

**ЖУРНАЛ ВШЭ
ПО МЕЖДУНАРОДНОМУ ПРАВУ
HSE UNIVERSITY JOURNAL
OF INTERNATIONAL LAW**

2025 3 [2]

eISSN 2949-5717



Журнал ВШЭ по международному праву HSE University Journal of International Law

Учредитель: Национальный исследовательский университет «Высшая школа экономики».
Электронный научный журнал. Издаётся с 2023 года. Периодичность: 4 раза в год. eISSN: 2949-5717.

Редакция

РУСИНОВА Вера Николаевна,
НИУ ВШЭ, Москва, Россия
ГЛАВНЫЙ РЕДАКТОР

БОКЛАН Дарья Сергеевна,
НИУ ВШЭ, Москва, Россия
ЗАМЕСТИТЕЛЬ ГЛАВНОГО РЕДАКТОРА

МАРТЫНОВА Екатерина Александровна,
НИУ ВШЭ, Москва, Россия
ОТВЕТСТВЕННЫЙ СЕКРЕТАРЬ

ЗАХАРОВА Екатерина Андреевна,
НИУ ВШЭ, Москва, Россия
РЕДАКТОР

Редакционная коллегия

АКШАЛОВА Роза Джарасовна,
Евразийский национальный университет
им. Л.Н. Гумилёва, Астана, Казахстан

ИВАНОВ Эдуард Александрович,
НИУ ВШЭ, Москва, Россия

СОЛНЦЕВ Александр Михайлович,
Российский университет дружбы народов,
Москва, Россия

БЕЛЛИ Лука,
Правовая школа Фонда Жетулиу
Варгаса, Рио-де-Жанейро, Бразилия

КРАСИКОВ Дмитрий Владимирович,
Саратовская государственная
юридическая академия, Саратов, Россия

СТАРЖЕНЕЦКИЙ Владислав Валерьевич,
НИУ ВШЭ, Москва, Россия

БОКЛАН Дарья Сергеевна,
НИУ ВШЭ, Москва, Россия

КРСТИЦ Ивана,
Университет Белграда, Белград, Сербия

ТОРИНА Наталия Евгеньевна,
Казанский (Приволжский)
федеральный университет, Казань, Россия

ГОРСКИЙ Йенджер,
Городской университет Гонконга,
Гонконг, Китайская народная республика

ЛИФШИЦ Илья Михайлович,
Всероссийская академия внешней
торговли, Москва, Россия

ШЕСТАКОВА Ксения Дмитриевна,
СПбГУ, Санкт-Петербург, Россия

ЕВСЕЕВ Александр Петрович,
РГУП, Москва, Россия

РОМАШЕВ Юрий Сергеевич,
НИУ ВШЭ, Москва, Россия

ЭНТИН Кирилл Владимирович,
Суд Евразийского экономического союза,
НИУ ВШЭ, Москва, Россия

Редакционный совет

АБАЙДЕЛЬДИНОВ Ербол Мусинович,
Евразийский национальный университет
им. Л.Н. Гумилёва, Астана, Казахстан

КОВЛЕР Анатолий Иванович,
судья Европейского Суда по правам человека
(1998–2012), Институт законодательства и
сравнительного правоведения при
Правительстве РФ, Москва, Россия

МЮЛЕРСОН Рейн,
президент Института международного права
(2013–2015), профессор
Таллинн, Эстония

АБДУЛЛИН Аделя Ильсиярович,
Казанский (Приволжский) федеральный
университет, Казань, Россия

КОЛОС Денис Георгиевич,
судья Суда Евразийского экономического
союза, Минск, Беларусь

РУСИНОВА Вера Николаевна,
НИУ ВШЭ, Москва, Россия

БОКЛАН Дарья Сергеевна,
НИУ ВШЭ, Москва, Россия

КОНГ Киньянг,
Китайский университет
политической науки и права, Пекин,
Китайская народная республика

САФАРОВ Низами Абдулла оглу,
депутат Национального Собрания
Азербайджанской Республики, Баку,
Азербайджан

ДЕДОВ Дмитрий Иванович,
судья Европейского суда по правам человека
(2013–2022),
МГУ им. М. В. Ломоносова, Москва, Россия

МАРОЧКИН Сергей Юрьевич,
Тюменский государственный университет,
Тюмень, Россия

СОКОЛОВА Наталья Александровна,
МГЮА им. О. Е. Кутафина, Москва, Россия

ЕРПЫЛЁВА Наталия Юрьевна,
НИУ ВШЭ, Москва, Россия

МАХАНТА Упасана,
Глобальный университет
им. О. П. Жиндала, Сонипат, Индия

ТОЛСТЫХ Владислав Леонидович,
МГИМО (У) МИД России, Институт
востоковедения РАН

КАПУСТИН Анатолий Яковлевич,
президент Российской ассоциации
международного права, Институт
законодательства и сравнительного
правоведения при Правительстве РФ,
Москва, Россия

ЭНТИН Марк Львович,
МГИМО (У) МИД РФ, Москва, Россия

Адрес редакции: 109028 Москва, Б. Трехсвятительский пер, 3, кабинет 227.
Тел.: +7 (495) 772-95-90 (23066); e-mail: lawjournal@hse.ru
<https://jil.hse.ru>

Позиция редакции может не совпадать с позицией авторов.

© НИУ ВШЭ, 2025

Журнал ВШЭ по международному праву HSE University Journal of International Law

Founder: National Research University Higher School of Economics.
Electronic scientific journal. Published since 2023. Frequency: 4 times a year. eISSN: 2949-5717.

Editorial Team

Vera N. RUSINOVA,
HSE University, Moscow, Russia
EDITOR-IN-CHIEF

Daria S. BOKLAN,
HSE University, Moscow, Russia
DEPUTY EDITOR-IN-CHIEF

Ekaterina A. MARTYNOVA,
HSE University, Moscow, Russia
EXECUTIVE EDITOR

Ekaterina A. ZAKHAROVA,
HSE University, Moscow, Russia
EDITOR

Editorial Board

Roza D. AKSHALOVA,
L.N. Gumilyov Eurasian National
University, Astana, Kazakhstan

Alexander P. EVSEEV,
Russian State University of Justice, Moscow,
Russia

Yury S. ROMASHEV,
HSE University, Moscow, Russia

Luca BELLI,
Fundação Getúlio Vargas (FGV)
Law School, Rio de Janeiro, Brazil

Jędrzej GÓRSKI,
research fellow at the City University of
Hong Kong, People's Republic of China

Vera N. RUSINOVA,
HSE University, Moscow, Russia

Daria S. BOKLAN,
HSE University, Moscow, Russia

Eduard A. IVANOV,
HSE University, Moscow, Russia

Alexander M. SOLNTSEV,
RUDN University, Moscow, Russia

Kirill V. ENTIN,
head of the Eurasian sector, Centre for
Comprehensive European and
International Studies (CCEIS), HSE
University, Moscow, Russia

Dmitry V. KRASIKOV,
Chair of International Law Department
at Saratov State Academy of Law, Saratov,
Russia

Ksenia D. SHESTAKOVA,
St Petersburg University,
St Petersburg, Russia

Ivana KRSTIC,
the University of Belgrade, Belgrade, Serbia

Vladislav V. STARZHENETSKY,
HSE University, Moscow, Russia

Ilya M. LIFSHITS,
the Russian Foreign Trade Academy,
Moscow, Russia

Nataliya E. TYURINA,
Kazan Federal University, Kazan, Russia

Editorial Council

Yerbol M. ABAIDELDINOV,
Eurasian National University named after
L. N. Gumilyov, Kazakhstan

Qingjiang KONG,
China University of Political Science and Law,
People's Republic of China

Vera N. RUSINOVA,
HSE University, Russia

Adel I. ABDULLIN,
Kazan Federal University, Russia

Anatoly I. KOVLER,
Judge at the European Court of Human Rights
(1998–2012), the Institute of Legislation and
Comparative Law under the Government of the
Russian Federation, Russia

Nizami Abdulla oglu SAFAROV,
Member of Milli Majlis of the
Republic of Azerbaijan

Daria S. BOKLAN,
HSE University, Russia

Upasana MAHANTA,
O.P. Jindal Global University, India

Natalia A. SOKOLOVA,
Moscow State Law University
named after Kutafin, Russia

Mark V. ENTIN,
Moscow State Institute of International
Relations (University) of the Ministry of
Foreign Affairs of Russia, Russia

Sergei Yu. MAROCHKIN,
Head of the Laboratory of International and
Comparative Law Studies, State University of
Tyumen, Russia

Vladislav L. TOSTYKH,
Moscow State Institute of
International Relations (University) of
the Ministry of Foreign Affairs of
Russia; Institute of Oriental Studies,
Russian Academy of Science

Anatoly Ya. KAPUSTIN,
Moscow State Institute of International
Relations (University) of the Ministry of
Foreign Affairs of Russia, the Institute of
Legislation and Comparative Law under
the Government of the Russian
Federation, Russia

Rein MÜLLERSON,
former President of the Institute of
International Law, Professor,
Tallinn, Estonia

Natalia Yu. YERPYLEVA,
HSE University, Russia

Denis G. KOLOS,
Judge at the Court of the Eurasian Economic
Union, Belarus

Editorial address: 109028 Moscow, bld. 3, Trekhsvyatitsky Lane, office 227.
Tel.: +7 (495) 772-95-90 (23066); e-mail: lawjournal@hse.ru
<https://jil.hse.ru>

The position of the editors may not coincide with the positions of the authors.
© HSE University, 2025

Содержание / Contents

ИСТОРИЯ / HISTORY

Ю. Б. Фогельсон / Y. Fogelson

Почему Османская империя сохранила верность шариату / Why the Ottoman Empire remained faithful to Sharia **РУС**..... 4

АКТУАЛЬНЫЕ ПРОБЛЕМЫ / TOPICAL ISSUES

В. В. Войников / V. Voynikov

Проблема дифференциации и дискриминации в рамках политики ЕС в области иммиграции и убежища / The issue of differentiation and discrimination in the EU immigration and asylum policy **РУС**..... 26

D. Baktybekova / Д. Бактыбекова

The notion of a dispute in determining jurisdiction *ratione temporis* in international investment arbitration / Понятие спора при определении юрисдикции *ratione temporis* в международном инвестиционном арбитраже **ЕНГ**..... 51

ТЕОРЕТИЧЕСКИЕ ИЗЫСКАНИЯ / THEORETICAL INQUIRIES

A. Klemetiev / А. П. Клементьев

ISDA master agreement as a source of *lex mercatoria* in the international derivatives market / Генеральное соглашение ISDA как источник *lex mercatoria* на международном рынке деривативов **ЕНГ**..... 79

А. Д. Васильев / A. Vasiliev

Правовое значение понятия финансовых рынков в международном финансовом праве / The legal meaning of the concept of financial markets in international financial law **РУС**..... 100

ПРАКТИКА / PRACTIS

В. О. Лаптёнок / V. Laptsenak

Международные организации и межрегиональные связи во внешней стратегии ЕС: достижения и проблемы / European Union strategy in international intergovernmental organisations and inter-regional relations: *acquis* and bottlenecks **РУС**..... 117

ТЕЗИСЫ / NOTES

M. Galperin / М. Л. Гальперин

Spirit of the Investor-State Dispute Settlement (ISDS) reform: insights and forecasts / Дух реформы системы урегулирования споров между инвесторами и государствами: наблюдения и прогнозы **ЕНГ**..... 138

Почему Османская империя сохранила верность шариату*

Ю. Б. Фогельсон

Национальный исследовательский университет «Высшая школа экономики», Москва, Россия;
Коллегия адвокатов г. Москвы «Бюро», Москва, Россия

yfogelson@hse.ru

ORCID: 0000-0002-5051-1402

Аннотация

На протяжении всего существования Османской империи шариат оставался основой гражданского права. В период радикальных социально-экономических реформ, известный как Танзимат, правительство Империи предлагало полностью изменить имперское позитивное право, включая и гражданское право, заменив его переводными западными аналогами. Однако в сфере гражданского права османским правоведам удалось отстоять свой путь реформирования. Мусульманское право, как основа гражданского права Империи, сохранилось, хотя и было кодифицировано. Таким образом, по мнению автора, османское общество сделало сознательный выбор, основанный на доверии, которое население Империи испытывало к своей правовой системе. В статье показано, как и под влиянием каких факторов формировалось это доверие.

Ключевые слова: Османская империя, круг справедливости, Танзимат, мусульманское право, кодификация

Для цитирования: Фогельсон Ю. Б. Почему Османская империя сохранила верность шариату. *Журнал ВШЭ по международному праву / HSE University Journal of International Law*. 2025. Том 3. № 2. С. 4–25.

Юрий Борисович Фогельсон — доктор юридических наук, профессор-исследователь департамента правового регулирования бизнеса факультета права НИУ ВШЭ; советник коллегии адвокатов г. Москвы «Бюро».

* Подготовлено при информационной поддержке ЗАО «Консультант Плюс».

Why the Ottoman Empire remained faithful to Sharia*

Y. B. Fogelson

HSE University, Moscow, Russia;
the Moscow Bar Association 'Bureau', Moscow, Russia

yfogelson@hse.ru
ORCID: 0000-0002-5051-1402

Abstract

In the Ottoman Empire, until its very end, Sharia remained the basis for civil law. During the period of radical socio-economic reforms (Tanzimat), the Imperial government proposed to completely change all imperial positive law, including civil law, replacing it with translated Western counterparts. However, in the field of civil law, the Ottoman jurists managed to defend their path of reform. Muslim law, as the basis of the Empire's civil law, was preserved, although codified. It was a conscious choice of the society. The author assumes that the main reason for this choice was the trust that the population of the Empire had in their legal system. The article shows how this trust was formed and what factors influenced it.

Key words: the Ottoman Empire, circle of justice, Tanzimat, Muslim law, codification

Citation: Fogelson Y. Why the Ottoman Empire remained faithful to Sharia. *HSE University Journal of International Law*. 2025. Vol. 3. No. 2. P. 4–25.

Yury B. Fogelson — doctor of science in law, research professor at the Department of legal regulation of business, Faculty of Law, HSE University; Counsel at the Moscow bar association 'Bureau'.

* Prepared with the information support of CJSC "Consultant Plus".

Введение: дискуссия о реформе гражданского права

Период в истории Османской империи с 1839 по 1876 год называют Танзиматом — временем глубоких социально-экономических реформ. Реформы затронули и правовую систему Империи. В 1850 году был принят Торговый кодекс, практически полностью переведенный с французского, в 1858 году — Уголовный кодекс, не полностью, но в значительной части также представлявший собой перевод французского кодекса. В сфере гражданского права — гражданского (неторгового) оборота, положения юридических лиц, наследственного, семейного права и др. — продолжало

действовать мусульманское право¹. Однако Империей руководили люди, считавшие, что османское гражданское законодательство устарело, а мусульманское право сдерживает развитие экономики. Они предлагали полностью заимствовать правовую систему Франции, которая в тот период была законодательницей мод в правовой сфере — по всему миру гремели Кодекс Наполеона и остальные четыре кодекса, разработанные французами в период с 1804 по 1810 год. Наиболее влиятельным из профранцузских османских деятелей был Мехмед Эмин Али Паша — одна из центральных фигур Османской империи эпохи Танзимата, выдающийся дипломат, представлявший Османскую империю на Парижском конгрессе, который завершил Крымскую войну. В тот период он несколько раз становился Великим Визирем, то есть главой правительства, а сменял его на этом посту единомышленник — Мехмед Эмин Фуад Паша. Оба государственных деятеля считали, что общегражданский кодекс Империи можно подготовить, переводя с французского Кодекс Наполеона, и активнейшим образом продвигали эту идею.

Им возражал Ахмед Джевдет Паша, также видный государственный деятель и член Высшего совета реформ Танзимата, бывший в тот период министром юстиции. Джевдет Паша и его сторонники признавали необходимость кодификации гражданского права, однако они считали, что нет нужды в заимствованиях зарубежного законодательства, а фикх ханафитской школы², действовавший в тот период в Империи, вполне может и должен быть кодифицирован³. Поскольку все понимали, что Кодекс Наполеона основан на *Corpus Iuris Civilis* (Юстиниановом Своде) (Stewart, 2012, p. 24), Джевдет Паша в качестве аргумента в пользу кодификации мусульманского права и отказа от заимствования Кодекса Наполеона привел следующее рассуждение. Он обратил внимание, что Юстинианов Свод был создан по поручению византийского Императора группой законоведов в Константинополе, также как и предлагаемая Джевдет Пашой кодификация мусульманского права должна создаваться в том же самом городе⁴ группой законоведов по поручению Султана. Но кодификация Юстиниана имела в своей основе знания и разум, тогда как мусульманское право опиралось не только на рациональные начала, но и на божественный шариат. Именно поэтому свод мусульманского права должен и будет во всем превосходить Юстинианов Свод (Cevdet Paşa,

¹ О кодексах того периода, действовавших в Османской империи см.: О. Туран (2017, с. 98–101).

² Действовавший в то время в Империи толк мусульманского права. Об этом см. далее.

³ О дискуссиях в отношении перевода Кодекса Наполеона или же создания собственного кодекса см.: О. Туран (2017, с. 100–102), R. Davidson (1963, p. 252–253).

⁴ В Стамбуле, который во времена Юстиниана назывался Константинополь.

1953, s. 64). Точка зрения Ахмеда Джевдет Паши победила, и в 1868 году под его руководством была сформирована группа юристов⁵, приступившая к кодификации действовавшего в Империи мусульманского права. Сам Джевдет Паша дал высокую оценку квалификации членов группы, отметив: «В группе ученых, созданной под моим скромным руководством, состояли самые выдающиеся правоведы и самые блестящие умы своего времени» (Sevdet Paşa, 1953, s. 63). Созданная ими кодификация получила в дальнейшем название *Mecelle-i Ahkâm-i Adliyye*. Мы называем этот кодекс Маджалла.

Почему же Османская империя выбрала путь кодификации мусульманского права, а не французский кодекс, который к тому времени себя прекрасно зарекомендовал и активно продвигался правительством страны? Я, конечно, не сомневаюсь в том, что право — вполне светское социальное явление, однако, на мой взгляд, «божественность» источников мусульманского права, по-видимому, сыграла немаловажную роль в этом выборе, что будет показано далее по тексту статьи.

В этой статье я исхожу из того, что главную роль в отказе от копирования западного образца и сохранении национального гражданского права сыграло доверие: практически все подданные Империи, как мусульмане, так и немусульмане, верили в справедливость своей правовой системы, основанной на мусульманском праве. Далее в статье я покажу, как формировалось это доверие, какую роль здесь сыграли основные источники мусульманского права, их «божественность» и механизмы развития права, а какую роль — действия властей.

Один из критиков такого объяснения причин сохранения в Империи мусульманского права в гражданской сфере выдвинул следующий аргумент: еще задолго до реформ XIX века правовое развитие Империи отошло от исламского права, которое сохранило свои позиции лишь в сфере гражданского права и права личного статуса. Поэтому вполне закономерно, что иные отрасли права были готовы для восприятия французских образцов, тогда как в гражданском праве продолжало действовать исламское право, впоследствии кодифицированное в Маджалле. Тезис о том, что «уже давно... правовое развитие империи отошло от исламского права» неверен. Далее будет показано со ссылками на соответствующие источники, что мусульманское право с начала османских завоеваний и до

⁵ Группа по-турецки называлась *Cemiyet-i İlmîye* (Джемийет-и Ильмийе) — так ее называл сам Джевдет Паша (см. далее). Название можно перевести с турецкого, например, как «научное общество», но я считаю, что лучше переводить этот термин как «группа ученых», поскольку, на мой взгляд, такой перевод в большей степени соответствует функционалу этой группы юристов. В литературе эту группу часто называют Комиссией по разработке Маджаллы, так как она была создана фирманом Султана.

реформ Танзимата оставалось фундаментом всей правовой системы Империи. Действительно, некоторые аспекты социальной жизни, такие, например, как государственное управление, налогообложение, контроль за земельными ресурсами, не являлись предметом регулирования классического исламского права. Однако работы Ибн Таймийя (1263–1328) и его последователей в значительной степени восполнили этот пробел (Terzioğlu, 2021). Османские юристы (так называемые поздние ханафиты), о деятельности которых речь пойдет далее, развили это направление в османской правовой системе. Те сферы, которые все же не были охвачены мусульманским правом, регулировались правом «орфи». Нормы «орфи» должны были согласовываться с шариатом. Основой османской правовой системы оставалось право «шери», как называли шариат.

1. Священные тексты. Правосудие в классическом исламе

По представлениям мусульман шариат — путь правильной жизни — содержится в двух основных священных источниках: Коране и Сунне Пророка⁶. Мусульманские ученые считают и доказывают, что оба этих источника являются аутентичной божественной речью и в них Аллах сообщил людям правила праведной и справедливой жизни. Все правила содержатся в данных источниках либо в явной, либо в скрытой форме. Дело людей, ученых-правоведов, извлечь эти правила из священных текстов путем рассуждений. Для выведения правил используют разные методы рассуждений, а иногда и другие источники, такие, например, как орф (обычай), мнения ближайших сподвижников Пророка (сахабов) и другие, но эти источники второстепенны, основные — священные тексты, которые пользуются у мусульман безграничным доверием. Сословию ученых также доверяют, поскольку они специально учатся извлекать правила поведения из Корана и Сунны Пророка. Извлеченные правила называют фикхом, являющимся частью вечного и неизменного шариата⁷. Ученых-правоведов, развивавших фикх, называют факихами, а выводы, которые они формулируют в результате анализа священных источников и своих рассуждений, — фетвами. Фикх, по существу, состоит из собраний фетв.

