновение форс-мажорной ситуации может быть как прямым, так и косвенным, однако в любом случае предполагает наличие воли государства, направленной на создание обстоятельств, делающих исполнение обязательств материально невозможным. При установлении такой воли необходимо выявить не только целенаправленный характер действий государства, обусловивших возникновение соответствующих обстоятельств, но и наличие противоправного поведения, послужившего основой их возникновения. Иные ситуации, в которых государство сознательно принимает решение нарушить соглашение, руководствуясь соображениями необходимости, не могут рассматриваться в контексте форс-мажора.

2.5. Принятие риска

Последним условием успешного применения форс-мажора как обстоятельства, исключającego противоправность, является отсутствие принятия государством риска возникновения соответствующих

форс-мажорных обстоятельств. Пункт 2(b) закрепляет данное условие в качестве гарантии против злоупотребления статьей 23 в ситуациях, когда бенефициар обязательства вправе обоснованно и добросовестно рассчитывать на его исполнение. Вопрос о необходимости защиты таких ожиданий особенно актуален в случаях, когда государство заранее принимает на себя риск ответственности за вред, причиненный неисполнением обязательства в условиях форс-мажора. Согласно общим принципам международного права, принятие такого риска лишает государство возможности ссылаться на обстоятельство, исключаящее противоправность, поскольку подобное поведение может рассматриваться как противоречивое. Вместе с тем пункт 2(b) специально акцентирует данный запрет, благодаря чему судебная практика и доктринальные источники позволяют более детально раскрыть его содержание.

Во-первых, необходимо подчеркнуть важность института согласия в системе международного права как основного инструмента нормотворчества (Brunnée, 2022, para. 1). Нормативное согласие государств, формирующее их волю, — движущая сила, которая придает определенным правилам поведения обязательный характер.

В данном контексте принятие в отношении иных сторон инвестиционного договора обязательства по предоставлению соответствующей защиты инвесторам и отказ от ссылки на обстоятельства, исключаящие противоправность, несмотря на форс-мажорные обстоятельства, нужно рассматривать как волю государства обменять риск на дополнительное бремя компенсации, с одной стороны, с возможностью привлечения большего количества инвестиций за счет этих гарантий — с другой.

Что касается форм выражения такого согласия, КМП придерживается более широкого подхода, соответствующего общим правилам международного права о способах выражения воли государства. Согласно данному подходу, принятие риска по смыслу пункта 2(b) охватывает случаи согласия, выраженного либо посредством поведения государства (действия или бездействия), либо через односторонний акт⁷³. В то же время принятие риска должно носить совершенно недвусмысленный характер и относиться к тем сторонам, перед которыми государство несет обязательство⁷⁴.

Следует отметить важность недвусмысленности формулировок и однозначности воли государства, направленной именно на достижение такого последствия. Не случайно в Комментариях к Статьям об

⁷³ Статьи об ответственности государств, комментарий 10 к статье 23.

⁷⁴ Там же.

ответственности государств указывается на высокий порог определенности волеизъявления, поскольку речь идет о фактическом отказе государства от субъективного права ссылаться на соответствующее обстоятельство, исключающее противоправность, на всем протяжении действия договора.

Далее следует обратиться к отдельным проблемным аспектам интерпретации воли государства при принятии риска в смысле пункта 2(b). Международные инвестиционные договоры нередко содержат положения⁷⁵, предусматривающие обязанность государства возместить ущерб, причиненный инвестициям на его территории вследствие войны, внутренних беспорядков или иных форс-мажорных обстоятельств, посредством так называемых военных оговорок (англ.: *war clauses*). Учитывая, что стандартные военные оговорки, как правило, закрепляют лишь гарантию недискриминационного режима и не создают самостоятельных обязательств по компенсации ущерба, в рамках настоящего исследования внимание будет сосредоточено на так называемых расширенных военных оговорках (англ.: *extended war clauses*). Последние предусматривают дополнительные гарантии возмещения в случаях уничтожения, повреждения или экспроприации имущества инвестора вследствие неправомерных действий, совершенных в условиях вооруженного конфликта. На первый взгляд подобные положения могут свидетельствовать об отказе государства от последующего обращения к форс-мажору и подтверждать его готовность нести ответственность за нарушение обязательств. Однако с учетом правовых последствий наступления форс-мажорных обстоятельств и особенностей института исключения противоправности, закрепленного в Проекте статей, возникает вопрос: можно ли рассматривать такие положения как принятие государством риска возникновения форс-мажорных обстоятельств, лишаящее его возможности впоследствии ссылаться на форс-мажор как на обстоятельство, исключающее противоправность?