Как и в любой религии, в исламе сложились несколько направлений научно-религиозной мысли, различавшихся используемыми вторичными

⁶ Сунна Пророка — это жизнь Пророка, изложенная в рассказах о его поступках и изречениях. Эти рассказы называются хадисами, и собирание, изучение и систематизация хадисов является одним из важнейших направлений исламской юридической науки.

⁷ Это весьма и весьма конспективное описание того, как развивается мусульманское право. Я говорю здесь о суннитском исламе. Другие направления исламской мысли в настоящей статье разбираться не будут.

источниками и методологией рассуждений. Они назывались мазхабами (толки или школы исламской мысли). Первоначально таких школ было больше двадцати, но ко времени создания Османской империи сохранились только четыре школы, названные по именам своих основателей: маликиты (Малик ибн Анас), шафииты (Мухаммад ибн Идрис аш Шафии), ханбалиты (Ахмад ибн Ханбаль) и ханафиты (Абу Ханифа)⁸. В Османской империи действовал ханафитский фикх. Как будет сказано далее, одним из важных факторов доверия к мусульманскому праву в Османской империи являлась деятельность факихов этой школы мусульманского права.

Идеалом мусульманского государства, как мы знаем, является халифат (Велльхаузен, 2018, с.8–9), и поэтому в любой мусульманской стране правление безусловно автократическое. Однако необходимость согласовывать свои решения с шариатом порождало элемент «конституционности» в этом правлении, а факихи выполняли роль своего рода «конституционной партии», настаивая на соответствии принимаемых решений шариату. Таким образом, создавался некоторый противовес автократическим тенденциям, а народ получал какую-то гарантию безопасности (Уотт, Какиа, 1976, с. 64). Эта относительная независимость мусульманского права от властей, от должностей, от статуса или богатства порождала дополнительное (в дополнение к авторитету священных текстов) доверие людей.

Очевидно, что у правоверного мусульманина не возникало вопроса о том, почему он должен соблюдать нормы шариата. Но вполне мог возникнуть вопрос: а не ошибся ли факих, к которому мусульманин обратился за разъяснениями этих норм? Известный исследователь мусульманского права Б. Вайсс описывает казус о разделе наследства, где стороны спора получили разные фетвы от разных факихов и так и не смогли прийти к согласию (Вайсс, 2008, с. 214–217). Ситуация, когда от разных факихов можно получить разные фетвы, порождает проблему действенности норм мусульманского права. Если возникает спор и существует несколько различных фетв, выведенных для решения этого спора, то какую из них применять? Более того, даже при единстве мнений факихов их позиция могла не совпадать с мнением тех, кто должен был исполнять законы и судебные решения — с мнением правителей.

В священных текстах мало и в весьма общей форме раскрывается проблема разрешения споров, естественным образом возникающих между

⁸ В исламском словаре (Ислам. Энциклопедический словарь, 1991, с.152) имеется статья МАЗХАБ. Также в этом издании есть статьи о каждом из основателей четырех классических мазхабов мусульманского фикха.

людьми. В Коране — сура 4 аят 58 — сказано: *«Когда ж придется вам судить между людьми, по справедливости судите»* (Коран, 2024, с. 117), и для Корана это довольно типичное указание в отношении судейства. Очевидно, что в Коране ничего не сказано и не могло быть сказано о том, как заставить человека исполнять правила и решения суда, если он не делает этого добровольно. Поэтому проблемы такого рода решались, как сейчас принято говорить, *ad hoc*. Изначально спорные вопросы лично разрешал сам Пророк. Впоследствии он стал направлять своих сподвижников в разные части стремительно разраставшегося государства. Возникли исламские судьи — кади (Ислам. Энциклопедический словарь, 1991, с. 125), но их полномочия не везде и не всегда были одинаковыми. Считалось, что кади судит, опираясь на мусульманское право, хотя кади использовали также и обычай (орф), а иногда и собственное представление о справедливости. Кади не всегда действовали согласно имеющимся фетвам, и не всегда решения кади и фетвы факихов выполнялись теми, кто должен был их исполнять. Рассказывают, например, о таком случае: *«одна женщина вышла замуж за неравного ей по происхождению; ее родичи потребовали от кади расторжения этого брака, на что тот, однако, не пошел, не подчинившись даже и прямому приказу правителя. Тогда правитель сам развел их. В данном случае столкнулись два мировоззрения: рыцарское мировоззрение старого арабского мира и демократическое — ислама, судившее не по крови, а по благочестию»* (Мец, 1973, с. 183). И такие случаи были не единичными.

Поэтому параллельно с судами кади в большинстве мусульманских стран существовали еще и мазалим — ведомства жалоб. Как пишет швейцарский востоковед А. Мец, в мазалим попадало *«всякое дело, разрешить которое кади было не под силу и разрешить которое должен был кто-то, имеющий больше власти»* (Мец, 1973, с. 195). Об этой роли мазалим пишут и другие авторы, однако у мазалим была еще одна функция. В мусульманском процессе не предусмотрено обжалование решений кади. Но фактически мазалим рассматривали не только решения, которые кади по каким-то причинам не могли рассмотреть, но они занимались также пересмотром вынесенных кади решений. Мазалим в своих решениях не были связаны мусульманским правом, и они являлись не судами в полном смысле слова, а ведомствами администрации (Коулсон, 2013, с. 130). Поэтому не возникало проблемы принудительного исполнения решений мазалим. Эти ведомства существовали с судами кади *«бок о бок, причем функции их никогда не были четко разграничены»*

(Мец, 1973, с. 195). Очевидно, что такая организация разрешения споров⁹ значительно снижала доверие людей к мусульманскому праву. Как будет показано далее, этот параллелизм и дублирование судебных функций были в Османской империи полностью устранены.

2. Кануны Султана

Классическое мусульманское право ориентировано на регулирование взаимоотношений между людьми, но не между людьми и властью. То, что мы сегодня называем публичным правом (например, наказания, налоги и т. п.), составляет незначительную часть мусульманского права по вполне очевидным причинам. Власть в халифате принадлежит Аллаху, а халиф выступает лишь как Его наместник. О каких взаимоотношениях с властью можно говорить, кроме полного и безусловного повиновения? Тем не менее в любом государстве неизбежно встают вопросы, связанные с системой правления (центрального и территориального), сбором налогов, контролем за использованием земли как невозполнимого ресурса, наказаниями за проступки и преступления. Поэтому мусульманские ученые были вынуждены разрабатывать эти аспекты взаимоотношений власти и подданных.

Мусульманская правовая наука включает специальный раздел, посвященный вопросам государственного управления — «сийяса», что в данном контексте означает искусство управления государством¹⁰. В Османской империи естественным центром сосредоточения власти являлся Султан. По воззрениям исламских ученых основной целью любой власти является справедливость и правосудие. Известный российский тюрколог М. С. Мейер так охарактеризовал основу мусульманской «сийясы» в Османской империи: *«Султан занимал центральное место в формирующейся системе управления османской державой. Согласно трактатам Низам аль-Мюльк и аль-Газали¹¹, его основная обязанность состояла в обеспечении справедливости и правосудия. Эти понятия связывались прежде всего с охраной общественного порядка, с*

⁹ Как и в случае с развитием мусульманского права, организация судов в классическом исламе здесь описана весьма конспективно.

¹⁰ «В применении к людям или городам сийяса становится искусством управления ими таким образом, чтобы способствовать их благополучию...» (Najjar, 1984, p. 92). Здесь и далее по тексту статьи цитаты из источников на иностранном языке воспроизводятся в переводе автора.

¹¹ Низам аль-Мюльк — известный мусульманский деятель, написавший в конце XI века книгу Сиясет-наме (Книга о правлении), до сих пор пользующуюся авторитетом среди мусульманских мыслителей. Абу Хамид аль-Газали — один из известнейших мусульманских ученых конца XI — начала XII века, автор огромного числа сочинений по исламскому праву и политике.

предотвращением незаконных действий со стороны представителей властей, особенно с недопущением чрезмерного обложения налогами райатов¹²» (Мейер, 1990, с. 50).

Свои обязанности обеспечивать справедливость и правосудие османский Султан реализовывал, во-первых, назначая и смещая должностных лиц, а, во-вторых, издавая различные указы и фирманы. Общеобязательные указы назывались канунами. Иногда кануны систематизировались и объединялись в своды, которые назывались канун-наме. Содержание канунов подлежало обязательному доведению до сведения народа. Кануны зачитывали в публичных местах громким голосом, и каждый житель имел право потребовать в суде или государственном учреждении копию канун-наме за небольшую плату (Льюис, 2024, с. 33). Первый из известных нам общеимперских канун-наме издал Султан Мехмед II Фатих¹³. При этом, как пишет советский востоковед-османист А. С. Тверитинова, если опустить вступление составителя этого канун-наме, то сборник начинается так: *«Эта книга законов является законом моего отца и деда. Она также является и моим законом. Мои славные потомки из поколения в поколение пусть действуют в соответствии с ним»* (цит. по Тверитинова, 1969, с. 8)¹⁴. Отсюда легко понять, почему в Османской империи систему указов и фирманов, иногда сведенных в канун-наме, называли «орфи» — обычным правом или правом, основанном на обычае (орф).

Основные нормы этого «султанского права» или права «орфи» касались именно тех сфер, в которых мусульманское право не работало, то есть организации управления, налогообложения, контроля за использованием земли, наказания за преступления и проступки. При этом существовало вполне искреннее убеждение, что все эти нормы не создавались, когда для этого возникал повод, но взяты из обычаев предков. Например, османы ввели налогообложение на основе строгого учета имущества в специальных регистрах «тахрир дефтери», которые велись централизованно (Coşgel, 2004, с. 87–100). Эта практика была унаследована от сельджуков — предшественников османов на данных территориях, а централизация налогового администрирования и выведение его из-под руки местных властей — не более чем организационное удобство, никак не затрагивающее древний обычай. А то

¹² Райатами называли податное население Империи.

¹³ Правил с 1451 по 1481 годы. Прозвище «Фатих» означает «Завоеватель». Именно этот Султан в 1453 году осадил и взял Константинополь, на чем и закончилась история Византии.

¹⁴ Мне не удалось найти в открытом доступе полный текст канун-наме Мехмеда II Фатиха ни на турецком, ни на английском языках. На русском языке имеется лишь «вольный перевод», как определил его сам автор. Поэтому я использую здесь не прямую, а косвенную ссылку.

обстоятельство, что это организационное нововведение явилось инструментом жесткой централизации государства, то есть по существу изменило его политический строй, — результат естественного хода вещей, а не чье-то реализованное намерение.

Таким образом, правовая система Османской империи состояла из двух частей — мусульманского права или, как его называли, права «шери» (от «шариат»), и канунов Султана или, как их называли, права «орфи» (от «орф» — обычай). В отличие от многих других мусульманских стран, где эти системы часто существовали параллельно и независимо друг от друга, в Османской империи они функционировали согласованно. Это, прежде всего, была заслуга османских юристов, которые входили в сословие ильмийе (они же именовались «улемы»).

3. Правоведы и власть

В Османской империи существовало довольно жесткое деление на сословия. В контексте этого исследования особый интерес вызывают два сословия: «ильмийе» — сословие ученых-улемов и «аскери», или правящий класс, администрация. В эпоху завоеваний словом «аскери» называли военных; в мирное время они превратились в управленцев (Исханоглу, 2006, с. 345, 375–389).

Главой сословия ильмийе (улемов) являлся верховный муфтий, который в Османской империи назывался Шейх-уль-ислам. Шейх-уль-ислам и все сословие ученых-улемов, развивающих мусульманское право, работали независимо от правительства. Шейх-уль-ислам не входил в состав Дивана, который возглавлял Великий Визирь и который, по существу, являлся правительством империи. Исследовательница османской культуры Р. Льюис так описывает положение Шейх-уль-ислама в системе власти: *«Шейх-уль-ислам всегда играл большую роль в системе власти империи... На нем лежала ответственность за объявление войны... К нему обращались также за экспертной оценкой соответствия кануна... нормам шариата. Ведь шейх-уль-ислам был хранителем и главным толкователем священного закона, он был совестью Султана и одновременно представлял собой духовный противовес Великому Визиру»* (Льюис, 2024, с. 32). Так, например, по одному из спорных вопросов Шейх-уль-ислам Эбуссууд эфенди¹⁵ сказал: *«На противоречащее шариату решение не может быть воли Султана»* (Исханоглу, 2006, с. 332) и соответствующий канун не вступил в силу. Более того, как пишет турецкий историк Р. Шентюрк:

¹⁵ Эбуссууд эфенди (также известный как Ходжа Челеби) — один из самых известных Шейх-уль-ислам Османской империи при Султанах Сулеймане I Кануни и Селиме II.

«Шейх-уль-ислам имел право свергнуть Султана, если он решал, что Султан больше не подходит для этой должности. Около трети всех османских Султанов были свергнуты фетвами шейх-уль-ислама» (Şentürk, 2013, p. 49).

Английский специалист по османской истории А. Либьер заметил следующее: *«Большим ограничением власти Османского Султана был Шариат, или Священный Закон Ислама, который претендовал на то, чтобы быть полностью выше него и вне его изменения. <...> Шариат представлял собой форму жесткой конституции, которая по своим собственным положениям не могла быть изменена. <...> Суверен не имел права изменять его ни в малейшей степени»* (Lybyer, 1913, p. 27).

Как уже отмечалось, османские улемы принадлежали к ханафитскому мазхабу и в литературе их называют «поздними ханафитами»¹⁶. Несмотря на то что мусульманское право развивалось формально независимо от государственной власти, улемы использовали инструменты своего мазхаба для интеграции права «шери» и права «орфи». Позднее учение ханафитов утверждало, что османские подданные были морально обязаны повиноваться Султану. Однако подчеркивалось, что эта власть не носит абсолютного характера — законность ее действий обусловлена соответствием целям шариата, таким как справедливость и правосудие (Ayoub, 2020, p. 3).

Таким образом, в Османской империи старались не допускать противоречия права «орфи» шариату, а если таковые все же возникали, спорные положения изменяли или отменяли. Как было показано ранее на примере Шейх-уль-ислама Эбуссууд эфенди, подобные ситуации действительно имели место. Таким образом, Султан действовал, как считалось, в соответствии со старинными обычаями, что наряду с провозглашенной ведущей ролью права «шери» и обеспечивало справедливость и правосудие.

Однако все сказанное выше не означает, что в Османской империи право «шери» толковалось и применялось полностью независимо от Султана и администрации. Американский исследователь С. Айюб, подробно изучивший труды османских ученых ханафитской школы того периода, пишет: *«...отношение к власти Султана в правовом мире поздних ханафитских юристов заставляет пересмотреть утверждение о том, что исламское право полностью независимо от политической власти. Из юридической литературы ханафитов очевидно, что*

¹⁶ Напомню, что ханафитский мазхаб (толк или школа) мусульманского права был назван так по имени его основателя Абу Ханифы (699–767 год). Биографические сведения о нем см. статью АБУ ХАНИФА в (Ислам. Энциклопедический словарь, 1991, с. 11–12)

османский Султан играл признанную роль в обеспечении соблюдения закона, разрешении споров и устранении несправедливости. <...> Помимо этой роли, государственные приказы и эдикты вошли в авторитетные юридические комментарии и сборники фетв ханафитов и приобрели доказательную силу в юридическом дискурсе» (Ayoub 2020, p. 24).

Правоведы ханафитского мазхаба XV–XVII веков проделали большую работу для легитимации канунов Султана в рамках мусульманского права. Во-первых, они признали законность действий Султана в применении наказаний. Ханафитские юристы характеризовали этот тип власти как необходимый для поддержания порядка в обществе и санкционировали его, пока он не нарушал принципы справедливости в соответствии с исламским правом. Во-вторых, ханафитская правовая наука предоставила Султану право назначать и увольнять судей, обязывать их следовать преобладающим мнениям своих школ и приказывать им придерживаться определенной политики. И в-третьих, ханафитские юристы придавали определенную доказательную ценность и авторитет канунам османского Султана в процессе законотворчества внутри мазхаба (Ayoub, 2020, p. 118). Работа по трем указанным направлениям позволила органично вписать фигуру Султана и его правотворческую деятельность в систему мусульманского права «шери».

Функционирование правительства Империи обеспечивал Диван-и Хумаюн — институт, который в европейской терминологии следовало бы называть советом министров Империи. Председательствовал в Диван-и Хумаюн Великий Визирь (Исханоглу, 2006, с. 120, 122)¹⁷. В Диван-и Хумаюн не входил Шейх-уль-ислам — глава сословия ильмие. Шейх-уль-ислам назначался Султаном, как и Великий Визирь, то есть имел свой, независимый от правительства источник легитимности.

Но в состав Диван-и Хумаюн входили два высших чиновника, прямо связанных с правовой системой Империи: кадиаскеры. Буквально «кадиаскер» означает «военный судья». Первоначально эта должность соответствовала своему названию: Султан, отправляясь в поход, брал с собой человека из сословия ильмие — знатока законов, который помогал вершить правосудие в военном походе. Однако когда Султаны перестали лично вести войско в битву, кадиаскеры также утратили статус сугубо военных судей. Теперь они, во-первых, вели учет претендентов на

¹⁷ В дальнейшем функции Диван-и Хумаюн перешли к Великому Визирию; он собирал свой диван у себя в доме, получившим название Высокой Порты из-за высокой двери дома Великого Визиря. Словосочетание «Высокая Porta» стало синонимом правительства Османской империи, также в ходу было название «Блестательная Porta».

должности кади, муфтиев и мударрисов (преподавателей медресе) и при освобождении соответствующей должности предлагали кандидатуры для их замещения, во-вторых, рассматривали в собственных диванах некоторые дела аскери по первой инстанции¹⁸ и, в-третьих, участвовали в рассмотрении дел, которые попадали в Диван-и Хумаюн на пересмотр. Таким образом, правительство все же контролировало правосудие, правда, довольно мягко, путем пересмотра некоторых решений кади, чего исламское правосудие не предусматривало. Однако передача дела на пересмотр Диван-и Хумаюн — исключительный случай. На пересмотр попадали лишь очень запутанные дела, либо дела из регионов, где было много жалоб на кади, либо дела, имеющие важное политическое значение (Исханоглу, 2006, с. 344–345).

Провинциями (эялетами) управляли бейлербеи, назначавшиеся Султаном из сословия аскери. Как правило, при бейлербее также функционировал диван, обладавший административными и судебными функциями. Провинциальные диваны были очень похожи на Диван-и Хумаюн. В них входили высшие должностные лица эялета, в том числе и кади эялета. Точные границы между юрисдикцией провинциального дивана и кади остаются не вполне ясными. Однако известно, что диваны брали на себя рассмотрение дел *«в тех случаях, когда местные кади или... субаши¹⁹ были либо неспособны выполнять свои обязанности, либо обстановка не позволяла кади вынести справедливое судебное решение»* (Tekgül, 2018, p. 20). При этом в отличие от «ведомства жалоб» мазалим, о которых было сказано ранее, во-первых, в состав диванов входили кади, а, во-вторых, провинциальные диваны не занимались пересмотром решений кади.

В Османской империи действовала система судебных округов. В каждый округ от сословия улемов назначался кади и муфтий, а от администрации — субаши. Назначение кади происходило на заседании Диван-и Хумаюн, а муфтий назначался Шейх-уль-исламом. Таким образом, и кади, и муфтий на местах, хотя и были государственными служащими, но назначались независимо от местной власти и не были ей подотчетны.

Муфтий, как правило, решал проблемы на основе фикха, а к кади обращались, когда решение, предложенное муфтием, либо не исполнялось одной из сторон спора, либо не удовлетворяло одну из сторон. Муфтий совершенно не зависел от местной бюрократии, а кади, хотя и входил в ее

¹⁸ Юрисдикция диванов кадиаскервов точно неизвестна.

¹⁹ Термин «субаши» в разные времена и у разных авторов имел и имеет разное значение. Ближе всего к действительности, по моему мнению, точка зрения С. Шоу, который называет субаши начальником полиции (Show, 1976, p.122).

состав, все же выносил решения, обязательные для исполнения всеми чиновниками.

И кади, и муфтию приходилось сотрудничать с администрацией, но действуя в качестве независимых государственных служащих. Администрация была обязана доставить обвиняемого в суд и привести в исполнение вынесенный ему приговор. Как уже отмечалось ранее, ханафитские юристы разработали юридическую доктрину, согласно которой кануны Султана встраивались в мусульманское право. Таким образом, мусульманское право поддерживало светскую власть. Здесь мы видим, что и светская власть поддерживала мусульманское право, обеспечивая явку в суд и исполнение судебных решений. Примечательно, что такая система взаимодействия позволяла обеспечивать независимость друг от друга административных и юридических властей.

Все сказанное выше основано на многочисленных независимых друг от друга источниках и опровергает тезис о том, что правовое развитие Османской империи уже давно отошло от мусульманского права, который обсуждался во введении. В следующем разделе несостоятельность данного тезиса будет дополнительно подтверждена исследованиями материалов судебных дел.

4. Правосудие в Османской империи

Долгое время в научной среде преобладала точка зрения, сформулированная классиком социологии Максом Вебером о якобы произвольном характере правосудия кади с опорой на собственные представления о справедливости, но не на закон: *«оно судит в основном с позиции конкретной справедливости, что естественно при отсутствии кодифицированного права, и благодаря этому его решения совершенно непредсказуемы (правосудие кади)»* (Вебер, 2018, с. 171).

Исследование судебных дел кади в Османской империи XVI–XVII веков полностью опровергает этот тезис. Израильский историк Х. Гербер изучал материалы судебных дел кади столичных городов того времени — Стамбула и Бурсы²⁰. Он отметил: *«Исламское право этого региона во всех отношениях кардинально отличалось от того, каким, по мнению Вебера, оно должно было быть»* (Gerber, 1994, p. 29–30). В отношении применения кади норм положительного права он пишет: *«Что касается полного отсутствия правил и, как следствие, полной непредсказуемости и полной свободы действий в руках кади, то в отношении центральной части Османской империи это совершенно не так. На практике большую*

²⁰ Бурса являлась столицей Империи до завоевания Константинополя и переименования его в Стамбул.

часть правовых норм составлял шариат с некоторыми дополнениями, почерпнутыми из кануна и обычаев. Весь этот свод законов был прекрасно известен сторонам судебного процесса, и в нем не было ни секретов, ни неожиданностей. В каждом рассмотренном мной деле я мог определить закон, на котором основывался кади. Отсюда я заключаю, что правосудие кади в области моего исследования было, по сути, очень эффективным и предсказуемым» (Gerber, 1994, p. 177).

Другой израильский ученый, А. Рубин, обобщая исследования, имеющиеся в этой сфере и относящиеся к XIX веку, отметил: «Одной из общих черт, которая поразила ученых, работавших над “сиджилис” (протоколами шариатских судов), были юридические знания, которыми обладали тяжущиеся стороны. Похоже, что обычные и зачастую неграмотные мужчины и женщины, обращавшиеся в суды, были знакомы с основными юридическими терминами и процедурами, а собранная ими информация позволяла им рационально действовать в суде» (Rubin, 2019, p. 129–130).

Говоря о тех сферах жизни, которые затрагивались в изученных им судебных делах, Гербер пишет «шариатский суд центрального региона Османской империи охватывал практически все мыслимые сферы жизни, включая уголовные дела» (Gerber, 1994, p. 15), и это еще раз подтверждает ошибочность тезиса о том, что «правовое развитие Османской империи отошло от исламского права», который обсуждался в первом разделе статьи.

Гербер изучил несколько тысяч дел в судах кади. Для статистических выводов он выбрал один из сборников, который включал в себя 140 судебных дел, посчитав его представительной выборкой²¹. На примере дел из этого сборника Гербер проанализировал вопрос о социальной принадлежности сторон процессов у кади. Статистика по этим 140 делам оказалась следующей: в 71 из 140 случаев и истец, и ответчик были мужчинами-простолюдинами. Женщины, участвовавшие в общей сложности в двадцати двух делах, также все были простолюдинками. Иными словами, суд использовался в основном простыми людьми для решения своих проблем.

Интересна также статистика исходов дел в зависимости от социальной принадлежности сторон. Женщины выиграли семнадцать из двадцати двух дел против мужчин, немусульмане — семь из восьми дел против мусульман, простолюдины — шесть из восьми дел против аскери. Только в противостоянии «простолюдины против улемов» мы находим десять дел,

²¹ Обоснование Гербера почему он выбрал этот сборник см. (Gerber, 1994, p. 197).

выигранных простолюдинами, и столько же — улемами. Таким образом, нельзя сказать, что суд кади обслуживал интересы правящего класса.

Говоря о влиянии чиновников на решения кади, Гербер пишет: *«Ни в одном зарегистрированном случае нет намеков на этот счет; если бы такое вмешательство происходило тайно, сомнительно, чтобы... кто-нибудь смог показать, что другие системы — например, современная демократическая — менее уязвимы в этом отношении»* (Gerber, 1994, p. 40). Многочисленные дела свидетельствуют, что государственные чиновники часто сами участвовали в судебных разбирательствах с обычными гражданами и нередко проигрывали споры. Таким образом, суд кади в Османской империи действительно служил для обычных людей инструментом защиты прав, а также средством защиты представителей низших классов от возможных посягательств со стороны элиты. Важно подчеркнуть, что государство воздерживалось от вмешательства в судебные процессы и не пыталось повлиять на суд в пользу своих функционеров (Gerber, 1994, p. 56–57).

Гербер изучил также вопрос о коррупции в судах кади. Для этого он использовал так называемую «книгу жалоб» — так можно перевести название «шикайет дефтери» — которая сохранилась в Османском архиве Стамбула. В этой книге были собраны жалобы граждан к правительству на различных местных чиновников (Gerber, 1994, p. 154). В отношении жалоб на кади Гербер отметил: *«одной из наиболее характерных особенностей является почти полное отсутствие обвинений в коррупции судей в строгом смысле этого слова, то есть обвинений в предвзятом суждении из-за взяточничества»* (Gerber, 1994, p. 159).

Таким образом, все социальные слои населения Османской империи во всех сферах жизни активно пользовались своей правовой системой, основанной на мусульманском праве. Люди не избегали судов, прекращая свои споры путем медиации, как это было в Китае (Wong, 1998; Feng, 2010, p. 120). Не было, как в имперской России, отдельных (волостных) судов, в которых применялось не государственное, а обычное право и судилась основная масса крестьянского населения (Леонтьев, 1909, с. 104–132). Люди шли со всеми своими спорами, включая споры с чиновниками, в мусульманский суд кади и находили там защиту. С моей точки зрения, это позволяет говорить о доверии населения Империи к своей правовой системе.

Высочайший авторитет первоисточников, независимость от власти ученых-юристов, развивающих право, честность и непредвзятость кади, подсудность чиновников и обязательность исполнения чиновниками решений кади и создали, на мой взгляд, ту атмосферу доверия к правовой

системе, которая существовала в Османской империи в период XVI–XVII веков. Завершая свое исследование, Гербер оценил ситуацию с судебной властью в Османской империи в изученный им период как «верховенство шариата» (Gerber, 1994, p. 173).

А. Рубин изучал вопрос о верховенстве права в Османской империи в период Танзимата, то есть на два столетия позже исторического отрезка, к которому относятся исследования Гербера. К этому времени в Империи действовали не только шариатские суды кади, но и суды низамийе, очень похожие на суды западного типа с регламентированным процессом. Уголовные дела были подсудны только судам низамийе, а юрисдикция судов низамийе и судов кади в сфере гражданского права не была четко разграничена, и стороны могли выбрать, в каком суде разрешать гражданский спор. Важно подчеркнуть, что суды низамийе не обладали полномочиями по дублированию или пересмотру решений кади. Если мазалим являлись инструментом администрации, который использовался для пересмотра решений кади, то суды низамийе являлись судами, так же как и суды кади, независимыми от администрации и отличались от судов кади процессом и применяемым правом. Рубин так оценивает работу этих судов: *«Оба суда придерживались принципа верховенства права в том смысле, что нормативное право служило единственным источником судебных решений»* (Rubin, 2017, p. 131).

Интересно также мнение этого ученого относительно знакового политического процесса 1881 года по делу об убийстве Султана Абдул-Азиза. Этот процесс считают политическим, так как в убийстве обвинили и затем приговорили несколько крупнейших чиновников, являвшихся политическими противниками Абдул-Хамида II, сменившего Абдул-Азиза. Процесс проходил в суде низамийе во дворце Йылдыз, поэтому автор называет его процессом Йылдыз. Рубин заключает: *«Несмотря на многочисленные процессуальные нарушения, которые были очевидны в ходе процесса Йылдыз, это было проявление современного верховенства закона в том виде, в каком его представляли в конце девятнадцатого века»* (Rubin, 2017, p. 138).

Я не вижу причин не доверять общему мнению двух авторов, независимо друг от друга изучавших правосудие Османской империи разных периодов.

Заключение. Круг справедливости

Как известно, приверженность принципу справедливости является ключевой для ислама вообще (Муртазин, 2008, с. 205–211) и, в частности, она была характерной чертой османского образа мыслей на всем

протяжении истории османов. В самом начале их завоеваний лозунгом для своей экспансии на запад (то есть завоевания христианских земель) они «выдвинули... свою приверженность принципу справедливости (Исханоглу, 2006, с. 7). «Османские правители устанавливали на завоеванных землях твердый порядок и запрещали грабить мирное население, добычей воинов становилось лишь имущество тех, кто оказывал сопротивление. Если где-то у подданных Султана отнимали сверх положенного, то... за подобную инициативу можно было заплатить головой» (Явуз, 2024, с. 24–25).

В мире было много попыток описать справедливость аналитически, османы понимали этот феномен совершенно в ином ключе. Их восприятие справедливости можно объяснить, обратившись к так называемой теореме Томаса: «Если ситуации определяются людьми как реальные, они реальны по своим последствиям» (Thomas & Thomas, 1928, p. 571–572)²². Как можно судить из сказанного выше, население Османской империи в XVI–XVIII веков считало, что оно живет в справедливом обществе²³. Неслучайно этот период жизни Османской империи называют *Rah Ottomana*.

Правда, бессрочно сидели в клетке дворца Топкапы братья Султана, и Султан в любой момент без объяснения причин мог убить каждого янычара и даже некоторых гражданских лиц, находящихся на службе Высокой Порты, так как все они являлись его рабами. Но это считалось справедливым. Таковы были понятия о справедливости в этом обществе. Али Кыналызаде эфенди — известный османский писатель и ученый — в 1565 году написал книгу «Принципы морали»²⁴, в третьей части которой им представлена восьмичастная конструкция, лежащая в основании османского государства. Эта модель, части которой были расположены по кругу, была им названа «круг справедливости»:

Гармония в мире может быть обеспечена справедливостью.

Мир — это сад, где государство — его ограда.

²² Данный тезис не является теоремой в том смысле, какой придают этому слову математики. Перед нами наблюдение социологов, которое регулярно подтверждается на практике.

²³ Это, во-первых, совершенно не означает, что понимание обществом справедливости присуще всем членам этого общества. И в Османской империи, как и везде были восстания, внутренние смуты, но их инициировало меньшинство. Большинство же в XVI–XVIII веках считало, что живет в обществе со справедливым порядком. Во-вторых, понимание обществом справедливости может меняться, и довольно быстро. И османы разуверились в справедливости своего порядка, когда они начали проигрывать Европе.

²⁴ Турецкое название книги «Ahlâk-ı Alâî». Слово *Ahlâk* означает по-турецки «мораль», а точного перевода турецкого слова *Alâî* я в доступных мне словарях не нашел. Словосочетание «Ahlâk-ı Alâî» разными интернет-переводчиками переводится по-разному: от «семейная мораль» до «высокая мораль». Вариант «Принципы морали» я счел наиболее приемлемым.

Шариат обеспечивает порядок в государстве.

Власть поддерживает шариат.

Чтобы обладать властью, нужна крепкая армия.

Чтобы содержать армию, нужны большие средства.

Чтобы обеспечить эти средства, нужно располагать народом, живущим в достатке и спокойствии.

Чтобы народ жил в достатке и спокойствии, нужна справедливость (Исханоглу, 2006, с. 373).

Несколько по-иному расположила эти восемь частей Л. Дарлинг, но это не принципиально, поскольку они образуют тот же круг (Darling, 2013, p. 140).

Вся ближневосточная политическая мысль очень давно находилась под влиянием идеи о круге справедливости (Гудвин, 2013, с. 100; Darling, 2013), хотя свое название эта конструкция получила лишь в работе Кыналызаде. Однако не во всех государствах Ближнего Востока эта идея эффективно воплощалась в жизнь, — эффективно в том смысле, что население верило в справедливость общественного порядка. Властям Османской империи это удалось (Itzkowitz, 1980, p. 88–89). Поэтому концепция «круга справедливости» была впервые четко сформулирована и получила свое название именно из уст османского автора.

Как мы видим, основой общественного порядка в османском обществе, живущем в круге справедливости, являлся шариат. Нет ничего удивительного в том, что Османская империя до самого своего распада не хотела расстаться с шариатом и полностью перейти на западную систему позитивного права. Эта позиция османского общества обусловила отказ от копирования Кодекса Наполеона, вместо которого был создан Маджалла — собственный правовой кодекс, основанный на мусульманском праве.

Список литературы / References

1. Вайсс, Б. Дж. (2008). *Дух мусульманского права. Усул ал фикх*. Дилья. Weiss, B. G. (2008). *The spirit of Muslim law*. Usul al fiqh. Dilya.
2. Вебер, М. (2018). *Хозяйство и общество: очерки понимающей социологии*, в 4 т., Т. III. Изд. дом Высшей школы экономики. Weber, M. (2018). *Economy and society: essays on understanding sociology*. In 4 vol. Vol. III. Izd. dom Vysshey Shkoly Ekonomiki.
3. Велльхаузен, Ю. (2018). *Арабский халифат. Золотой век ислама*. Центрполиграф. Wellhausen, J. (2018). *The Arab Caliphate. The Golden Age of Islam*. Tsentrpoligraf.

4. Гудвин, Дж. (2013). *Величие и крах Османской империи. Властители бескрайних горизонтов*. Азбука-Аттикус.
Goodwin, J. (2013). *Lords of horizons: a history of the Ottoman Empire*. Azbooka-Attikus.
5. *Ислам. Энциклопедический словарь*. (1991). Наука.
Islam. An encyclopedic dictionary. (1991). Nauka.
6. Исханоглу, Э. (Ред.). (2006). *История Османского государства, общества и цивилизации*. Т. 1. Восточная литература.
Iskhanoglu, E. (Ed.). (2006). *History of the Ottoman State, society and civilisation*. Vol. 1. Vostochnaya literatura.
7. Коран. (2024). *Перевод смыслов и комментарии Иман Валерии Прохоровой* (изд. 18-е дополн). РИПОЛ КЛАССИК.
The Quran. (2024). *Translation of meanings and comments by Iman Valeria Prokhorova* (18th ed., supplemented). RIPOL CLASSIC.
8. Коулсон, Н. Дж. (2013). *История исламского права*. Центр исламоведческих исследований.
Coulson, N. J. (2013). *A history of Islamic law*. Tsenter islamovedcheskikh issledovaniy.
9. Леонтьев, А. А. (1909). *Крестьянское право. Систематическое изложение особенностей законодательства о крестьянах*. Изд-во юрид. кн. магазина.
Leontiev, A. A. (1909). *Peasant law. A systematic presentation of the specifics of legislation on peasants*. Izd-vo jurid. kn. magazina.
10. Льюис, Р. (2024). *Повседневная жизнь Османской Турции. Быт. Религия. Культура*. Центрполиграф.
Lewis, R. (2024). *Everyday life in Ottoman Turkey*. Tsentrpoligraf.
11. Мейер, М. С. (1990). Кризис Османских имперских порядков: меняющиеся отношения центра и периферии в XVIII. В С. Ф. Орешкова (Ред.), *Османская империя: Государственная власть и социально-политическая структура. Сборник статей*. Наука.
Meyer, M. S. (1990). The Crisis of the Ottoman imperial order: changing relations between the center and the periphery in the XVIII century. In S. F. Oreshkova (Ed.), *The Ottoman Empire: state power and socio-political structure. Collection of articles*. Nauka.
12. Мец, А. (1973). *Мусульманский ренессанс*. Наука.
Metz, A. (1973). *The Muslim Renaissance*. Nauka.
13. Муртазин, М. Ф. (Ред.). (2008). *Исламоведение: пособие для преподавателя*. Изд-во Московского исламского университета.
Murtazin, M. F. (Ed.). (2008). *Islamic studies: a teacher's guide*. Izd-vo Moskovskogo universiteta.
14. Тверитинова, А. С. (1969). Канун-наме султана Селима I и его место в законодательстве Османской империи. В А. С. Тверитинова (Ред.),

Книга законов султана Селима I. Наука.

Tveretina, A. S. (1969). The Eve of Sultan Selim I's name and its place in the legislation of the Ottoman Empire. In A. S. Tveretina (Ed.), *The Book of Laws of Sultan Selim I*. Nauka.

15. Туран, О. (22–23 июня 2017). *Кодификация законодательства в Османской империи в XIX веке и создании Маджалле (гражданского кодекса)*. В Д. Ю. Шапсугов (Ред.), *Полиэтнические государства и нормативно-юридические системы народов Кавказа: понятие, разновидности, историческое значение для формирования национальных государств: Материалы VII Международной научно-практической конференции*, Нальчик.
Turan, O. (22–23 June 2017). *Codification of legislation in the Ottoman Empire in the 19th century and the creation of the Majalla (Civil Code)*. In D. Yu. Shapsugov (Ed.), *Multiethnic states and regulatory and legal systems of the peoples of the Caucasus: concept, varieties, historical significance for the formation of national states: Proceedings of the VII International Scientific and Practical Conference*, Nalchik.
16. Уотт, У. М., Какиа, П. (1976). *Мусульманская Испания*. Наука.
Watt, W. M., Kakia, P. (1976). *Muslim Spain*. Nauka.
17. Явуз, А. (2024). *Османь. История великой империи*. АСТ.
Yavuz, A. (2024). *The Ottomans. The history of the great Empire*. AST.
18. Ayoub, S. A. (2020). *Law, Empire, and the Sultan: Ottoman Imperial Authority and Late Hanafi Jurisprudence*. Oxford University Press.
19. Wong, K. Y. (1998). *Dispute Resolution in Traditional China*. City University of Hong Kong.
20. Gerber, H. (1994). *State, Society, and Law in Islam. Ottoman Law in comparative perspective*. State University of New York Press, 1994.
21. Darling, L. T. (2013). *A history of social justice and political power in the Middle East: The Circle of Justice from Mesopotamia to Globalization*. Routledge.
22. Davidson, R. H. (1963). *Reform in the Ottoman Empire 1856 – 1876*. Princeton University Press.
23. Cevdet Paşa. (1953). *Tezahir 1-12*. Türk Tarih Kurumu Basimevi.
24. Itzkowitz, N. (1980). *Ottoman Empire and Islamic Tradition*. The University of Chicago Press.
25. Coşgel, M. M. (2004). Ottoman tax registers (tahrir defterleri). *Historical Methods: A Journal of Quantitative and Interdisciplinary History*, 34(1), 87–102.
26. Lybyer, A. H. (1913). *The Government of the Ottoman Empire in the Time of Suleiman the Magnificent*. Harvard University Press.
27. Najjar, F. M. (1984). *Siyasa in Islamic Political Philosophy*. In M. E. Mamura (Ed.), *Islamic Theology and Philosophy: Studies in honor of George F Hourani*. State University of New York Press.

28. Rubin, A. (2019). Was There a Rule of Law in the Late Ottoman Empire? *British Journal of Middle Eastern Studies*, 46(1), 123–138. Available at: <https://www.jstor.org/stable/48541286>
29. Stewart, I. (2012). Mors Codicis: End of the Age of Codification? *Tulane European & Civil Law Forum*, 27, 17–47.
30. Tekgül, N. (2018). Some comments on the role of the Ottoman «Eyalet divanı» in the classical period. In Y. Aykan & I. Tamdoğan (Eds.), *Forms and institutions of justice: Legal actions in Ottoman contexts*. Open Edition Books. Available at: <http://books.openedition.org/ifeagd/2316>
31. Terzioğlu, D. (2021). Ibn Taymiyya, al-Siyāsa al-Shar‘iyya, and the Early Modern Ottomans. In Krstić, T., & Terzioğlu, D. *Historicizing Sunni Islam in the Ottoman Empire, c. 1450-c. 1750* (pp. 101–154). Brill. https://doi.org/10.1163/9789004440296_005
32. Thomas, W. I., & Thomas, D. S. (1928). *The Child in America Behavior Problems and Programs*. Alfred A. Knopf.
33. Feng, Y. (2010). Legal Culture in China: a comparison to Western Law. *Revue Juridique Polynésienne*, 16, 115–123.
34. Şentürk, R. (2013). Between Traditional and New Forms of Authority in Modern Islam. In D. Marshall (Ed.), *Tradition and Modernity: Christian and Muslim Perspectives*. Georgetown University Press.
35. Show, S. J. (1976). *History of the Ottoman Empire and Modern Turkey*. California University Press.

АКТУАЛЬНЫЕ ПРОБЛЕМЫ | TOPICAL ISSUES

Проблема дифференциации и дискриминации в рамках политики ЕС в области иммиграции и убежища

В. В. Войников

МГИМО МИД России, Москва Россия;

Балтийский федеральный университет им. И. Канта, Калининград, Россия

voinicov@yandex.ru

ORCID: 0000-0003-1495-3227

Аннотация

Несмотря на широкое закрепление принципов равенства и недискриминации в нормах международного, интеграционного и национального права, проблема неравенства остается одной из наиболее острых. Практически во всех государствах можно встретить примеры дискриминационного отношения к тем или иным группам граждан. Нередко дискриминация маскируется дифференциацией правового регулирования — законным инструментом установления различий в объеме прав тех или иных групп граждан. Цель настоящей статьи заключается в том, чтобы определить, насколько дифференцированный подход в рамках иммиграционной политики и политики убежища Европейского союза (далее — ЕС, Союз) оправдан и не выступает ли он проявлением дискриминации. В последние годы реализация государствами — членами ЕС политики в области иммиграции и убежища сопровождается усилением дифференциации в отношении тех или иных иностранных граждан, включая просителей международной защиты. В частности, это проявляется в установлении особого порядка въезда и предоставления международной защиты вынужденным переселенцам с Украины, введении ограничений на выдачу виз и въезд в отношении российских граждан, установлении специального порядка предоставления международной защиты в ситуациях инструментализации мигрантов и т. д. По мнению автора, указанные примеры дифференциации вызывают вопросы с точки зрения соответствия действующему международному праву и праву ЕС. В данном случае отсутствуют данные, свидетельствующие о том, что дифференцированный подход к иностранным гражданам преследует законную цель, а основания для такой дифференциации являются разумными и оправданными. Следовательно, в указанных ситуациях дифференцированный подход приобрел черты дискриминации.