Детальный анализ обязательств государств и договорных положений, сходных с приведенными выше примерами, а также их толкование в соответствии с обычным значением использованных терминов позволяют раскрыть содержание согласия государств, выраженного в подобных формулировках. Оно заключается в намерении государств обеспечить

⁷⁵ См., например, Agreement between the Government of the Italian Republic and the Government of the Syrian Arab Republic on the Promotion and Protection of Investments (Italy - Syrian Arab Republic BIT) (2002). Art. 4; Agreement between the Government of Hungary and the Cabinet of Ministers of the Kyrgyz Republic on the Promotion and Reciprocal Protection of Investments (Hungary - Kyrgyzstan BIT) (2020). Art. 5; Agreement between the Government of the Republic of the Union of Myanmar and the Government of the Republic of Singapore on the Promotion and Protection of Investments (Myanmar - Singapore BIT) (2019). Art. 7.

инвесторам полную компенсацию вреда, причиненного их инвестициям, несмотря на возникновение затруднений и непредвиденных обстоятельств, включая форс-мажорные ситуации. Значение таких положений для государства проявляется в нескольких аспектах, прежде всего в предоставлении инвесторам гарантий того, что они не будут подвергнуты риску утраты имущества вследствие указанных чрезвычайных обстоятельств. Исходя из этого, можно заключить, что государства, по крайней мере в чистом виде, не отказываются от возможности ссылаться на форс-мажор как на обстоятельство, исключающее противоправность деяния. Данный вывод основан на принципиальном различии между последствиями нарушения договорных обязательств и последствиями причинения вреда инвестициям. Иными словами, стороны согласовали обязанность по выплате компенсации независимо от причин возникновения вреда. Однако само по себе это не свидетельствует об отказе государства от права ссылаться на обстоятельства, исключающие противоправность, в случае нарушения обязательств по предоставлению инвесторам соответствующих гарантий.

Таким образом, если государство не исполняет свое обязательство в рамках противоправного поведения, оно сталкивается с характерными для такого нарушения последствиями и будет нести ответственность за неисполнение этих обязательств, которая может принимать разные формы. Нарушение договорных обязательств может служить основанием для прекращения или приостановления договора, что влечет за собой последствия, предусмотренные статьей 60 Венской конвенции о праве международных договоров, или иные последствия, предусмотренные первичными нормами данного договора. Примером нарушения договора в данном контексте может служить необеспечение должной защиты инвестиций, что может повлечь за собой приостановление или прекращение договора. Однако в таком случае возникает возможность ссылаться на обстоятельство, исключающее противоправность поведения государства при нарушении, в результате чего ответственность государства за само нарушение может быть исключена, а вместе с ней — и последствия, основанные на таком нарушении; в приведенном примере это означает возможность приостановления или прекращения договора. Следовательно, наличие форс-мажора способно исключить негативные последствия неисполнения обязательства, обусловленного наступлением непредвиденных обстоятельств.

По вопросу о компенсации следует отметить, что принимающее государство при наличии соответствующего обязательства обязано обеспечивать защиту инвестиций, а в случае причинения неправомерного

ущерба — компенсировать его независимо от того, исключается ли ответственность государства за нарушение обязательства по защите. В данном контексте важно учитывать различие между форс-мажором как обстоятельством, исключающим противоправность, и форс-мажором как ситуацией, изменяющей пределы требуемой должной осмотрительности (*due diligence*), о чем говорилось выше (см. Zrilic, 2019, pp. 14–22). Обязанность по выплате компенсации не зависит от того, исключается ли ответственность за нарушение договора. Государство в любом случае обязано возместить причиненный ущерб, если оно не проявило должной осмотрительности.

Из вышесказанного можно заключить, что положения о намерении государств предоставить полную компенсацию за ущерб, нанесенный войной, внутренними беспорядками или иными форс-мажорными ситуациями (англ.: *war clauses*) означают лишь готовность государств расширить рамки защиты и компенсации, не касаясь вопроса форс-мажора как обстоятельства, исключающего противоправность, тем самым не отрицая возможности ссылки на форс-мажор для исключения противоправности. В итоге такие положения не являются принятием риска возникновения форс-мажорной ситуации по смыслу статьи 23(2)(b) Статей об ответственности государств, и в таких случаях форс-мажор продолжает быть возможной защитой для исключения ответственности за нарушение обязательства.

Сравним вышеизложенный подход с практикой трибуналов по инвестиционным делам. Например дело *Güriş*⁷⁶, где трибунал обратился к двустороннему инвестиционному договору между Италией и Сирией, в статье 4 которого государства обязались в случае войны, других форм вооруженного конфликта, чрезвычайного положения, гражданских беспорядков или других подобных событий компенсировать убытки инвесторов, независимо от того, какая сторона конфликта нанесла этот ущерб⁷⁷. Отметим, что в этой статье не говорится о возможности исключения ответственности за неисполнение обязательств или об отказе на ссылку к обстоятельствам, исключающим противоправность. То есть, перед нами пример обязательства государств компенсировать убытки инвесторов вне зависимости того, есть ли в этих убытках их вина или нет. Приняв такое обязательство, государства тем самым расширили пределы

⁷⁶ *Mr Idris Yamantürk, Mr Tevfik Yamantürk, Mr Müşfik Hamdi Yamantürk and Güriş İnşaat ve Mühendislik Anonim Şirketi (Güriş Construction and Engineering Inc.) v. Syrian Arab Republic*. ICC Case No. 21845/ZF/AYZ. Final Award. 31 August 2020.