Ключевые слова: дифференциация, дискриминация, убежище, иммиграция, Европейский союз, Украина

Для цитирования: Войников В. В. Проблема дифференциации и дискриминации в рамках политики ЕС в области иммиграции и убежища. *Журнал ВШЭ по международному праву / HSE University Journal of International Law*. 2025. Том 3. № 2. С. 26–50.

Вадим Валентинович Войников — доктор юридических наук, доцент, профессор кафедры интеграционного права и прав человека МГИМО МИД России, профессор Балтийского федерального университета им. И. Канта.

The issue of differentiation and discrimination in the EU immigration and asylum policy

V. Voynikov

MGIMO-University, Moscow, Russia;

I. Kant Baltic Federal University, Kaliningrad, Russia

voinicov@yandex.ru

ORCID: 0000-0003-1495-3227

Abstract

Despite the fact that principles of equality and non-discrimination are widely incorporated in provisions of international, regional and national law, the problem of inequality remains one of the most acute. In almost all countries of the world, one can find examples of discriminatory attitudes towards certain groups of citizens. Discrimination is often masked by differentiation of legal regulation, which acts as a lawful instrument for establishing differences in the scope of rights of certain groups of citizens. The purpose of this article is to determine to what extent the differentiated approach within the framework of the EU immigration and asylum policy is justified and whether it is a manifestation of discrimination. In recent years, the implementation of immigration and asylum policy by EU countries has been accompanied by increased differentiation in relation to certain foreign citizens, including applicants for international protection. In particular, this is manifested in the establishment of a special procedure for entry and granting of international protection for forced migrants from Ukraine, the introduction of restrictions on the issuance of visas and entry for Russian citizens, the establishment of a special procedure for providing international protection in situations of instrumentalisation of migrants, etc. According to the author, these examples of differentiation raise questions in terms of compliance with current international law and EU law. In this case, there is no evidence that the differentiated approach to foreign citizens pursues a legitimate goal, and the grounds for such differentiation are reasonable and justified. Consequently, in the situations indicated, the differentiated approach has acquired the characteristics of discrimination.

Key words: differentiation, discrimination, asylum, immigration, European Union, Ukraine

Citation: Voynikov V. The issue of differentiation and discrimination in the EU immigration and asylum policy. *HSE University Journal of International Law*. 2025. Vol. 3. № 2. P. 26–50.

Vadim V. Voynikov — doctor of sciences in law, professor of Chair on Integration Law and Human rights, MGIMO-University; professor of I. Kant Baltic Federal University

Введение

Принципы равенства и недискриминации лежат в основе современной системы защиты прав человека, а дискриминация выступает в качестве одного из наиболее серьезных нарушений прав человека. Поэтому после окончания Второй мировой войны была проведена большая работа по юридическому закреплению принципа недискриминации на национальном, региональном и международном уровне.

Согласно статье 7 (2) Всеобщей декларации прав человека¹ все люди имеют право на равную защиту от какой бы то ни было дискриминации, нарушающей Декларацию, и от какого бы то ни было подстрекательства к такой дискриминации. В силу статьи 29 (2) Декларации при осуществлении своих прав и свобод каждый человек должен подвергаться только таким ограничениям, какие установлены законом исключительно с целью обеспечения должного признания и уважения прав и свобод других и удовлетворения справедливых требований морали, общественного порядка и общего благосостояния в демократическом обществе.

Принцип недискриминации был закреплён в иных универсальных и региональных международно-правовых документах, конституциях, нормах национального законодательства, а также получил дальнейшее развитие в судебных актах органов международного правосудия. Указанный принцип нередко квалифицируется как императивная норма международного права (Vedsted-Hansen, Kienast, & Feith Tan, 2023, p. 384).

Первоначально принцип недискриминации рассматривался как элемент международного права прав человека, однако с течением времени он получил свое развитие и в иных сферах международного и национального права. К примеру, принцип недискриминации в международном экономическом праве (Diebold, 2011), международном морском праве, международном воздушном праве и т. д. Иными словами, защита от дискриминации стала распространяться не только на физических лиц, но и на публичных субъектов (юридические лица, государства и т. д.).

Таким образом, принцип недискриминации имеет универсальный характер, однако для его реализации характерны особенности в

¹ Universal Declaration of Human Rights, 10 December 1948 (General Assembly resolution 217 A).

зависимости от сферы применения. Как правило, реализация принципа недискриминации связана с осуществлением тех или иных прав, гарантированных человеку международным или национальным правом (Flegar, 2015, p. 93). Более того, особенности реализации принципа недискриминации выделяются в зависимости от политико-географического критерия. Отдельные государства или межгосударственные объединения могут устанавливать свои стандарты обеспечения равенства и недискриминации.

Настоящая статья посвящена реализации принципа недискриминации в области иммиграции и убежища в рамках Европейского союза.

Европейский союз с самого основания позиционировал себя в качестве интеграционного объединения с высокими стандартами защиты прав человека. В течение нескольких десятков лет правовая система и правоприменительная практика ЕС рассматривались в качестве эталона обеспечения надежной защиты прав человека и реализации принципов равенства и недискриминации.

Однако в последние годы представители экспертного сообщества все чаще стали обвинять ЕС, а также отдельные страны Союза в нарушении фундаментальных принципов прав человека (Rijnta, 2024)², проявлении дискриминации³ и даже расизма⁴.

Поводом для критики послужило ужесточение иммиграционной политики в рамках Союза, апогеем которого выступило принятие в первой половине 2024 года пакета законодательных актов, касающихся Общей европейской политики предоставления убежищ.

Необходимо отметить, что политика в области иммиграции и убежища практически всегда основывается на некоторой дифференциации, которая нередко обусловлена гражданской принадлежностью иностранца. Однако такая дифференциация должна иметь необходимое обоснование. Иными словами, если устанавливаются различные правила в отношении разных

² Также см.: Warin, C. (2024). Vulnerability in the New Pact: an empty promise to protect, or an operational concept? *European migration blog*.

URL: <https://eumigrationlawblog.eu/vulnerability-in-the-new-pact-an-empty-promise-to-protect-or-a-non-operational-concept/>;

Woollard, C. (2024). Editorial: All Pact-ed up and ready to go: EU asylum law reforms. *European Council on Refugees and Exiles*.

URL: <https://ecre.org/editorial-all-pact-ed-up-and-ready-to-go-eu-asylum-law-reforms/>.

³ Prantl, J. (2022). Generous, but Equal Treatment? Anti-Discrimination Duties of States Hosting Refugees Fleeing Ukraine. *European migration blog*.

URL: www.eumigrationlawblog.eu/generous-but-equal-treatment-anti-discrimination-duties-of-states-hosting-refugees-fleeing-ukraine/?print=print.

⁴ LeVoy, M. (2024). EU nears racial profiling approval at Schengen borders, risking discrimination. *Euractiv*.

URL: www.euractiv.com/section/migration/opinion/eu-nears-racial-profiling-approval-at-schengen-borders-risking-discrimination/.

групп лиц, то для этого должны быть объективные и обоснованные причины. В противном случае дифференциация приобретает признаки дискриминации.

Таким образом, возникает научная проблема: определить, насколько дифференцированный подход в рамках иммиграционной политики ЕС является оправданным и может ли он рассматриваться как проявление дискриминации.

1. Соотношение понятий «дифференциация» и «дискриминация»

Несмотря на то что понятие «дискриминация» получило юридическое закрепление в ряде правовых актов, на сегодняшний день отсутствует единый подход к определению данного понятия (Besson, 2005, p. 434).

Согласно Большому юридическому словарю «дискриминация» представляет собой общеправовой термин, обозначающий ущемление прав государства, юридических и физических лиц (по сравнению с другими государствами, юридическими и физическими лицами). По общему правилу дискриминация запрещена международным и национальным правом. Таким образом, дискриминация представляет незаконный способ установления ограничений в отношении тех или иных лиц (Красноярова, 2014, с. 262). При этом ограничения прав не всегда ведут к дискриминации: с точки зрения современного международного права не является противозаконным предоставление преимуществ определенным категориям лиц (Карташкин, 2011).

Поэтому в отличие от дискриминации следует выделять дифференциацию, представляющую собой форму установления различий, включая ограничения, обусловленные объективными и оправданными причинами. Следовательно, дифференциация правового регулирования является законным способом установления ограничений. При этом дифференциация может быть направлена как на обеспечение прав и законных интересов определенных групп людей (позитивная дискриминация) (Sokhi-Bulley, 2005), к примеру, установление специальных правил в отношении рабочего времени несовершеннолетних, так и на обеспечение интересов государства, например, запрет государственным служащим иметь иностранное гражданство.

При этом грань между правомерным ограничением прав (дифференциацией) и дискриминацией бывает очень тонкой, и не всегда просто провести четкие различия между указанными явлениями.

Выше отмечалось, что принцип недискриминации получил закрепление во множестве универсальных и региональных международно-правовых актов. В рамках ЕС и Совета Европы, в который входят все государства —

члены ЕС, принципу недискриминации всегда уделялось особое внимание. В силу статьи 6 (3) Договора о ЕС основные права, как они гарантированы Европейской конвенцией о защите прав человека и основных свобод (далее — ЕКПЧ)⁵ и как они вытекают из общих для государств-членов конституционных традиций, входят в содержание права Союза в качестве общих принципов. Таким образом, ЕКПЧ можно рассматривать как один из источников права ЕС.

Согласно статье 14 ЕКПЧ пользование правами и свободами, признанными этой Конвенцией, должно быть обеспечено без какой бы то ни было дискриминации по признаку пола, расы, цвета кожи, языка, религии, политических или иных убеждений, национального или социального происхождения, принадлежности к национальным меньшинствам, имущественного положения, рождения или по любым иным признакам. Анализ статьи 14 ЕКПЧ позволяет сделать вывод, что дискриминационными можно считать действия, которые одновременно удовлетворяют двум условиям: во-первых, имело место различие в обращении с лицами, находящимися в аналогичных или относительно сходных ситуациях; во-вторых, такое различное обращение объективно неоправданно для достижения законной цели (Vedsted-Hansen et al., 2023, p. 385n2).

4 ноября 2000 года был принят и открыт для подписания дополнительный протокол № 12 к ЕКПЧ о запрещении дискриминации⁶. Согласно статье 1 указанного протокола пользование любым правом, признанным законом, должно быть обеспечено без какой бы то ни было дискриминации по признаку пола, расы, цвета кожи, языка, религии, политических или иных убеждений, национального или социального происхождения, принадлежности к национальным меньшинствам, имущественного положения, рождения или любого иного обстоятельства.

Запрет дискриминации по признакам пола, расы, цвета кожи и т.д. установлен также в Хартии ЕС об основных правах (статья 21). Согласно статье 21 (2) Хартии в сфере применения учредительных договоров ЕС без ущерба специальным положениям названных договоров запрещается всякая дискриминация по национальному признаку.

Принцип недискриминации также назван среди ключевых ценностей, на которых основан ЕС (статья 2 договора о ЕС).

⁵ The Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms. Rome, 4.XI.1950.

⁶ Protocol No. 12 to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms (ETS No. 177) Rome, 4.XI.2000.

Изначально принцип недискриминации по признаку гражданства в рамках ЕС был направлен на обеспечение равенства между мужчинами и женщинами, а также равенства между гражданами ЕС в сфере трудоустройства, выбора места жительства и т.д. Однако по мере расширения компетенции ЕС запрет дискриминации стал распространяться на иные сферы, включая общую иммиграционную политику. Включение в правовую систему Союза системы защиты основных прав и принципа недискриминации способствовало более широкому пониманию этого положения и распространению его действия на ситуации, когда дискриминация по признаку гражданства является препятствием для осуществления равенства и основных прав гражданами третьих стран (Brouwer & de Vries, 2015, p. 144).

С точки зрения права ЕС можно выделить три измерения дифференциации по признаку национального гражданства: дифференциация между гражданами Союза, которая формально запрещена, за исключением специальных положений (статья 18 Договора о функционировании Европейского союза (далее — ДФЕС)); дифференциация между гражданами ЕС и иностранцами, которая во многих ситуациях является правомерной; дифференциация между гражданами различных иностранных государств, которая может осуществляться только в силу объективных и обоснованных причин.

В рамках настоящей работы основное внимание будет уделено третьему виду дифференциации, которая применяется в отношении граждан различных третьих государств в рамках общей иммиграционной политики.

Государства — члены ЕС стали развивать общую иммиграционную политику после вступления в силу Маастрихтского договора, который создал необходимую правовую основу и институализировал в правовую систему ЕС механизмы межгосударственного взаимодействия в указанной сфере (van Munster, 2009).

В настоящее время иммиграционная политика и политика предоставления убежищ выступают составляющими пространства свободы, безопасности и правосудия. При этом само понятие «иммиграционная политика» может рассматриваться в узком смысле как система регулирования въезда иностранцев для целей постоянного или долгосрочного проживания, и в широком смысле как политика, касающаяся въезда иностранцев в страны ЕС, включая визовую политику, политику предоставления убежищ и пересечения границ. Применительно к целям настоящей статьи иммиграционная политика рассматривается в широком смысле.

В рамках иммиграционной политики принцип недискриминации имеет свои особенности, поскольку иностранные граждане обладают меньшим объемом прав, чем собственные граждане. Ни одно государство в мире не предоставляет собственным гражданам и иностранцам одинаковый объем прав. Даже внутри ЕС с точки зрения национального законодательства собственные граждане обладают большим объемом прав, нежели граждане других государств Союза.

В рамках ЕС иностранцы, имеющие гражданство государств-членов, как правило, обладают привилегированным статусом по сравнению с гражданами других государства. Данный подход не нарушает принцип недискриминации в силу особого правопорядка Союза. Право ЕС устанавливает союзное гражданство, предполагающее равные права и запрет дискриминации по признаку национального гражданства (статья 18 ДФЕС), за исключением случаев, установленных учредительными договорами. Схожий подход используется в рамках иных интеграционных объединений.

Что касается обеспечения принципа недискриминации в отношении иностранных граждан, то, как правило, государство не устанавливает различий в отношении иностранцев в зависимости от их гражданской принадлежности. Иными словами, на территории государства все иностранцы должны иметь одинаковый объем прав. Однако и здесь бывают исключения. В частности, государства могут устанавливать различные условия въезда иностранцев в зависимости от их гражданства, к примеру, граждане одних государств вправе въезжать без виз, а граждане других государств обязаны иметь визу. Этот подход также является правомерным, поскольку, как правило, основан на определенных критериях и соответствует сложившейся практике.

Таким образом, различие в обращении с собственными гражданами и иностранцами имеет под собой резонные основания. Однако различие в обращении по признаку гражданства представляет собой очень чувствительный критерий, требующий серьезного обоснования (Brouwer & de Vries, 2015, p. 126). При этом Европейский Суд по правам человека неоднократно подчеркивал, что только «очень веские причины» могут оправдать такое дифференцированное обращение (см. решения по делам *Dhahbi v. Italy*⁷, *Andrejeva v. Latvia*⁸).

Комитет по правам человека ООН (далее — КПЧ ООН) отметил: хотя гражданство как таковое не фигурирует среди запрещенных оснований для дискриминации (статья 26 Международного пакта о гражданских и

⁷ ECtHR. (8 April 2014). *Dhahbi v. Italy*, App no 17120/09.

⁸ ECtHR. (18 February 2009). *Andrejeva v. Latvia*, App no 55707/00.

политических правах), тем не менее его следует рассматривать как иное основание запрещения дискриминации. При этом, по мнению КПЧ ООН, дифференциация по признаку гражданства, основанная на разумных и объективных критериях, не является запрещенной дискриминацией⁹.

Вместе с тем на уровне ЕС положения о равном обращении были включены в свод иммиграционного законодательства ЕС, регулирующего условия въезда и правовой статус, предоставляемый гражданам третьих государств (Brouwer & de Vries, 2015, p. 126n15). Более того, специальные нормы международного права могут требовать от государства одинакового отношения ко всем иностранцам. Так, согласно статье 3 Конвенции о статусе беженцев 1951 года¹⁰ (далее — Женевская конвенция) договаривающиеся государства будут применять положения настоящей Конвенции к беженцам без какой бы то ни было дискриминации по признаку их расы, религии или страны их происхождения.

2. Реформа законодательства ЕС об иммиграции и убежище

Политика ЕС в области иммиграции и убежища имеет сложную историю развития. Несмотря на то, что формально эта политика провозглашена сферой общих интересов (Uçarer, 2001), в течение длительного времени вопросы иммиграции и убежища фактически находились в тени европейской интеграции. Только после вступления в силу Амстердамского договора началась реализация общесоюзной политики в указанной области. Практическая реализация плана по формированию указанной политики связана с решениями, принятыми по результатам заседания Европейского совета в Тампере (Веги Тампере)¹¹, который утвердил план развития пространства свободы, безопасности и правосудия.

Согласно заключению Европейского совета в рамках построения пространства свободы, безопасности и правосудия лидеры стран ЕС сформулировали цель по созданию открытого и безопасного Союза (п. 4). Члены Европейского совета отметили, что свободой, которая гарантирована внутри ЕС, должны пользоваться не только граждане Союза. Она должна быть доступна и иностранцам, в особенности тем, кто находится под международной защитой на территории ЕС (п. 3).

Отдельное место в заключении Европейского совета получили положения, касающиеся применения принципа недискриминации в

⁹ UN Human Rights Committee. (1989). *Ibrahima Gueye et al. v. France*, Communication No. 196/1985, U.N. Doc. CCPR/C/35/D/196/1985 (1989).

¹⁰ Convention Relating to the Status of Refugees, Geneva, 28 July 1951 (The 1951 Refugee Convention).

¹¹ European Parliament. (1999). *Tampere European Council 15 and 16 October 1999. Presidency Conclusions*. URL: https://www.europarl.europa.eu/summits/tam_en.htm.

отношении иностранных граждан. Так, согласно п. 18 Союз принял на себя обязательство обеспечить справедливое обращение с гражданами третьих государств, которые законно проживают на территории государств-членов ЕС. Более активная политика интеграции должна быть направлена на предоставление им прав и обязанностей, сопоставимых с правами и обязанностями граждан ЕС. Она также должна усилить недискриминацию в экономической, социальной и культурной жизни и включать меры по борьбе с расизмом и ксенофобией. А для борьбы с дискриминацией в более общем плане государствам-членам рекомендуется разрабатывать национальные программы (п. 19).

Таким образом, Вехи Тампере заложили основы будущей политики ЕС в области иммиграции и убежища, которая должна основываться на открытости, солидарности и недискриминации.

Однако реализация данной политики продемонстрировала, что следовать принципам открытости, солидарности и недискриминации на практике непросто. Миграционное давление на государства ЕС оказалось настолько сильным, что вызвало череду кризисов внутри Союза. В итоге ЕС был вынужден существенно пересмотреть подход к регулированию иммиграции и убежища, ужесточив его.

После очередного миграционного кризиса 2015 года ЕС приступил к масштабному реформированию политики в области иммиграции и убежища с целью обеспечить ее адаптацию к новым вызовам и решить накопившиеся проблемы.

Однако предложенный в 2016 году Европейской комиссией пакет законопроектов в области иммиграции и убежища вызвал серьезные разногласия среди государств-членов.

В сентябре 2020 года Европейская комиссия представила новый Пакт о миграции и убежище¹², согласно которому были обозначены новые приоритеты в политике ЕС, касающиеся регулирования иммиграции и убежища. Несмотря на активное использование традиционной для таких документов лексики, Пакт 2020 года существенно меняет ориентиры политики ЕС по сравнению с Планом Тампере 1999 года. Пакт о миграции и убежище 2020 года сфокусирован на повышении эффективности управления иммиграцией, а также укреплении способности государств-членов реагировать на новые вызовы. В этой связи права

¹² Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions: on a New Pact on Migration and Asylum. Brussels, 23.9.2020. COM(2020) 609 final URL: https://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:85ff8b4f-f13-11ea-b44f-01aa75ed71a1.0002.02/DOC_3&format=PDF.

иммигрантов, на которые акцентировали внимание разработчики Вех Тампере, оказались на втором плане.

Работа по имплементации Пакта об иммиграции и убежище заняла почти четыре года: весной 2024 года был принят пакет законодательных актов ЕС, регулирующих соответствующие вопросы. Однако голосование в Европейском парламенте показало, что такие спорные законопроекты, как регламент об управлении миграцией и убежищем, проект процедурного регламента и проект регламента о ситуациях кризиса и форс-мажора в области миграции и убежища, получили одобрение с очень небольшим перевесом голосов¹³.

3. Проблема дифференциации в рамках нового законодательства ЕС об убежище

Политическое руководство ЕС квалифицировало согласование законопроектов в области иммиграции и убежища в качестве исторического события, которое знаменует собой крупный прорыв на пути к созданию общей системы управления миграцией в ЕС¹⁴. Однако еще на стадии согласования законопроектов правозащитные организации выразили опасения в отношении того, что проводимая реформа приведет к построению «жесткой системы», которая будет неработоспособной и приведет к еще большему ущемлению прав просителей убежища¹⁵.

Правила, содержащиеся в новом пакете законодательных актов об иммиграции и убежище, существенно расширили основания использования дифференцированного подхода в отношении иностранных граждан, прибывающих в ЕС.

В наибольшей степени дифференцированный подход можно обнаружить в положениях Регламента ЕС о ситуациях кризиса и форс-мажора¹⁶. Указанный регламент устанавливает правовые рамки для реагирования государств-членов на исключительные обстоятельства, связанные с кризисными ситуациями, включая массовый приток мигрантов или

¹³ European Council on Refugees and Exiles. (12 April 2024). *Adoption of EU Pact on Migration and Asylum*. URL: <https://ecre.org/adoption-of-eu-pact-on-migration-and-asylum/>.

¹⁴ European Commission. Directorate-General for Migration and Home Affairs. (20 December 2023). *Historic agreement reached today by the European Parliament and Council on the Pact on Migration and Asylum*. URL: www.home-affairs.ec.europa.eu/news/historic-agreement-reached-today-european-parliament-and-council-pact-migration-and-asylum-2023-12-20_en.

¹⁵ Sunderland, J. (21 December 2023). *EU's Migration Pact is a disaster for migrants and asylum seekers*. URL: www.reliefweb.int/report/world/eus-migration-pact-disaster-migrants-and-asylum-seekers.

¹⁶ Regulation (EU) 2024/1359 of the European Parliament and of the Council of 14 May 2024 addressing situations of crisis and force majeure in the field of migration and asylum and amending Regulation (EU) [2024] 2021/1147 OJ L2024/1359.

манипулирование миграционными потоками (инструментализация мигрантов), а также на форс-мажорные ситуации, такие как пандемия¹⁷. В указанных ситуациях государства-члены могут применять в отношении иммигрантов специальные режимы, предусматривающие отступления от общего порядка, предусмотренного законодательством ЕС об убежище.

Особое место среди указанных кризисных ситуаций занимает ситуация, связанная с инструментализацией мигрантов.

Согласно статье 1 (4) Регламента о ситуациях кризиса и форс-мажора инструментализация мигрантов понимается как ситуация, при которой третье государство или враждебный негосударственный субъект поощряет или способствует перемещению граждан третьих государств или лиц без гражданства к внешним границам или в государство-член с целью дестабилизации Союза или государства-члена и когда такие действия могут поставить под угрозу основные функции государства-члена.

Инструментализация мигрантов рассматривается как ситуация, наступление которой дает возможность государствам-членам применять в отношении просителей убежища специальную процедуру, предусматривающую отступление от некоторых правил, установленных регламентом об управлении миграцией и убежищем, процедурным регламентом и директивой о возвращении. В частности, такая процедура предусматривает увеличение сроков регистрации ходатайства об убежище, более широкие возможности применения пограничной и ускоренной процедуры и, как следствие, продление сроков нахождения в местах временного содержания и т. д.

Согласно регламенту специальный режим применяется только в отношении иностранцев, которые являются объектом инструментализации (статья 1 (4) регламента). Таким образом, государства-члены должны не только установить факт инструментализации, но и доказать, что конкретное лицо является ее объектом.

Помимо этого, согласно изменениям в Шенгенский кодекс о границах¹⁸ в ситуациях инструментализации мигрантов государства-члены вправе временно закрывать или сокращать время работы тех или иных пунктов пропуска. Хотя отсутствие данного положения не лишало государства ЕС в прошлом возможности предпринимать такие меры, поскольку работа

¹⁷ Ineli-Ciger, M. (10 June 2024). Navigating the Labyrinth of Derogations: A Critical Look at the Crisis Regulation. *EU migration blog*. URL: www.eumigrationlawblog.eu/navigating-the-labyrinth-of-derogations-a-critical-look-at-the-crisis-regulation/.

¹⁸ Regulation (EU) 2024/1717 of the European Parliament and of the Council of 13 June 2024 amending Regulation (EU) 2016/399 on a Union Code on the rules governing the movement of persons across borders [2024] OJ L2024/1717.

пунктов пропуска относится скорее к компетенции государств-членов, чем к компетенции Союза.

Установление специального режима в ситуациях массового прибытия иммигрантов и ситуациях форс-мажора, развитие которых находится вне контроля государств, является во многих случаях обоснованным, поскольку такие меры направлены на восстановление работоспособности соответствующей инфраструктуры.

Однако применительно к ситуации инструментализации, которая не имеет объективных критериев, использование специального режима, ухудшающего положение иммигрантов, представляется спорным.

Ввиду отсутствия объективных критериев квалификация той или иной ситуации на границе в качестве инструментализации мигрантов будет осуществляться государством-членом на основе субъективной оценки, то есть такая квалификация лежит не в правовой, а политической плоскости. Это создает широкие возможности для злоупотребления со стороны государств-членов в применении специальной процедуры. Таким образом, государства-члены по неясным критериям должны будут разделять всех иммигрантов на «инструментализированных» и «не инструментализированных». Это порождает правовую неопределенность, а также широкие возможности для злоупотреблений со стороны правоприменительных органов (Gkliati, 2023, p. 573).

При этом согласно регламенту в случае инструментализации негативные последствия наступают не для ее организатора, а для иммигрантов, которые выступают жертвой.

Безусловно, как регламент о ситуациях кризиса и форс-мажора, так и изменения к Шенгенскому кодексу о границах предусматривают подробные гарантии защиты основных прав в случае, если государство-член, столкнувшееся с ситуацией инструментализации, отступает от правил ЕС¹⁹. Однако такие гарантии носят декоративный характер, поскольку «инструментализированный иммигрант» не по своей вине заведомо оказывается в невыгодном положении по сравнению с другими лицами, ищущими убежище на территории ЕС.

Положения регламента, касающиеся инструментализации мигрантов, создают правовую основу для дифференциации политики ЕС в области предоставления убежищ. Иными словами, с точки зрения права ЕС у государств-членов будет возможность разделить потенциальных просителей убежища на «естественные» и «искусственно созданные»

¹⁹ Goldner Lang, I. (2024). Instrumentalisation of Migrants: It is Necessary to Act, but How? *EU migration blog*.

URL: www.eumigrationlawblog.eu/instrumentalisation-of-migrants-it-is-necessary-to-act-but-how.

миграционные потоки, в отношении которых применяется различное правовое регулирование. По сути дела искатели международной защиты могут лишиться своих основных прав только потому, что они пытаются въехать в ЕС через определенную третью страну²⁰.

С позиции принципа недискриминации такое разделение просителей убежища представляется необоснованным. Как уже отмечалось выше, Женевская конвенция запрещает какую бы то ни было дискриминацию по признаку расы, религии или государства происхождения. Вполне очевидно, что указанные положения также запрещают дискриминацию в зависимости от места и способа въезда в страну. В свете намерений сторон, выраженных в Преамбуле Женевской конвенции, можно сделать вывод, что договаривающиеся государства не могут проводить дискриминацию между различными группами беженцев²¹.

В случае незаконного въезда через восточные или южные границы ЕС иммигранты совершают одно и то же правонарушение, как правило, при содействии определенных лиц. В зависимости от субъективной квалификации в одном случае это будет именоваться инструментализацией, а в другом — нет. При этом нередко потенциальные просители убежища могут и не знать, что являются «инструментом» в чьих-то руках. Поэтому факт использования иммигрантов со стороны определенных лиц в качестве инструмента достижения тех или иных целей не может служить достаточным основанием для снижения уровня защиты их прав. Иными словами, это не является оправданием для дифференцированного подхода к таким иммигрантам.

Таким образом, использование дифференцированного подхода к «инструментализированным» и «неинструментализированным» просителям убежища представляется неоправданным с точки зрения принципа недискриминации.

4. Дискриминационные нормы в национальном и союзном праве, вызванные кризисом на Украине

Серьезным толчком к усилению дифференциации в иммиграционной политике ЕС послужило начало Российской Федерацией специальной военной операции в феврале 2022 года. Вследствие активных боевых

²⁰ Ancite-Jepifánova, A. (21 September 2023). Migrant Instrumentalisation: Facts and Fictions: Realities on the Ground at the EU-Belarus Border. *VerfBlog*. URL: <https://verfassungsblog.de/migrant-instrumentalisation-facts-and-fictions/>.

²¹ Churruca Muguruza, C. (19 May 2022). Selective Solidarity and Discrimination in the EU Response to Refugees. *GC Human Rights Preparedness*. URL: www.gchumanrights.org/preparedness/article-on/selective-solidarity-and-discrimination-in-the-eu-response-to-refugees.html.

действий в государства ЕС прибыло несколько миллионов вынужденных переселенцев. ЕС впервые за двадцать лет принял решение активировать «спящую» директиву о временной защите²², принятую еще в 2001 году в ответ на массовый приток вынужденных переселенцев, бежавших от войны в Югославии (Genç & Şirin, 2019).

Реагируя на обострение ситуации на Украине, государства ЕС стали предоставлять украинским переселенцам привилегированные условия въезда и пребывания, которые сильно отличались от тех, которыми пользовались иммигранты из других стран, также вынужденные покинуть место своего проживания вследствие военных действий. Все это наглядно показывало, что ЕС обращался с прибывшими с Украины иначе, чем с другими недавними потоками вынужденных мигрантов²³. В экспертной среде появилось даже деление на «украинских» и «неукраинских» иммигрантов²⁴, при этом в отношении указанных групп применяются различные процедуры, различная политика и предоставляется различный правовой статус.

Как уже отмечалось выше, дифференцированное обращение не всегда является дискриминационным. В 2022 году во многих городах ЕС стали массово вывешивать украинские флаги, плакаты с лозунгами о поддержке Украины, организовывать специальные информационные пункты для украинских переселенцев и многое другое. Все это сильно контрастировало с тем, как государства ЕС принимали переселенцев из других стран, оказавшихся в схожей ситуации. Однако с правовой точки зрения такой подход, связанный с проявлением особого гостеприимства, сложно квалифицировать как дискриминацию по признакам гражданской принадлежности.

Однако именно в этот момент можно было отчетливо увидеть, как стирается грань между дифференциацией и дискриминацией.

Во-первых, особый прием украинских переселенцев сопровождался не только активным использованием специальной атрибутики. Различные публичные и частные организации предлагали бесплатные услуги лишь

²² Council Directive 2001/55/EC of 20 July 2001 on minimum standards for giving temporary protection in the event of a mass influx of displaced persons and on measures promoting a balance of efforts between Member States in receiving such persons and bearing the consequences thereof [2001] OJ L212/12.

²³ Prantl, J. (2022). Generous, but Equal Treatment? Anti-Discrimination Duties of States Hosting Refugees Fleeing Ukraine. *European migration blog*. URL: www.eumigrationlawblog.eu/generous-but-equal-treatment-anti-discrimination-duties-of-state-s-hosting-refugees-fleeing-ukraine/?print=print.

²⁴ Shehada, M. (28 August 2023). EU member states' discrimination against refugees is systematic. *Euromedmonitor*. URL: www.euromedmonitor.org/en/article/5790/EU-member-states%E2%80%9999-discrimination-against-refugees-is-systematic.

украинским переселенцам, местные органы в приоритетном порядке обеспечивали их жильем и т.д. В данной ситуации нет правового объяснения, почему украинский переселенец мог пользоваться общественным транспортом бесплатно, а проситель убежища из Сирии — нет. Более того, некоторые источники сообщают о применении дифференциации по расовому признаку (Costello & Foster, 2022, p.245). В частности, темнокожим лицам, проживающим на Украине, но не имеющим гражданства, было запрещено въезжать на территорию ЕС, коренное население Украины имело приоритет при посадке в транспортные средства и т.д. Все это квалифицировалось представителями Африканского союза как проявление расизма и дискриминации²⁵.

Во-вторых, ЕС предоставил возможность абсолютно всем вынужденным переселенцам въехать на территорию Союза и впервые решил предоставить им статус временной защиты. По сравнению со стандартной процедурой убежища, статус временной защиты предоставляет достаточно щедрые права, а сама процедура предоставления защиты является недолгой и не включает детальную индивидуальную оценку (Trauner & Valodskaitė, 2022, p.18). Иными словами, процедура предоставления временной защиты является более привлекательной для иммигранта, нежели иные виды международной защиты.

Более того, Комиссия посчитала возможным применять специальные упрощенные правила въезда для украинских переселенцев в отступление от действующих норм права Союза²⁶.

Использование в отношении украинских переселенцев особых правил въезда и предоставления международной защиты по сравнению со случаями массового прибытия иммигрантов из других стран поднимает вопрос об обоснованности такого дифференцированного подхода. В качестве обоснования активации процедуры временной защиты в научной литературе приводятся три аргумента: во-первых, ярко выраженное негативное отношение к специальной военной операции со стороны ЕС; во-вторых, кратковременность и масштабность прибытия переселенцев на европейскую территорию; в-третьих, тот факт, что граждане Украины пользовались правом безвизового въезда в ЕС (Abrisketa Uriarte, 2023, p.13). Однако указанные аргументы вряд ли являются достаточными для обоснования уникальности ситуации с

²⁵ African Union. (28 February 2022). *Statement of the African Union on the reported ill treatment of Africans trying to leave Ukraine*.

²⁶ Commission Communication Providing operational guidelines for external border management to facilitate border crossings at the EU-Ukraine borders [2022] 2022/C 104 I/01. OJ C 104I/1.

Украиной. В иных случаях массовое прибытие иммигрантов из других стран, включая бывшую Югославию, также было обусловлено вооруженными конфликтами с человеческими жертвами и разрушениями. Тот факт, что ЕС не осуждал такие конфликты, не придает им легитимности и не имеет никакого правового значения с точки зрения активации процедуры временной защиты.

В отношении кратковременности и масштабов прибытия переселенцев с Украины следует отметить, что цифры, характеризующие прибытие украинских вынужденных переселенцев, невозможно сравнить с цифрами, относящимися к другим похожим ситуациям. За четвертый квартал 2015 года было зафиксировано 978 165 случаев незаконного въезда на территорию ЕС²⁷. С территории Украины за одну неделю прибыло около 650 000 человек²⁸. Однако здесь надо отметить, что в случае с Украиной власти государств ЕС открыли границы и дали возможность въехать всем желающим. В 2015 году сложилась обратная ситуация: границы были закрыты, а переселенцы въезжали нелегально по морю или по суше. Если бы в 2015 году власти ЕС также открыли границы для иммигрантов, то число въехавших было бы намного выше, чем в 2022 году.

Наконец, возможность граждан Украины въезжать на территорию ЕС без визы не имеет никакого правового значения с точки зрения реализации права на международную защиту.

По этой причине использование процедуры временной защиты для вынужденных переселенцев с Украины в отличие от иных аналогичных ситуаций имеет ярко выраженный дискриминационный характер. Институты ЕС посчитали, что активация процедуры временной защиты для украинцев политически целесообразна. Помимо политического аспекта немаловажную роль играл и экономический фактор, поскольку Украина для стран Восточной Европы на протяжении последних нескольких лет остается важным источником недорогой рабочей силы²⁹.

Открытие границ для украинских переселенцев по сравнению с выходцами из стран Ближнего востока и Северной Африки в западной экспертной среде нередко квалифицировалось не только как дискриминация, но и как расизм (Abrisketa Uriarte, 2023, п. 44).

²⁷ European Border and Coastguard Agency. (2016). Frontex Risk Analysis Network Quarterly: Quarter October–December 2016. URL: www.frontex.europa.eu/assets/Publications/Risk_Analysis/FRAN_Q4_2016.pdf.

²⁸ Council Implementing Decision (EU) 2022/382 of 4 March 2022 establishing the existence of a mass influx of displaced persons from Ukraine within the meaning of Article 5 of Directive 2001/55/EC, and having the effect of introducing temporary protection [2022] OJ L71/1.

²⁹ Garcés Mascareñas, B. (2022). Why this refugee crisis is different. *CIDOB*. URL: www.cidob.org/en/publications/why-refugee-crisis-different.

Создание преференциальных условий для въезда и пребывания украинских переселенцев по сравнению с гражданами других государств, главным образом представителей исламского мира, носит ярко выраженный характер и порождает серьезные сомнения с точки зрения легитимности такой меры. Однако квалифицировать такие действия как расизм неверно, поскольку расизм представляет собой теорию, обосновывающую неравенство рас и этнических групп (превосходство или неполноценность отдельных расовых или этнических групп)³⁰. Едва ли политические лидеры ЕС руководствовались именно этими соображениями. Расовый фактор играл в этой ситуации определенную роль, однако он не был главным.

В случае с украинскими переселенцами следует говорить не о расизме, а о «селективной солидарности»³¹, политически мотивированных решениях, которые в итоге привели к дискриминационным практикам.

Необходимо отметить, что при осуществлении иммиграционной политики государства нередко отдают предпочтения тем или иным иммигрантам, основываясь на их происхождении. К примеру, многие государства осуществляют политику, направленную на репатриацию своих соотечественников или лиц, имеющих происхождение, связанное с данным государством. Никто не называет это расизмом или даже расовой дискриминацией. Однако на уровне ЕС, тем более в рамках политики предоставления убежищ, такой подход является недопустимым.

В рамках рассмотрения объединенного дела № С 643/15 и С 647/15³², представители Польши, обосновывая свои доводы о недействительности решения Совета в части распределения просителей убежища, отметили, что Польская республика является мононациональным и этнически целостным государством, и прибытие иммигрантов из мусульманских стран может подорвать устоявшиеся национальные и культурные традиции (п. 302). Прибытие иммигрантов из иной культурной и языковой среды влечет для принимающего государства значительно большие затраты на их адаптацию. Суд отверг указанный довод, отметив, что соображения, касающиеся этнического происхождения просителей убежища, не могут быть приняты во внимание, поскольку они явно противоречат

³⁰ Declaration on Race and Racial Prejudice. Adopted and proclaimed by the General Conference of the United Nations Educational, Scientific and Cultural Organization at its twentieth session, on 27 November 1978.

³¹ Churruga Mugaruza, C. (19 May 2022). Selective Solidarity and Discrimination in the EU Response to Refugees. *GC Human Rights Preparedness*. URL: www.gchumanrights.org/preparedness/article-on/selective-solidarity-and-discrimination-in-the-eu-response-to-refugees.html.

³² Joined Cases C 643/15 and C 647/15 *Slovak Republic and Hungary v Council of the European Union* [2017] ECLI:EU:C:2017:631.

законодательству ЕС и, в частности, статье 21 Хартии ЕС об основных правах (п. 305 решения).

Таким образом, применение особого порядка въезда и пребывания украинских переселенцев и использование процедуры временной защиты можно расценивать как проявление дифференцированного подхода к гражданам третьих государств, который не соответствует требованиям статьи 3 Женевской конвенции. Следовательно, в данном случае можно говорить о наличии признаков дискриминации.

Указанную дискриминацию нельзя признать позитивной, поскольку она не приводит к выравниванию в правах вынужденных переселенцев с Украины и иных стран. Скорее в данном случае речь идет о так называемой обратной дискриминации (Тиханова, 2021, с. 122–129), то есть неравном обращении по отношению к доминирующей группе.

Обострение кризиса на Украине в феврале 2022 года привело к серьезному всплеску так называемой негативной дискриминации по отношению к российским гражданам в государствах — членах ЕС. Как отмечают У. Геро и Х. Ритц, «западноевропейские общества, которые еще недавно клялись никогда не поддаваться дискриминации, вдруг ударились именно в такую дискриминацию» (Геро, Ритц, 2024, с. 109). Дискриминация в отношении российских граждан имела многоуровневый характер, однако в данной статье будут рассмотрены проблемы проявления дискриминации в рамках иммиграционной политики.

Начиная с 2022 года ЕС и отдельные государства-члены стали принимать правила, в том числе в форме актов мягкого права, устанавливающие ограничения на въезд российских граждан. Эти ограничения включали запрет на въезд в государства ЕС, ограничения на выдачу виз и особые условия пересечения внешних границ Шенгенского пространства. Указанные ограничения распространялись на всех лиц, имеющих российское гражданство. Таким образом, можно говорить о дискриминации по признаку гражданства или по признаку национальности.

С февраля по октябрь 2022 года все государства ЕС, имеющие сухопутные границы с Российской Федерацией (Польша, Литва, Латвия, Эстония, Финляндия), ввели запрет на въезд практически для всех граждан России (Войников, 2023).

Кроме того, в сентябре 2022 года Комиссия опубликовала руководство, содержащее рекомендации по выдаче шенгенских виз и контролю на внешних границах³³. В силу статьи 288 ДФЕС оно не относится к правовым

³³ Communication from the Commission. Brussels, 30.9.2022. C(2022) 7111 final. 1. Updating guidelines on general visa issuance in relation to Russian applicants following Council Decision (EU) 2022/1500 of 9 September 2022 on the suspension in whole of the application of the

актам Союза и, соответственно, не обладает обязательной юридической силой, однако содержащиеся в нем положения по сути обязывают государства следовать инструкциям Комиссии, которые прямо противоречат действующему праву Союза. По мнению Комиссии, в текущей ситуации въезд граждан России может представлять угрозу общественному порядку, внутренней безопасности и международным отношениям (п. 7). По этой причине Комиссия посчитала необходимым ужесточить визовый режим в отношении российских граждан и усилить паспортный контроль при въезде граждан России на территорию ЕС.