⁷⁷ Agreement between the Government of the Italian Republic and the Government of the Syrian Arab Republic on the Promotion and Protection of Investments (Italy - Syrian Arab Republic BIT) (2002). Art. 4.

своей ответственности и, по существу, отказались от применения порога должной осмотрительности, согласившись нести ответственность за причиненный вред независимо от причин его возникновения. В контексте настоящего исследования можно утверждать, что государство сохраняет право ссылаться на вооруженный конфликт как на форс-мажорное обстоятельство, исключающее противоправность неисполнения обязательств по ДИД. Однако трибунал занял иную позицию. Анализируя доводы ответчика, который, не исполнив обязательство по выплате денежной компенсации, ссылался на войну в Сирии как на форс-мажорное обстоятельство и состояние необходимости в качестве основания неисполнения, трибунал отметил следующее: «ответчик не может ссылаться на форс-мажорные обстоятельства в отношении того риска, от последствий которого он обязался предоставить защиту». Наряду с недостаточностью доказательств наличия указанных обстоятельств трибунал также пришел к выводу о неприменимости ссылки ответчика на обстоятельства, исключающие противоправность, поскольку государство приняло на себя риск возникновения соответствующих обстоятельств.

В деле *Güriş* обращает на себя внимание отождествление трибуналом двух концепций форс-мажора, следствием чего становится некорректное толкование статьи 4 ДИД и неполная оценка возможности применения защиты форс-мажора. Учитывая, что трибунал также не нашел достаточных доказательств наступления форс-мажорных обстоятельств или ситуации необходимости, сложно сказать, насколько такая интерпретация повлияла на исход дела. Тем не менее позиция трибунала позволяет предположить, что практике применения форс-мажора не достаёт единообразия.

Интересно также то, что практике известна возможность принять риск форс-мажора частично, то есть исключая некоторые его элементы. Например, в уже упомянутом деле *Gujarat v. Yemen*⁷⁸ трибунал обратился к широкой трактовке положения о форс-мажоре согласно договору сторон, где предсказуемость не была отражена как условие такового. Таким образом, исключив элемент предсказуемости, стороны взяли на себя дополнительный риск невозможности ссылки на форс-мажор при возникновении ситуации, которая была предсказуема на момент заключения соглашения.

В данном контексте следует также обратиться к оговоркам об исключениях в сфере безопасности (англ.: *security exceptions*), которые формулируются по-разному, но чаще всего включаются в инвестиционные

⁷⁸ *Gujarat State Petroleum Corporation Limited v. the Republic of Yemen and the Yemen Ministry of Oil and Minerals*. Op. cit.

соглашения в виде положений о том, что «ничто в договоре не должно препятствовать» государству принимать меры, направленные на защиту интересов национальной и международной безопасности, а также иных жизненно важных интересов государства (Askermann, 2022, pp. 218–219). Такие оговорки не только отличаются по своему содержанию, но и не формулируют единого подхода к определению их правовых последствий, что порождает многочисленные споры. Если интерпретировать данные оговорки как гарантию договорной защиты интересов государства, исключающую применение договора в определенных ситуациях (Henckels, 2020, p. 374), то можно утверждать, что они действуют в иной плоскости по сравнению с форс-мажором как обстоятельством, исключающим противоправность. Это обусловлено тем, что для исключения противоправности необходимо наличие нарушенного обязательства, тогда как при исключении применения договора соответствующее обязательство в рассматриваемый период не действует. В любом случае стандартная формулировка оговорок о безопасности подразумевает наличие волевого элемента со стороны государства при принятии мер по защите своих интересов, тогда как форс-мажор, напротив, предполагает отсутствие такого волевого элемента. Это сближает оговорки об исключениях безопасности скорее с состоянием необходимости, нежели с форс-мажором.