Основная идея указанного документа состояла не в том, чтобы разъяснить порядок применения Визового кодекса, а в том, чтобы дать государствам-членам инструкции, каким образом в рамках Визового кодекса³⁴ и Шенгенского кодекса о границах³⁵ максимально ужесточить процедуру выдачи виз и ограничить въезд россиян на территорию ЕС. В частности, Комиссия предписывает консульским учреждениям воспользоваться предусмотренными в Визовом кодексе возможностями для увеличения срока рассмотрения визового ходатайства, предоставления дополнительных документов, проведения предварительных консультаций и т. д. Помимо этого Европейская Комиссия предписывает государствам-членам не исполнять нормы Визового кодекса в части выдачи многократных виз гражданам России. Фактически Комиссия посредством принятия акта мягкого права, не обладающего юридической силой, отменяет действие правовой нормы, содержащейся в законодательном акте, обладающем свойством обязательности.

И Шенгенский кодекс о границах (статья 4), и Визовый кодекс (статья 1) предусматривают принцип индивидуальной оценки, согласно которому любые решения о выдаче визы и въезде иностранцев должны приниматься индивидуально, с учетом конкретных обстоятельств. Иными словами, право ЕС исключает запретительные меры коллективного характера в данной области. Следовательно, ни на союзном, ни на национальном уровне нельзя всех граждан определенного государства признать угрозой общественному порядку, безопасности и международным отношениям.

Agreement between the European Community and the Russian Federation on the facilitation of the issuance of visas to the citizens of the European Union and the Russian Federation; and 2. Providing guidelines on controls of Russian citizens at the external borders. URL: www.home-affairs.ec.europa.eu/commission-communication-guidelines-visa-external-borders_en.

³⁴ Regulation (EU) No 810/2009 of the European Parliament and of the Council of 13 July 2009 establishing a Community Code on Visas (Visa Code) [2009] OJ L 243/1.

³⁵ Regulation (EU) 2016/399 of the European Parliament and of the Council of 9 March 2016 on a Union Code on the rules governing the movement of persons across borders (Schengen Borders Code) [2016] OJ L 77/1.

Если рассматривать указанные меры сквозь призму принципа недискриминации, то такой дифференцированный подход к гражданам России не имеет под собой ни правового, ни логического объяснения. В этой связи союзные и национальные меры по коллективному запрету на въезд и ограничению на выдачу виз в отношении граждан определенного государства представляют собой ярко выраженную меру дискриминационного характера, основанную на признаке гражданства³⁶.

Таким образом, рассмотренные выше меры по ограничению въезда граждан России на территорию государств — членов ЕС не только нарушают требования Шенгенских правил, но и противоречат фундаментальным принципам современного общества³⁷.

Заключение

Проблема соблюдения принципа недискриминации в рамках реализации иммиграционной политики ЕС имеет сложный характер. С одной стороны, политика в отношении иностранных граждан практически всегда основывается на дифференцированном подходе, который не обязательно ведет к дискриминации. С другой стороны, дифференциация должна быть пропорциональной, обоснованной и преследовать законную цель. В противном случае дифференциация приобретает черты дискриминации.

На протяжении длительного времени Европейскому союзу удавалось не только выстраивать эффективно работающую систему защиты прав человека, но и сохранять баланс между публичными интересами обеспечения безопасности и соблюдением прав иностранных граждан. Примеры дискриминационного отношения или иного ущемления прав иммигрантов рассматривались как единичные случаи сбоя существующей системы.

Однако череда иммиграционных, политических и иных кризисов привела к ситуации, когда ЕС и государства-члены оказались не в состоянии проводить прежнюю иммиграционную политику без ущерба собственной безопасности.

Это повлекло за собой необходимость реформирования союзного законодательства об иммиграции и убежище, которое помимо прочего привело к усилению дифференцированного подхода в отношении

³⁶ Grundler, M. (28 October 2022). Russian nationals at the EU's external borders: upholding human rights. *European migration blog*. URL: <https://eumigrationlawblog.eu/russian-nationals-at-the-eus-external-borders-upholding-human-rights/>.

³⁷ Ancite-Jepifánova, A. (29 September 2022). The Visa Ban, Nikolai and his Russian Sister: Why Schengen Visa Restrictions for Russian Citizens Risk Tearing Families Apart. *VerfBlog*. URL: <https://verfassungsblog.de/the-visa-ban-nikolai-and-his-russian-sister/>.

иммигрантов. Еще более серьезным толчком к расширению политики дифференциации явилось начало специальной военной операции, которая повлекла за собой рост миграционного давления на государства ЕС и усиление политического противостояния с Россией.

В данной ситуации дифференциация в отношении иностранных граждан, въезжающих на территорию ЕС, стала приобретать системный характер. Юридический анализ дифференцированного подхода в отношении отдельных групп иностранных граждан показал, что в большинстве случаев такая дифференциация имела необоснованный характер, соответственно имелись признаки дискриминации по национальному признаку.

Государства — члены ЕС стали проводить политику, направленную на создание преимуществ для одних иностранных граждан при одновременном поражении в правах других иностранцев, нередко имеющих одинаковый правовой статус. Такой дифференцированный подход нередко имеет разумное объяснение, связанное с тем, что члены ЕС пытаются привлечь иммигрантов и обеспечить международную защиту лицам, близким по культуре, языку, религии, политическим взглядам и соответствующим экономическим интересам принимающего государства. Однако указанный подход не согласуется с базовыми принципами равенства и недискриминации, заложенными в универсальных и специальных международно-правовых актах, включая Женевскую конвенцию о статусе беженцев. Кроме того, правила, касающиеся ограничения въезда российских граждан, не только нарушают принцип недискриминации, но и вступают в противоречие с нормами права самого Союза.

Несмотря на активное декларирование соблюдения фундаментальных прав в ЕС все чаще обнаруживаются примеры дискриминации и неравенства, а нередко они получают свое юридическое закрепление. Иными словами, в рамках иммиграционной политики и политики предоставления убежищ дифференцированный подход к иностранцам превращается в дискриминационный. Таким образом, дискриминация получает распространение не только в правоприменительной деятельности, но и находит правовое закрепление в правовых актах, принимаемых на национальном и союзном уровнях.

Список литературы / References

1. Войников, В. В. (2023). Ограничения на въезд российских граждан в страны ЕС: политические и правовые аспекты. *Современная Европа*, 3, 20–32.

- Voynikov, V.V. (2023). EU travel restrictions for Russian citizens: political and legal issues. *Sovremennaya Evropa*, 3, 20–32.
2. Геро, У., Ритц, Х. (2024). Эндшпиль Европа. Почему потерпел неудачу политический проект Европа и как начать снова о нем мечтать. Гнозис.
Gero, U., & Rich, H. (2024). *Endspiel Europe: why the political project Europe failed and how to start dreaming about it again*. Gnozis.
 3. Карташкин, В. А. (2011). Ограничение прав неграждан и запрещение дискриминации. *Современное право*, 11, 18–22.
Kartashkin, V.A. (2011). Limiting the rights of non-citizens and prohibiting discrimination. *Sovremennoe pravo*, 11, 18–22.
 4. Красноярова, Е. В. (2014). Дифференциация как правовой антипод дискриминации. *Вестник Иркутского государственного технического университета*, 2(85), 261–265.
Krasnoyarova, E.V. (2014). Differentiation as the legal opposite of discrimination. *Vestnik Irkutskogo gosudarstvennogo tekhnicheskogo universiteta*. 2(85), 261–265.
 5. Тиханова, Д. А. (2021). Обратная дискриминация как негативная сторона чрезмерной антидискриминационной политики. В *Первый Ярославский юридический форум. 1–2 октября 2021 г. Сборник научных статей по вопросам трудового права. Ярославский государственный университет им. П. Г. Демидова* (с. 122–129). Филигрань.
Tikhanova, D.A. (2021). Reverse discrimination as a negative side of excessive anti-discrimination policies. In *Pervyi Yaroslavskii yuridicheskii forum. 1–2 October 2021. Sbornik nauchnyh statei po voprosam trudovogo prava. YAroslavskii gosudarstvennyi universitet im. P. G. Demidova* (pp. 122–129). Filigran'.
 6. Abrisketa Uriarte, J. (2023). The activation of the temporary protection Directive 2001/55/EC for Ukrainian refugees: a demonstration of its uniqueness. *Peace & Security – Paix et Sécurité Internationales*, 11, 1–31. http://dx.doi.org/10.25267/Paix_secur_int.2023.i11.1201
 7. Besson, S. (2005). The principle of non-discrimination in the convention on the rights of the child. *The International Journal of Children's Rights*, 13, 433–461.
 8. Brouwer, E., & de Vries, K. (2015). Third-country nationals and discrimination on the ground of nationality: article 18 TFEU in the context of article 14 ECHR and EU migration law: time for a new approach. In M. van den Brink, S. Burri & J. Goldschmidt (Eds.), *Equality and human rights: nothing but trouble?* Netherlands Institute of Human Rights (SIM), 2015.

9. Costello, C., & Foster, M. (2022). (Some) refugees welcome: When is differentiating between refugees unlawful discrimination? *International Journal of Discrimination and the Law*, 22(3), 244–280. <https://doi.org/10.1177/13582291221116476>
10. Diebold, N. F. (2011). Standards of non-discrimination in international economic law. *International and Comparative Law Quarterly*, 60, 831–865. <http://doi.org/10.1017/S0020589311000418>
11. Flegar, V. (2015). The principle of non-discrimination: an empty promise for the preventive health care of asylum seekers and undocumented migrants? *Groningen Journal of International Law*, 3(2), 85–101.
12. Genç, H. D., & Şirin, N. (2019). Why not activated? The temporary protection directive and the mystery of temporary protection in the European Union. *International Journal of Political Science & Urban Studies*, 7(1), 1–18. <http://doi.org/10.14782/ipsus.539105>
13. Gkliati, M. (2023). Let's call it what it is: hybrid threats and instrumentalisation as the evolution of securitisation in migration management. *European Papers*, 8(2), 561–578. <http://doi.org/10.15166/2499-8249/675>
14. Munster, van, R. (2009). The Maastricht Treaty: The formalization of the immigration/security nexus. In: *Securitizing immigration. The politics of risk in the EU* (pp. 46–64). Palgrave Macmillan. https://doi.org/10.1057/9780230244955_3
15. Rijpmma, J. (2024). Watching the guards: ensuring compliance with fundamental rights at the external borders. *European Law Journal*, 30(1–2), 74–86. <https://doi.org/10.1111/eulj.12500>
16. Sokhi-Bulley, B. (2005). *Non-discrimination and difference: the (non-)essence of human rights law*. Human rights law commentary. Available at: <https://www.nottingham.ac.uk/hrlc/documents/publications/hrlcommentary/2005/nondiscriminationanddifference.pdf>.
17. Trauner, F., & Valodskaitė, G. (2022). The EU's temporary protection regime for ukrainians: understanding the legal and political background and its implications. *CESifo Forum, ifo Institute — Leibniz Institute for Economic Research at the University of Munich*, 23(4), 17–20.
18. Uçarer, E. (2001). From the sidelines to center stage: sidekick no more? The European Commission in Justice and Home Affairs. *European Integration online Papers*, 5(5). <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.302779>
19. Vedsted-Hansen, J., Kienast, J., & Feith Tan, N. (2023). Preferential, differential or discriminatory? EU protection arrangements for persons

displaced from Ukraine. In S. Carrera & M. Ineli-Ciger (Eds.), *EU responses to the large-scale refugee displacement from Ukraine: an analysis on the temporary protection directive and its implications for the future EU asylum policy* (pp. 383–399). European University Institute Robert Schuman Centre for Advanced Studies.

The notion of a dispute in determining jurisdiction *ratione temporis* in international investment arbitration

D. Baktybekova

Resolut, Moscow, Russia

dilzhanbaktybekova@gmail.com

ORCID: 0009-0000-7461-8311

Abstract

This article examines the inconsistent and often problematic role of the notion of a dispute in establishing jurisdiction *ratione temporis* in international investment arbitration. It argues that the principle of non-retroactivity in investment law applies to the timing of the state's measures, not to the timing of the dispute. However, for treaties that do not explicitly exclude pre-existing disputes, tribunals often err by focusing on when the dispute arose to establish jurisdiction *ratione temporis*. This practice introduces a jurisdictional criterion not agreed upon by the contracting parties and misapplies the non-retroactivity principle. Conversely, for treaties that explicitly exclude pre-existing disputes from the scope of their application, the timing of the dispute is of critical importance. However, arbitral practice reveals a lack of a unified definition of a "dispute". Analysis of key cases shows that tribunals apply inconsistent standards to determine when a dispute has arisen. Furthermore, in some cases, even after establishing jurisdiction over a post-treaty dispute, tribunals have applied the treaty retroactively to the pre-treaty measures. The article further analyses the complexities of alleged continuing breaches. For treaties that do not exclude the pre-existing disputes, the test is whether a post-treaty act constitutes an "independently actionable breach". For treaties that explicitly exclude pre-existing disputes, the article critiques ambiguous tests like the "same subject matter" approach used in *Lucchetti v. Peru*, which allows states to avoid liability for post-treaty wrongful acts by linking them to older disputes. It concludes by advocating for a clearer analytical framework, proposing that tribunals should first identify an independently actionable breach and then determine when the dispute specific to that breach arose, thereby enhancing predictability and safeguarding investor rights.

Key words: the notion of a dispute, jurisdiction *ratione temporis*, bilateral investment treaty, retroactive application, pre-existing dispute, independently actionable breach

Citation: Baktybekova D. The notion of a dispute in determining jurisdiction *ratione temporis* in international investment arbitration. *HSE University Journal of International Law*. 2025. Vol. 3. No. 2. P. 51–78.

Dilzhan Baktybekova — junior associate.

Понятие спора при определении юрисдикции *ratione temporis* в международном инвестиционном арбитраже

Д. Бактыбекова

Resolut, Москва, Россия

dilzhanbaktybekova@gmail.com

ORCID: 0009-0000-7461-8311

Аннотация

В настоящей статье рассматривается непоследовательная и зачастую проблематичная роль понятия спора при установлении юрисдикции *ratione temporis* в международном инвестиционном арбитраже. В ней утверждается, что принцип неретроактивности в инвестиционном праве применяется к моменту принятия мер государством, а не ко времени возникновения спора. Однако в случае договоров, которые прямо не исключают ранее существовавшие споры из сфер их применения, арбитражные трибуналы часто совершают ошибку, концентрируясь на моменте возникновения спора для установления юрисдикции *ratione temporis*. Такая практика вводит юрисдикционный критерий, не согласованный договаривающимися сторонами, и приводит к неверному применению принципа неретроактивности. И наоборот, для договоров, прямо исключающих ранее существовавшие споры из сфер их применения, момент возникновения спора является крайне важным критерием. Однако арбитражная практика свидетельствует об отсутствии единого определения понятия «спор». Анализ ключевых дел показывает, что трибуналы применяют непоследовательные стандарты для определения момента возникновения спора. Более того, в некоторых случаях, даже установив юрисдикцию в отношении спора, возникшего после вступления договора в силу, трибуналы применяли договор ретроактивно к мерам, принятым до его вступления в силу. Далее в статье анализируются сложности, связанные с предполагаемыми длящимися нарушениями. Для договоров, не содержащих исключений для ранее возникших споров, тест заключается в том, представляет ли собой деяние, совершенное после вступления договора в силу, «самостоятельное нарушение, являющееся основанием для иска». Для договоров, содержащих такие исключения, в статье критикуются неоднозначные тесты, такие как подход «тождества предмета спора», использованный в деле *Lucchetti v. Peru*, который позволяет государствам избегать ответственности за противоправные действия, совершенные после вступления договора в силу, связывая их с ранее возникшими спорами.

В заключение автор выступает за более четкую аналитическую основу, предлагая трибуналам сначала определять наличие самостоятельного нарушения, являющегося основанием для иска, а затем устанавливать, когда возник спор, относящийся именно к этому нарушению, что будет способствовать повышению предсказуемости и защите прав инвесторов.

Ключевые слова: понятие спора, юрисдикция *ratione temporis*, двусторонний инвестиционный договор, ретроактивное применение, ранее возникший спор, самостоятельное нарушение, являющееся основанием для иска

Для цитирования: Бактыбекова Д. Понятие спора при определении юрисдикции *ratione temporis* в международном инвестиционном арбитраже. *Журнал ВШЭ по международному праву / HSE University Journal of International Law*. 2025. Том 3. № 2. С. 51–78.

Дилжан Бактыбекова — младший юрист.

Introduction

States build their jurisdictional defences in international investment arbitration in different ways. One way is to argue a lack of jurisdiction *ratione temporis*, claiming that the dispute before the tribunal arose before the treaty's entry into force or any other effective date, such as the date of making the investment (hereinafter — the Pre-Existing Dispute). States make this argument based on two different types of investment protection treaties — treaties that explicitly provide that they do not apply to Pre-Existing Disputes (hereinafter — the Non-Silent Treaties)¹ and even in cases where the treaty does not exclude such disputes from the scope of their application (hereinafter — the Silent Treaties).²

The first part of the article focuses on the correctness of the reference by parties and the tribunals to the timing of disputes in the Silent Treaties. The second part deals with the cases concerning the Non-Silent Treaties and discusses the notion of a dispute, as well as its role in further analysis. The third

¹ An example of such clause is Article 12 of Agreement Between the Government of the United Arab Emirates and the Government of the Russian Federation on the Promotion and Reciprocal Protection of Investments of 28 June 2010 that states that it “shall not apply to investment disputes arisen or settled before its entry into force”.

URL: <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/2234/download>.

² An example of the Silent Treaty is the BIT between the Republic of Kyrgyzstan and the United States of America of 19 January 1993, where Article XIII states that the BIT “shall apply to investments existing at the time of entry into force as well as to investments made or acquired thereafter”.

URL: <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/1864/download>.

part elaborates on how tribunals decide if they have jurisdiction *ratione temporis* when parties claim that there has been a continuing breach in cases of the Silent Treaties, and how the tribunals decide if a dispute before them arose after the treaty entered into force, or is a continuation of a Pre-Existing Dispute in the Non-Silent Treaties.

1. The Silent Treaties

Neither investment arbitration practice nor literature has paid much attention to the correctness of arguments by parties that refer to the timing of disputes in cases of the Silent Treaties to argue a lack of jurisdiction *ratione temporis*. Even less attention has been given to the analysis of arbitral tribunals based on the timing of disputes. The author argues that by introducing an additional criterion for establishing jurisdiction *ratione temporis* — specifically, the timing of the disputes — tribunals appear to be interpreting treaties in a manner that introduces obligations or limitations not expressly agreed upon by the contracting parties.

States tend to frame their jurisdictional objections by relying on Article 28 of the Vienna Convention on the Law of Treaties (hereinafter — VCLT) and by arguing that, under the non-retroactivity rule, the treaties should not apply to *disputes* that arose prior to the treaty's entry into force. There has been a debate on whether Article 28 of the VCLT applies to “treaty provisions and instruments conferring jurisdiction” (Juratowitch & McArthur, 2024, p. 98). It has also been recognised that while Article 28 of the VCLT might seem to be clear, “the rule leaves a wealth of questions unanswered when applied to jurisdictional issues” (Gattini, 2017, p. 140) The answer has been provided in the International Law Commission's (hereinafter — ILC) commentaries to the Draft Articles on the Law of Treaties of 1966. The ILC stated that “when a jurisdictional clause is attached to the substantive clauses of a treaty as a means of securing their due application”, the non-retroactivity principle may operate in relation to the jurisdiction as well, based on the timing of the alleged breach. As such, if the alleged breach is claimed to have happened before the entry into force of the treaty, the tribunal or a court will not have jurisdiction *ratione temporis* to hear the claims.³ Essentially, the ILC refers to the timing of the alleged breaches rather than the timing of the disputes. This means that the tribunals will have jurisdiction *ratione temporis* over investors' claims as long as the alleged breaches take place after the treaty enters into force or any other

³ International Law Commission, Draft Articles on the Law of Treaties with commentaries, Yearbook of the International Law Commission, 1966, vol. II, p. 212.
URL: https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/1_1_1966.pdf.

relevant critical date. However, arbitral tribunals have not consistently followed this approach.

In *Gramercy v. Peru*, for example, the tribunal rightly complied with the treaty language and followed the ILC's approach.⁴ Here, the United States-Peru Free Trade Agreement (hereinafter — FTA) stated that “[f]or greater certainty, [it] does not bind any Party in relation to any act or fact that took place or any situation that ceased to exist before the date of entry into force of this Agreement”.⁵ When Peru argued the lack of jurisdiction *ratione temporis* by claiming that the dispute before the tribunal was the Pre-Existing Dispute, the tribunal found that Peru's argument “suffers from a significant problem”.⁶ This is because Peru's argument does not conform to the *actual wording* of the FTA's temporal exclusion clause, which *does not refer to disputes*, but to measures” [emphasis added].⁷ These measures included “‘law, regulation, procedure, requirement, or practice’ [...] ‘adopted or maintained’ by the host State”.⁸ The tribunal noted that the disputed measures took place after the FTA entered into force,⁹ and therefore fell within the tribunal's jurisdiction *ratione temporis*.¹⁰

In contrast, the tribunal in *ATA Construction v. Jordan*¹¹ presented a reasoning that did not follow the treaty language. In this case, the bilateral investment treaty (hereinafter — BIT) between Jordan and Turkey of 2006 applied to “investments existing at the time of entry into force as well as to

⁴ ICSID. *Gramercy Funds Management LLC, et al. v. The Republic of Peru*. Case No. UNCT/18/2, Final Award of 6 December 2022.

URL: <https://jsumundi.com/en/document/decision/en-gramercy-funds-management-llc-and-gramercy-peru-holdings-llc-v-the-republic-of-peru-award-tuesday-6th-december-2022>. The tribunal also provided a helpful analysis of the notions of “dispute” and “measure”. With regard to the dispute, the tribunal set up the following criteria for its existence: (1) “there must be a disagreement regarding a point of law or fact;” (2) “the disagreement must be between two parties, which hold opposite views;” (3) “both parties must be aware that the dispute exists, the matter having been raised by one party and the counter-party showing some sign of opposition” (see paras. 323–325). As for the measures, the tribunal derived the definition from the United States-Peru FTA, which stated that a measure “includes any law, regulation, procedure, requirement, or practice” (see para. 318). This article treats the notions of a dispute and a measure in the same way.

⁵ Peru - United States Trade Promotion Agreement of 12 April 2006, Article 10.1(3).

URL: <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/2721/download>.

⁶ ICSID. *Gramercy Funds Management LLC, et al. v. The Republic of Peru*. Case No. UNCT/18/2, Final Award of 6 December 2022. Para 333.

URL: <https://jsumundi.com/en/document/decision/en-gramercy-funds-management-llc-and-gramercy-peru-holdings-llc-v-the-republic-of-peru-award-tuesday-6th-december-2022>.

⁷ *Ibid.*

⁸ *Ibid.* Para 336.

⁹ *Ibid.* Para 343.

¹⁰ *Ibid.* Paras 337–338.

¹¹ ICSID. *ATA Construction, Industrial and Trading Company v. Hashemite Kingdom of Jordan*. Case No. ARB/08/2. Award of 18 May 2010.

URL: <https://jsumundi.com/fr/document/decision/en-ata-construction-industrial-and-trading-company-v-hashemite-kingdom-of-jordan-award-tuesday-18th-may-2010>.

investments made or acquired thereafter”,¹² meaning that it was a Silent Treaty. The disputed measures in this case took place after the Jordan-Turkey BIT entered into force when the Jordanian Court of Cassation upheld the annulment of an arbitral award and extinguished the arbitration agreement on 16 January 2007.¹³

Jordan argued that “it is well established” that a treaty “will not apply to a *dispute* that has arisen, fully developed, and been extensively pursued before the BIT’s entry into force” [emphasis added].¹⁴ It asserted that the dispute before the tribunal “had been extensively litigated, in both arbitral and judicial proceedings, for a period of nearly six years before the BIT’s entry into force”, resulting in a lack of jurisdiction *ratione temporis*.¹⁵ ATA Construction counterargued that the dispute arose after the BIT entered into force.¹⁶

Despite the lack of language that would indicate the exclusion of the Pre-Existing Disputes in the Jordan-Turkey BIT from the scope of its application, the tribunal agreed with Jordan. The tribunal concluded that it may exercise jurisdiction only “if it finds that the *dispute* arose after the entry into force of the Treaty on 23 January 2006” [emphasis added].¹⁷ The tribunal eventually found that the dispute in relation to the annulment of the arbitral award arose in 2003, ruling that the dispute was “really indistinguishable from the original dispute and, hence, like its progenitor, arose prior to the entry into force of the Turkey-Jordan BIT”, therefore finding no jurisdiction *ratione temporis*.¹⁸ As for the second disputed measure of extinguishment of the arbitration agreement, the tribunal found that the dispute arose in 2007, after the BIT entered into force, hence, falling within the scope of jurisdiction *ratione temporis*.¹⁹

¹² Agreement Between the Hashemite Kingdom of Jordan and the Republic of Turkey Concerning the Reciprocal Promotion and Protection of Investments of 2 August 1993, Article IX.
URL: <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/1769/download>.

¹³ ICSID. *ATA Construction, Industrial and Trading Company v. Hashemite Kingdom of Jordan*. Case No. ARB/08/2. Award of 18 May 2010. Para 67.
URL: <https://jsumundi.com/fr/document/decision/en-ata-construction-industrial-and-trading-company-v-hashemite-kingdom-of-jordan-award-tuesday-18th-may-2010>.

¹⁴ ICSID. *ATA Construction, Industrial and Trading Company v. Hashemite Kingdom of Jordan*. Case No. ARB/08/2. Award of 18 May 2010. Para 63.
URL: <https://jsumundi.com/fr/document/decision/en-ata-construction-industrial-and-trading-company-v-hashemite-kingdom-of-jordan-award-tuesday-18th-may-2010>.

¹⁵ Ibid.

¹⁶ Ibid. Paras 67–68.

¹⁷ Ibid. Para 98.

¹⁸ Ibid. Para 104.

¹⁹ Ibid. Para 118.

Furthermore, to determine when the dispute between the parties arose, the tribunal referred to the award in *Lucchetti v. Peru*.²⁰ Such reference is incorrect, because the BIT between Chile and Peru of 2000 explicitly provided that it did not “apply to differences or to disputes that arose prior to its entry into force”.²¹ This means that the BIT in *Lucchetti v. Peru* provided for a completely different standard from the outset, but the *ATA Construction v. Jordan* tribunal proceeded to apply it. The fact that some states exclude the Pre-Existing Disputes from the scope of their treaties’ application demonstrates that the Silent Treaties are not equivalent to the Non-Silent Treaties, and the very necessity to explicitly exclude Pre-Existing Disputes from the scope of a treaty’s application demonstrates that such intention might not be found in the Silent Treaties, let alone the lack of the wording that would indicate such an agreement between the contracting parties.

The analysis of the tribunal demonstrates that the reference to the timing of the disputes was both unnecessary and incorrect in the context of determining jurisdiction *ratione temporis*. The Turkey-Jordan BIT language did not warrant the assessment of the timing of the disputes, as it was in the Chile-Peru BIT. The tribunal should have based its interpretations and analysis on the wording of the Turkey-Jordan BIT, employing the non-retroactivity principle in relation to the acts rather than disputes as a general rule. The reference to the timing of disputes would be appropriate if the contracting parties of the BIT agreed to exclude the Pre-Existing Disputes from the scope of its application. The tribunal, instead of referring to the timing of the disputes, could have employed an “independently actionable breach” test (discussed below) to analyse whether the disputed measures could be assessed without assessing the prior acts of Jordan that could relate to the disputed measures.

Based on the cases above, it is evident that the case law on interpretation of the Silent Treaties in the context of jurisdiction *ratione temporis* is inconsistent. States attempt to escape from the jurisdiction of investment tribunals by arguing that the treaties do not apply to the Pre-Existing Disputes. This is despite the fact that the treaties do not explicitly limit their application, unlike in the Non-Silent Treaties, as discussed below. Notably, it is not only the parties that refer to the timing of disputes as the basis for their arguments on the presence or absence of jurisdiction *ratione temporis*, but the tribunals themselves, as was

²⁰ ICSID. *ATA Construction, Industrial and Trading Company v. Hashemite Kingdom of Jordan*. Case No. ARB/08/2. Award of 18 May 2010. Para 99.
URL: <https://jsumundi.com/fr/document/decision/en-ata-construction-industrial-and-trading-company-v-hashemite-kingdom-of-jordan-award-tuesday-18th-may-2010>.

²¹ Agreement between the Government of the Republic of Peru and the Government of the Republic of Chile for the reciprocal promotion and protection of investments of 2 February 2000.
URL: <https://jsumundi.com/en/document/treaty/es-convenio-entre-el-gobierno-de-la-republica-del-peru-y-el-gobierno-de-la-republica-de-chile-para-la-promocion-y-proteccion-reciproca-de-las-inversiones-peru-chile-tbi-2000-wednesday-2nd-february-2000>.

shown in the *ATA Construction v. Jordan*. This demonstrates a confusion in relation to the role of the notion of a dispute in determining jurisdiction *ratione temporis* when the applicable treaty is a Silent Treaty in international investment arbitration.

Hence, the notion of a dispute and the time when it arises should be of no relevance in cases where the applicable treaty is a Silent Treaty. Otherwise, assessing when the dispute arose seems to be an incorrect and unnecessary exercise not warranted by the treaty language. This practice undermines, rather than furthers, the goal of making international investment law more predictable and consistent.²² The investors will not know whether their arguments on jurisdiction *ratione temporis* will succeed, or whether the tribunal will find that the timing of the dispute matters, even when the treaty language does not exclude the Pre-Existing Disputes from its scope.

2. Non-Silent Treaties

While the principle of the non-retroactivity of treaties operates in relation to the application of treaties depending on when the “act or fact” or the “situation” takes place as a general rule,²³ states are still “masters of their treaties”,²⁴ and design the scope of application of their treaties as they deem fit. To this end, states draft so-called “single exclusion clauses” that exclude the disputes that arise prior to the treaty’s entry into force from their scope of application (Baumgartner, 2017, p. 214). They may also include “double exclusion clauses” that exclude the disputes that arise based on the acts or facts that took place prior to the entry into force of the treaty from their scope of application (Baumgartner, 2017, p. 214).

Such exclusion of the Pre-Existing Disputes from the scope of application of treaties prompts discussions on the notion of a dispute — its definition and the time when it arises. This is fundamental, as it determines whether the tribunals have jurisdiction *ratione temporis* to adjudicate the disputes brought by the investors. Baumgartner states that often, in cases of single measures, the disputes will follow thereafter (Baumgartner, 2017, p. 214). However, in other cases, the dispute might arise before an injury by the state has occurred, for example when the taking of a measure in the future has been announced by the host state and the investor has started engaging with the host state on a

²² International Bar Association – IBA Arbitration Subcommittee on Investment Treaty Arbitration. (2018). Consistency, efficiency and transparency in investment treaty arbitration, 6. URL: http://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/investment_treaty_report_2018_full.pdf.

²³ Vienna Convention on the Law of Treaties, 23 May 1969. Article 28. URL: https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/conventions/1_1_1969.pdf.

²⁴ UNCTAD. (2011). Interpretation of IIAs: What States Can Do. UNCTAD IIA Issue Note, 3. URL: https://unctad.org/system/files/official-document/webdiaeia2011d10_en.pdf.

“conflict level” regarding the future measures (Ibid.). The following discusses how tribunals define a dispute and determine when it arises, as well as how the analysis of the timing of disputes in determining jurisdiction *ratione temporis* may create further implications in the analysis of the tribunals.

Arbitral tribunals tend to base their analysis on the fundamental definition of a dispute given in the *Mavrommatis Palestine Concessions* case by the Permanent Court of International Justice (hereinafter — PCIJ),²⁵ where the PCIJ defined a dispute as “a disagreement on a point of law or fact, a conflict of legal views or of interests between two persons”.²⁶ Yee is of the opinion that this definition is “too general to be useful” (Yee, 2019, para 40). On the other hand, Palchetti believes that the definition’s breadth allows it to be readily applied to “a variety of situations”, thus “greatly contribut[ing] to the idea that there exists a unitary concept of dispute”, that is applicable “irrespective of the specific function or scope of jurisdiction of the dispute settlement body in question” (Palchetti, 2018, para 10). The arbitral practice shows that while the breadth of the definition allows it to be applied to many situations, it does not contribute to making a unified concept of a dispute, given that its generality leads to different further definitions of a dispute.

²⁵ ICSID. *Astrida Benita Carrizosa v. Republic of Colombia*. Case No. ARB/18/5. Award of 19 April 2021. Para 133.

URL: <https://jsumundi.com/en/document/decision/en-astrida-benita-carrizosa-v-republic-of-colombia-award-monday-19th-april-2021#:~:text=The%20Respondent%20argues%20that%20the,scope%20of%20the%20Tribunal%E2%80%99s%20jurisdiction;>

ICSID. *Industria Nacional de Alimentos, S.A. and Indalsa Perú, S.A. (formerly Empresas Lucchetti, S.A. and Lucchetti Perú, S.A.) v. Republic of Peru*. Case No. ARB/03/4, Award of 7 February 2005. Para 48.

URL: https://jsumundi.com/en/document/decision/en-industria-nacional-de-alimentos-s-a-and-indalsa-peru-s-a-formerly-empresas-lucchetti-s-a-and-lucchetti-peru-s-a-v-republic-of-peru-award-monday-7th-february-2005#decision_691:-:text=The%20Tribunal%20notes,the%20other.%223;

ICSID. *Agility Public Warehousing Company K.S.C. v. Republic of Iraq*. Case No. ARB/17/7. Decision on Jurisdiction of 9 July 2019. Para 172.

URL: https://jsumundi.com/en/document/decision/en-agility-public-warehousing-company-k-s-c-v-republic-of-iraq-none-currently-available-friday-24th-february-2017#decision_26121:-:text=The%20Parties%20are%20in%20agreement%20that%20the%20starting%20point%20for%20the%20Tribunal%27s%20analysis%20is%20the%20definition%20of%20%22dispute%22%20established%20in%20Mavrommatis%2C%20namely%20%22a%20disagreement%20on%20a%20point%20of%20law%20or%20fact%2C%20a%20conflict%20of%20legal%20views%20or%20of%20interest%20between%20two%20persons.%22204;

ICSID. *El Paso Energy International Company v. Argentine Republic*. Case No. ARB/03/15, Decision on Jurisdiction of 27 April 2006. Para 61.

URL: https://jsumundi.com/en/document/decision/en-el-paso-energy-international-company-v-argentine-republic-decision-on-jurisdiction-thursday-27th-april-2006-decision_676:-:text=For this Tribunal,for objective determination

²⁶ PCIJ. *The Mavrommatis Palestine Concessions*, PCIJ Series A. No 2, Judgment (Objection to the Jurisdiction of the Court) of 30 August 1924. P. 11.

The tribunal in *Maffezini v. Spain*²⁷ provided a helpful understanding of when a dispute can arise; however, its further application of the Argentina-Spain BIT to the substantive obligations was not without flaws. The BIT between Argentina and Spain therefore prescribed that it did not apply “to disputes or claims arising before its entry into force”.²⁸ Spain argued that the claim of Mr Maffezini was based on the events and disagreements that took place before the Argentina-Spain BIT entered into force on 28 September 1992. In particular, Spain argued that the Argentina-Spain BIT did not apply to the dispute as Mr Maffezini relied on “facts and events that took place as early as 1989 and throughout 1990, 1991, and the first part of 1992”.²⁹ These related to “the budget estimates, requirements of environmental impact assessment, disinvestment, and others, were indeed discussed during the period”.³⁰ Mr Maffezini, on the contrary, submitted that these events were mere disagreements and differences in views between the parties, and did not “amount to a dispute as this concept is understood in international and domestic law”.³¹

The tribunal sided with Mr Maffezini. It ruled that “there tends to be a natural sequence of events that leads to a dispute”. The parties may express their disagreements and different views. These disagreements may “acquire a precise legal meaning through the formulation of legal claims, their discussion and eventual rejection or lack of response by the other party”. However, the conflict of legal views, as required under the fundamental definition of the dispute given in the *Mavrommatis Palestine Concessions* by the PCIJ, “will only be present in the latter stage, even though the underlying facts predate them”. According to the tribunal, the dispute exists when there is “a minimum of communications between the parties”, where the investor informs the state of the matter, and the latter opposes the investor’s “position directly or indirectly”. It must take into account the sequence of events in order to determine when the

²⁷ ICSID. *Emilio Agustín Maffezini v. The Kingdom of Spain*. Case No. ARB/97/7. Decision of the Tribunal on Objections to Jurisdiction of 25 January 2000.

URL: https://icsid.worldbank.org/sites/default/files/parties_publications/C8394/Claimants%27%20documents/CL%20-%20Exhibits/CL-0182.pdf.

²⁸ Agreement between the Argentine Republic and the Kingdom of Spain on the reciprocal promotion and protection of investments of 3 October 1991, Article II (2).

URL: <https://jusmundi.com/en/document/treaty/en-agreement-between-the-argentine-republic-and-the-kingdom-of-spain-on-the-reciprocal-promotion-and-protection-of-investments-argentina-spain-bit-1991-thursday-3rd-october-1991>.

²⁹ ICSID. *Emilio Agustín Maffezini v. The Kingdom of Spain*. Case No. ARB/97/7. Decision of the Tribunal on Objections to Jurisdiction of 25 January 2000. Para 92.

URL: https://icsid.worldbank.org/sites/default/files/parties_publications/C8394/Claimants%27%20documents/CL%20-%20Exhibits/CL-0182.pdf.

³⁰ *Ibid.* Para 95.

³¹ ICSID. *Emilio Agustín Maffezini v. The Kingdom of Spain*. Case No. ARB/97/7. Decision of the Tribunal on Objections to Jurisdiction of 25 January 2000. Para 93.

URL: https://icsid.worldbank.org/sites/default/files/parties_publications/C8394/Claimants%27documents/CL - Exhibits/CL-0182.pdf.

dispute arose to establish if it is in the scope of its jurisdiction.³² The tribunal also referred to the doctrinal statement in Schreuer et al. (2009, p. 94), which states that a “dispute must relate to clearly identified issues between the parties and must not be merely academic...The dispute must go beyond general grievances and must be susceptible of being stated in terms of a concrete claim”.³³ Hence, based on this explanation of the tribunal, it is evident that a dispute arises after a state takes measures, and both parties are aware of the disagreement, with minimal communication and opposing views.

Based on this reasoning, the tribunal determined that the dispute “in its technical and legal sense began to take shape in 1994”, when the parties were discussing the disinvestment proposals.³⁴ During this time, it was possible to clearly establish the “conflict of legal views and interests”, and based on that, Mr Maffezini was able to present his claims in the arbitration.³⁵ Since the dispute “took shape” in 1994, the tribunal found jurisdiction under the Argentina-Spain BIT, which entered into force on 28 September 1992.³⁶

The Decision on Objections to Jurisdiction³⁷ does not provide sufficient detail regarding the timing of the measures and interactions between the parties to establish what exactly the tribunal took into account when determining the existence of the dispute. However, an examination of the Award on the merits³⁸ reveals that the facts based on which the tribunal found the violations of the Argentina-Spain BIT took place *before the BIT entered into force* and *before the period when the tribunal found that the dispute between the parties arose*.³⁹

³² Ibid. Para 96.

³³ Ibid. Para 94.

³⁴ Ibid. Para 98.

³⁵ Ibid.

³⁶ Ibid.

³⁷ ICSID. *Emilio Agustín Maffezini v. The Kingdom of Spain*. Case No. ARB/97/7. Decision of the Tribunal on Objections to Jurisdiction of 25 January 2000.

URL: https://icsid.worldbank.org/sites/default/files/parties_publications/C8394/Claimants%27%20documents/CL%20-%20Exhibits/CL-0182.pdf.

³⁸ ICSID. *Emilio Agustín Maffezini v. The Kingdom of Spain*. Case No. ARB/97/7. Award of 13 November 2000.

URL: https://jsumundi.com/fr/document/decision/en-emilio-agustin-maffezini-v-the-kingdom-of-spain-award-monday-13th-november-2000#decision_869.

³⁹ ICSID. *Emilio Agustín Maffezini v. The Kingdom of Spain*. Case No. ARB/97/7, Award of 13 November 2000, Paras 74–85.

URL: https://jsumundi.com/fr/document/decision/en-emilio-agustin-maffezini-v-the-kingdom-of-spain-award-monday-13th-november-2000#decision_869. Namely, the discussions about Mr Maffezini’s company’s financial difficulties and Mr Maffezini’s offer to make provide funds for the company took place in late 1991. In November 1991, Mr Maffezini authorised his bank to transfer funds, but this was on the *assumption* that a proper loan contract would precede. This contract never materialised. The “loan” was not approved by EAMSA’s board, and Mr Maffezini had not consented to the specific terms under which the funds were ultimately utilised or characterised. In February 1992, Mr Soto Baños (state organ official) acted on the state organ’s authorisation to transfer the funds, not Mr Maffezini’s, regarding the use and terms, despite Mr Maffezini having given the initial bank authorisation for transfer. This showed that the state organ took control of the

In other words, the tribunal found that the dispute arose in 1994, based on Spain's measures that took place before the Argentina-Spain BIT entered into force. This is an incorrect application of the substantive provisions of the treaty and a violation of the rule against non-retroactivity under Article 28 of the VCLT. While the tribunal had jurisdiction *ratione temporis*, as the dispute arose after the BIT entered into force, it was by no means allowed to retroactively apply the BIT to Spain's measures and find a violation thereunder. Professor C. Schreuer notes, if a tribunal's jurisdiction covers pre-treaty measures, "the applicable law is not to be found in that treaty". Instead, the tribunal must apply the treaty that was in force during the period when the pre-treaty measures took place (Schreuer, 2014, p. 21).

Hence, while the tribunal in *Maffezini v. Spain* helped contribute to the understanding of the notion of a dispute, it incorrectly applied the substantive provisions of the Argentina-Spain BIT to the pre-BIT acts of Spain. This case shows that, although the timing of a dispute is relevant for jurisdiction under a Non-Silent Treaty, it does not permit the retroactive application of that treaty's substantive obligations. Furthermore, it also demonstrates that the analysis focused on the definition of a dispute, and the time of its arising may effectively confuse the tribunal, leading to decisions that apply treaties retroactively against the general rule.