Резюмируя вопрос о принятии риска, обратимся к классическому делу от 1647 года *Paradine v. Jane*, где трибунал достаточно консервативно и резко высказался относительно принятия риска исполнять обязательства в условиях непредвиденных обязательств, указав: «Вам не следовало быть настолько глупым, чтобы давать абсолютные обещания, и вам придется заплатить за свою глупость» (Buckland, McNair, 1936, pp. 242–243). Сегодня государства берут на себя дополнительные обязательства по защите инвестиций не по глупости, а основываясь на оценке возможностей, которые дополнительные гарантии дадут их экономике, и соотнося эти возможности с потенциальными рисками. При выражении воли на принятие риска важно недвусмысленно сформулировать именно ту позицию, которая позволит достичь желаемого правового эффекта. Для этого, в первую очередь, необходимо четко разграничить намерение расширить объем ответственности, основанной на стандарте должной осмотрительности, и намерение отказаться от возможности ссылаться на форс-мажор как на обстоятельство, исключающее противоправность нарушения инвестиционного договора.

Заключение

Отвечая на основной исследовательский вопрос настоящей статьи — «в каких случаях вооруженный конфликт может квалифицироваться как форс-мажорное обстоятельство, исключающее противоправность» — можно заключить, что вооруженный конфликт способен приобретать характер такого обстоятельства лишь в исключительных случаях, когда он делает исполнение конкретного обязательства материально невозможным и при этом не оставляет государству реальной альтернативы поведения. Определяющее значение имеет не сам факт войны или правомерность применения силы, а ее конкретное воздействие. Это воздействие должно быть непредвидимым либо непреодолимым именно в той части, которая сделала исполнение данного обязательства невозможным, а также находится вне эффективного контроля государства. При этом решающим сдерживающим фактором остается отсутствие обусловленности невозможности поведением самого государства. Если невозможность стала следствием выбора государством определенной модели поведения, а также нормативных решений или военных действий, содержащих волевой элемент, возможность ссылки на форс-мажор, как правило, исключается. Кроме того, защита не применяется, если государство недвусмысленно приняло на себя риск соответствующих обстоятельств. Военные оговорки о компенсации ущерба сами по себе не означают отказ от форс-мажора в отношении нарушений иных обязательств, если только такой отказ прямо не выражен. Таким образом, форс-мажор в условиях вооруженного конфликта остается узким и строго проверяемым основанием для освобождения от ответственности, применимым лишь при доказанности всех его элементов. И хотя наличие этого основания дает государству некоторые возможности, строгие рамки его применения вкупе с освобождением от ответственности за нарушение, но не за компенсацию убытков, ставят форс-мажор на последнюю линию обороны от исков инвесторов.

Список литературы / References

1. Лукашук, И. И. (2005). Международное право. Особенная часть: учебник для студентов юридических факультетов и вузов (3-е изд., перераб. и доп.). Волтерс Клувер.
Lukashuk, I. I. (2005). International law. Special part: textbook for law students (3rd ed., rev. and enl.). Wolters Kluwer.
2. Ackermann, T. (2022). *The Effects of Armed Conflict on Investment Treaties*. Cambridge University Press.
3. Antokoletz, D. (1944). *Tratado de derecho internacional público: en tiempo de paz y en tiempo de guerra* (4a ed.). Bernabé.

4. Bercaitz, M. A. (1980). *Teoría general de los contratos administrativos* (2nd ed.). Depalma.
5. Buckland, W. W., & McNair, A. (1936). *Roman law and common law*. Cambridge University Press.
6. Brunnée, J. (2022). Consent. Max Planck Encyclopedias of International Law.
<https://opil.ouplaw.com/display/10.1093/law:epil/9780199231690/law-9780199231690-e1388>.
7. Crawford, J. (2012). *Brownlie's principles of public international law* (8th ed.). Oxford University Press. <https://doi.org/10.1163/157365104X00143>
8. Gerkens, J.-F. (2005). Vis maior and vis cui resisti non potest. In R. Van den Bergh & G. Van Niekerk (Eds.), *Ex iusta traditum: essays in honour of Eric H Pool*. University of South Africa.
9. Kaczorowska-Ireland, A. (2015). *Public international law* (5th ed.). Routledge.
10. Kiss, A. (1962). *Répertoire de la pratique française en matière de droit international public*. CNRS.
11. Klüber, J.-L. (1874). *Droit des gens moderne de l'Europe* (2e éd.). Pedone-Lauriel.
12. Marienhoff, M. (1983). *Tratado de derecho administrativo* (4th ed.). Badell.
13. Paddeu, F. (2011). A genealogy of force majeure in international law. *British Yearbook of International Law*, 82(1), 381–494.
14. Paddeu, F. (2018). *Justification and excuse in international law: concept and theory of general defences*. Cambridge University Press.
15. Study by the Secretariat. (1978). Force majeure and fortuitous event as circumstances precluding wrongfulness: survey of State practice, international judicial decisions and doctrine. *Yearbook of the International Law Commission*, 1978, Vol. II (Part One), UN Doc. A/CN.4/315 (Part 1).
16. Zrilic, J. (2019). Armed conflict as force majeure in international investment law. *Manchester Journal of International Economic Law*, 16(1), 28–56.