The definition of disputes within the context of determining jurisdiction *ratione temporis* was also analysed by the *Helnan v. Egypt* tribunal.⁴⁰ Notably, the Denmark-Egypt BIT, which entered into force on 29 January 2000, provided that it was not "applicable to *divergences* or *disputes*, which have arisen prior to its entry into force" [emphasis added].⁴¹

Egypt argued that the divergences began in 1993, long before the Denmark-Egypt BIT came into effect, when Helnan was making statements on

situation without full, transparent consent from Mr Maffezini on the final terms. The transfer of funds was ambiguously treated, sometimes labeled a loan, but also inquired about as an "increase of the investment" for registration purposes. The Argentina-Spain BIT entered into force on 28 September 1992. In 1994, Mr Maffezini was actively trying to negotiate a way out of the failed investment and settle outstanding debts with the state organ. This involved proposing a deal where EAMSA's assets would be transferred to the state organ in exchange for cancelling the debts. The tribunal decided that the "dispute in its technical and legal sense began to take shape in 1994, particularly in the context of the disinvestment proposals discussed between the parties".

⁴⁰ ICSID. *Helnan International Hotels A/S v Arab Republic of Egypt*. Case No ARB/05/19. Decision of the Tribunal on Objection to Jurisdiction of 17 October 2006.

URL: <https://jusmundi.com/en/document/decision/en-helnan-international-hotels-a-s-v-arab-republi-c-of-egypt-decision-of-the-tribunal-on-objection-to-jurisdiction-tuesday-17th-october-2006>.

⁴¹ Agreement Between the Government of the Kingdom of Denmark and the Government of the Arab Republic of Egypt Concerning the Promotion and Reciprocal Protection of Investments of 24 June 1999, Article 12.

URL: <https://jusmundi.com/en/document/treaty/en-agreement-between-the-government-of-the-king-dom-of-denmark-and-the-government-of-the-arab-republic-of-egypt-concerning-the-promotion-and-reciprocal-protection-of-investments-denmark-egypt-bit-1999-thursday-24th-june-1999>.

the refusal of further investments and offering the hotel (the investment) for sale.⁴² The events that took place after the Denmark-Egypt BIT entered into force in 2000, specifically, the downgrade of the hotel from five to four stars by the Egyptian Ministry of Tourism. The subsequent arbitration against Helnan by the owner of the hotel for the downgrade, and the eviction of Helnan from the hotel, were the *culmination* of the 1993 events.⁴³ On the contrary, Helnan argued that the “*real source*” of the dispute was the actions that took place after 2000, starting with the downgrade in September 2003 and the final eviction of Helnan from the hotel in March 2006.⁴⁴

When analysing whether the dispute falls within the scope of its jurisdiction, the tribunal noted that the notions of “divergences” and “disputes” have different meanings. While they might be similar in the fact that both parties are aware that a disagreement exists between them, in cases of divergence, the parties do not pursue “the difference in an active manner”. On the other hand, for a dispute to arise, the parties should actively exchange views, expressing their “wish to resolve the difference, be it before a third party or otherwise”. Essentially, the divergence turns into a dispute when one or both parties attempt to resolve the difference.⁴⁵

Eventually, the tribunal found that the divergence arose only in the context of the privatisation project after 15 October 2002, which commenced after the BIT entered into force. The tribunal did not analyse exactly the divergence between the parties arose, but it was implied that it arose after 15 October 2002. It was “satisfied” that the divergence before it related to the privatisation process, and therefore dismissed Egypt’s jurisdictional objections.⁴⁶

Such reasoning demonstrates that, since the parties are in dispute, there is both a divergence and a dispute, and the tribunal will have jurisdiction *ratione temporis* as long as they are connected to the post-BIT acts. While the reasoning of the tribunal makes sense, it seems that the tribunal failed to apply its own distinction between a “divergence” and a “dispute” to the facts of the case. It was merely satisfied that the divergences were connected to the post-BIT acts without discussing when and how exactly the divergence arose. It makes the provision that excluded the pre-existing divergences and disputes from the scope of the BIT’s application redundant, since, as discussed above, the tribunals will have jurisdiction *ratione temporis* in relation to the post-treaty

⁴² ICSID. *Helnan International Hotels A/S v Arab Republic of Egypt*, Case No ARB/05/19. Decision of the Tribunal on Objection to Jurisdiction of 17 October 2006. Para 37.
URL: <https://jsumundi.com/en/document/decision/en-helnan-international-hotels-a-s-v-arab-republic-of-egypt-decision-of-the-tribunal-on-objection-to-jurisdiction-tuesday-17th-october-2006>.

⁴³ *Ibid.*

⁴⁴ *Ibid.* Paras 39–47.

⁴⁵ *Ibid.* Para 52.

⁴⁶ *Ibid.* Paras 56–57.

acts, even in the absence of an explicit exclusion of the Pre-Existing Disputes from their scope.

Therefore, while the tribunal provided a helpful explanation on the differences between divergences and disputes, adding the criterion that the parties must wish to resolve the disagreement, it did not apply it to the facts of the case. The analysis of the tribunal was similar to the analysis in cases with the Silent Treaties. This raises questions about the rationale for including such clauses if, at the end of the day, the reasoning of the tribunal is ultimately the same as if the relevant provisions were absent, in accordance with the rule against non-retroactivity. Such inconsistency also demonstrates that, in practice, the parties and the tribunals do not differentiate between the notion of a dispute and a measure. This makes one think that the discussion on the timing of a dispute is redundant, because tribunals still consider the timing of the measures at the core of the analysis. However, such a conclusion would nullify the intent of the contracting parties to exclude the Pre-Existing Disputes from the scope of the application of treaties. Therefore, in the absence of any other subsequent clarification on the interpretation of the treaties from the contracting parties, the author believes that the tribunals should start their analysis on jurisdiction *ratione temporis* in accordance with the treaty language, determining when the disputes before them arose.

An example of the tribunal's analysis regarding the time when a dispute arises through communication is evident in the case of *Tekfen and TML v. Libya (II)*.⁴⁷ In this case, on 7 March 2011, the investors sent a letter to Libya to inform the Libyan authorities of the “extraordinary, unsafe and insecure conditions” in Libya, which made it impossible for the contractor to continue working on the project.⁴⁸ Additionally, the investors had to evacuate their staff from Libya due to the lack of security and threats to personnel.⁴⁹ In the letter, the investors also requested Libyan authorities to “organize and take appropriate controls and measures for ensuring safety” of the abandoned works and equipment because the investors were no longer able to protect them.⁵⁰ Additionally, the letter included a proposal to organise a meeting to discuss how to resolve the situation, remobilise, and address compensation for losses.⁵¹ Libya argued that this letter demonstrated the existing dispute between the parties, and since the

⁴⁷ ICC. *Tekfen-TML Joint Venture, Tekfen İnşaat ve Tesisat A.Ş. and TML İnşaat A.Ş. v. State of Libya*. Case No. 21371/MCP/DDA. Final Award of 11 February 2020.

URL: <https://jsumundi.com/en/document/decision/en-tekfen-tml-tekfen-tml-joint-venture-v-libya-non-e-currently-available-thursday-1st-january-2015>.

⁴⁸ Ibid. Para 7.4.10.

⁴⁹ Ibid. Paras 7.4.10, 7.4.14.

⁵⁰ Ibid. Para 7.4.10.

⁵¹ Ibid. Paras 7.4.10, 7.4.18.

Libya-Turkey BIT entered into force on 22 April 2011 (after the letter was sent), the dispute fell outside the scope of the tribunal's jurisdiction.⁵²

The tribunal analysed the letter and concluded that the letter lacked the necessary elements of "insistence" or reference to the state's "duty" to "guarantee the safety" to prove the existence of a dispute.⁵³ According to the tribunal, the letter was a mere "notice of force majeure" and a request for future discussion, not evidence of an existing communicated disagreement.⁵⁴ Hence, the tribunal concluded that since there was no other communication between the parties before the BIT entered into force, the dispute could only have arisen after this date without going into a detailed analysis, and therefore found jurisdiction *ratione temporis*.⁵⁵

Besides the analysis of the letter, what was notable in this case was that the investors claimed that Libya had failed in its obligation to provide protection and security to their investments, particularly during the escalating unrest in February and March 2011, which culminated in the investors' evacuation from Libya by 25 February 2011.⁵⁶ This was before the Libya-Turkey BIT entered into force on 22 April 2011. Hence, the underlying facts that the investors claimed to have constituted a breach took place before the BIT entered into force. Having found jurisdiction *ratione temporis*, the tribunal assessed whether Libya had breached its obligation to provide full protection and security under customary international law (specifically between 20 February and 6 March 2011).⁵⁷ In essence, the tribunal found jurisdiction *ratione temporis* based on the timing of the dispute, but applied customary international law to assess if Libya breached its obligations. The tribunal reasoned this because Article 8 of the BIT allowed for disputes "*in connection with his investment*" to be submitted to arbitration, which it interpreted broadly.⁵⁸ The tribunal also assessed whether the alleged breach to provide full protection and security continued after the BIT entered into force under the BIT provisions, because the investors claimed that the breach continued post-BIT.⁵⁹ Although the tribunal found no violation, it is still surprising that the tribunal proceeded to assess whether Libya had violated its obligations with regard to the pre-BIT acts under customary international law. It is in line with the rationale provided by Professor C. Schreuer, who states that

⁵² Ibid. Para 7.4.13.

⁵³ Ibid. Paras 7.4.13, 7.4.15.

⁵⁴ Ibid. Paras 7.4.17–7.4.18.

⁵⁵ Ibid. Para 7.4.19.

⁵⁶ Ibid. Para 3.7.19, 3.8.

⁵⁷ Ibid. Para 7.7.93.

⁵⁸ ICC. *Tekfen-TML Joint Venture, Tekfen İnşaat ve Tesisat A.Ş. and TML İnşaat A.Ş. v. State of Libya*. Case No. 21371/MCP/DDA. Final Award of 11 February 2020. Paras 7.4.20, 7.5. URL: <https://jsumundi.com/en/document/decision/en-tekfen-tml-tekfen-tml-joint-venture-v-libya-non-e-currently-available-thursday-1st-january-2015>.

⁵⁹ Ibid. Para 7.8.

“jurisdiction may exist in respect of a dispute that arises from facts which are not subject to the treaty's substantive standards” (Schreuer, 2014, p. 21).

This shows that the provisions that exclude the Pre-Existing Disputes from the scope of treaties' application can serve as a loophole for the hearing of the dispute, and even apply other instruments to assess the pre-treaty acts of the state. By these means, investors may raise their disagreements after the treaty comes into force in order to prove jurisdiction *ratione temporis* and somehow find a different applicable instrument for the pre-treaty acts. This case also provides a clearer example of what must be communicated to the host state by the investor for the dispute to arise. The communication must indicate that the investor clearly shows its disagreement and insists that the state takes measures to fulfill its obligations. In this case, the pre-BIT letter of the investors did not show that there was a disagreement between the parties on the obligation of Libya to protect the investors' investment or prove that the dispute arose before the entry into force of the BIT.

In conclusion, the jurisprudence on the Non-Silent Treaties reveals a discrepancy between the doctrinal definition of a dispute and its practical application when determining jurisdiction *ratione temporis*. While tribunals in cases like *Maffezini v. Spain*, *Helnan v. Egypt*, and *Tekfen and TML v. Libya (II)* have helped clarify when a dispute arises, their application of these concepts has proven inconsistent and problematic. This has led to the wrongful retroactive application of a treaty's substantive obligations, the rendering of specific exclusion clauses redundant, and the creation of jurisdictional “loopholes” to hear claims based on pre-treaty acts.

3. Continuing breaches and continuing disputes

The issue of determining jurisdiction *ratione temporis* and the role of the notion of a dispute in such determination becomes even more complex when the parties claim that there has been a continuing breach or that there has been a continuing dispute. In cases of the Silent Treaties, the notion of a dispute plays no role in determining jurisdiction *ratione temporis*. However, in cases of the Non-Silent Treaties, states often argue that the dispute brought before the tribunal is based on the measures that began pre-treaty and continued thereafter, with the dispute arising pre-treaty. In these cases, the tribunals are faced with the task of deciding whether a dispute before them is the continuation of a Pre-Existing Dispute or a new, distinct dispute that arose after the effective date. The latter outcome would grant the tribunal jurisdiction *ratione temporis*. Arbitral practice in the context of continuing breaches demonstrates that a dispute may arise even before the state finishes taking the disputed measures.

The following cases of *Cervin and Rhone v. Costa Rica* and *Carrizosa v. Colombia* demonstrate how the tribunals deal with the question of jurisdiction *ratione temporis* in the context of measures that predate and postdate the entry into force of the relevant treaties or any other critical date in cases of the Silent Treaties. They also demonstrate that the timing of the disputes is irrelevant in such cases.

In the case of *Cervin and Rhone v. Costa Rica*,⁶⁰ Costa Rica argued that the claims brought by the investors were not in the scope of the tribunal's jurisdiction as they were a "part of a prior dispute concerning the same issues".⁶¹ Costa Rica raised the *ratione temporis* jurisdiction objection based on the timing of the dispute, despite the fact that the Switzerland-Costa Rica BIT did not specify if it only applied to disputes that arose after the BIT entered into force. It merely stated that it applied to investments made or acquired "whether prior to or after the entry into force of the [BIT]".⁶² The parties in this case also did not dispute that the tribunal "would not have jurisdiction to rule on allegedly unlawful acts committed prior to the date of the investment",⁶³ thereby setting the critical date as of the date of making the investment.

The tribunal reasoned that, in order to determine "whether a dispute predates or postdates the investment" [emphasis added], the timing of Costa Rica's measures that the investors claim gave rise to Costa Rica's responsibility should be assessed.⁶⁴ Therefore, if the investors claim that the disputed measures, which give rise to Costa Rica's international responsibility, took place after they made their investment, then the tribunal has jurisdiction *ratione temporis* to hear the claims based on these measures.⁶⁵

⁶⁰ ICSID. *Cervin Investissements S.A. and Rhone Investissements S.A. v. Republic of Costa Rica*. Case No. ARB/13/2. Decision on Jurisdiction of 15 December 2014.

URL: https://jsumundi.com/en/document/decision/es-cervin-investissements-s-a-rhone-investissements-s-a-c-republic-of-costa-rica-decision-on-jurisdiction-monday-15th-december-2014#decision_57.

⁶¹ Ibid. Para 277.

⁶² Agreement between the Swiss Confederation and the Republic of Costa Rica on the Promotion and Reciprocal Protection of Investments of 1 August 2000, Article 2.

URL: <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/3160/download>.

⁶³ ICSID. *Cervin Investissements S.A. and Rhone Investissements S.A. v. Republic of Costa Rica*. Case No. ARB/13/2. Decision on Jurisdiction of 15 December 2014. Para 276.

URL: https://jsumundi.com/en/document/decision/es-cervin-investissements-s-a-rhone-investissements-s-a-c-republic-of-costa-rica-decision-on-jurisdiction-monday-15th-december-2014-decision_57.

⁶⁴ Ibid. Para 278.

⁶⁵ ICSID. *Cervin Investissements S.A. and Rhone Investissements S.A. v. Republic of Costa Rica*. Case No. ARB/13/2. Decision on Jurisdiction of 15 December 2014. Para 278.

URL: https://jsumundi.com/en/document/decision/es-cervin-investissements-s-a-rhone-investissements-s-a-c-republic-of-costa-rica-decision-on-jurisdiction-monday-15th-december-2014#decision_57.

The tribunal rejected Costa Rica's argument that investors' claims are a part of the prior dispute. That is because, according to the tribunal, the tribunal would only analyse the post-investment measures in order to determine whether Costa Rica had committed acts that would give rise to international responsibility.⁶⁶ Therefore, the tribunal found that it had jurisdiction *ratione temporis*.⁶⁷

Hence, it is evident that in cases of the Silent Treaties, when the treaty does not prescribe a restriction on its application to the disputes arising prior to a critical date, such as the date of the making of the investment in this case, states still try to argue that some acts are connected to the prior disputes or measures that took place before the critical date. Furthermore, despite the fact that the tribunal mentioned the term "disputes" and the determination of their timing, the tribunal still focused on the timing of the measures. This demonstrates that there is confusion between the notions of "measures/breaches" and "disputes," which leads to the conclusion that the role of the notion of disputes has not been attentively analysed by the tribunals in these cases. The fact that there are "blurred boundaries" between these two notions is also supported by scholars (Sabahi & Rubins, 2019, p. 412).

In the case of *Carrizosa v. Colombia*,⁶⁸ the tribunal used an "independently actionable breach" test in order to determine if it had jurisdiction *ratione temporis* over the measures that took place after the effective date. In this case, Article 10.1.3 of the US-Colombia Trade Promotion Agreement (hereinafter — the TPA) provided that the investment chapter did not "bind any Party in relation to any act or fact that took place or any situation that ceased to exist before the date of entry into force of this Agreement".⁶⁹ Colombia argued that the tribunal lacked jurisdiction *ratione temporis* because the acts of which Ms Carrizosa complained took place before the TPA entered into force.⁷⁰ According to Colombia, even though one of the acts, i.e., the Constitutional Court order of 2014 (hereinafter — 2014 Order), took place after the TPA entered into force, it

⁶⁶ Ibid. Para 284.

⁶⁷ Ibid. Paras 276–286.

⁶⁸ ICSID. *Astrida Benita Carrizosa v. Republic of Colombia*, ICSID Case No. ARB/18/5. Award of 19 April 2021.

URL: <https://jsumundi.com/en/document/decision/en-astrida-benita-carrizosa-v-republic-of-colombia-award-monday-19th-april-2021>.

⁶⁹ Colombia - United States Trade Promotion Agreement of 22 November 2006, Article 10.1.3.

URL: https://www.italaw.com/sites/default/files/laws/italaw11095_0.pdf.

⁷⁰ ICSID. *Astrida Benita Carrizosa v. Republic of Colombia*. ICSID Case No. ARB/18/5. Award of 19 April 2021. Para 108.

URL: <https://jsumundi.com/en/document/decision/en-astrida-benita-carrizosa-v-republic-of-colombia-award-monday-19th-april-2021>.

merely “confirmed” the pre-TPA decisions.⁷¹ Colombia also argued that the 2014 Order was not “independently actionable” because it would not be possible to assess it without “finding on the lawfulness of pre-treaty conduct”.⁷² Colombia further argued that it is not just the “claims” that fall outside the scope of the temporal jurisdiction, but also the “legal dispute as a whole”.⁷³ Based on this, Colombia asserted that the dispute in question arose before the TPA entered into force, and the 2014 Order did not trigger a new dispute.⁷⁴

Ms Carrizosa countered that the 2014 Order was a post-TPA measure that finalised the alleged expropriation and denial of justice, thus bringing the dispute within the TPA’s temporal scope.⁷⁵ She argued that while the TPA does not apply retroactively to acts, this does not prevent a tribunal from considering a dispute that might have origins in pre-treaty events if a culminating act or a distinct breach occurs post-treaty.⁷⁶ She also correctly asserted that there “is no general principle of international law that would render the TPA inapplicable to ‘disputes’, as distinct from ‘acts’, predating its entry into force”.⁷⁷

Before the tribunal proceeded with determining whether the 2014 Order was an independently actionable breach, the tribunal noted that it was not “*persuaded*” that the temporal scope of the TPA was limited only to the post-TPA disputes, since the TPA was “silent on pre-treaty disputes”.⁷⁸ However, the tribunal ultimately found that the 2014 Order was not an independently actionable breach of the TPA.⁷⁹ It reasoned that the 2014 Order merely confirmed the pre-TPA measures and did not, in itself, introduce a new violation.⁸⁰ The tribunal noted that Ms Carrizosa did not allege any specific illegality in the 2014 Order separate from her complaints about the earlier, pre-TPA measures.⁸¹ According to the tribunal, to assess the 2014 Order would

⁷¹ Ibid. Para 109: “With respect to the 2014 Order, Colombia submits that, when faced with conduct postdating the entry into force of the treaty, the test is whether the conduct changes the pre-treaty status quo of the claimant’s investment. That is not the case of the 2014 Order, which merely confirmed the 2011 Decision”.

⁷² Ibid. Para 111.

⁷³ Ibid. Para 112.

⁷⁴ ICSID. *Astrida Benita Carrizosa v. Republic of Colombia*. ICSID Case No. ARB/18/5. Award of 19 April 2021. Paras 113–114.
URL: <https://jsumundi.com/en/document/decision/en-astrida-benita-carrizosa-v-republic-of-colombia-award-monday-19th-april-2021>.

⁷⁵ Ibid. Paras 115, 123.

⁷⁶ Ibid. Paras 115–116.

⁷⁷ Ibid. Para 117.

⁷⁸ Ibid. Para 135.

⁷⁹ Ibid. Para 167.

⁸⁰ ICSID. *Astrida Benita Carrizosa v. Republic of Colombia*. ICSID Case No. ARB/18/5. Award of 19 April 2021. Paras 156, 161.
URL: <https://jsumundi.com/en/document/decision/en-astrida-benita-carrizosa-v-republic-of-colombia-award-monday-19th-april-2021>.

⁸¹ Ibid. Para 158.

inevitably require the tribunal to rule on the lawfulness of the pre-TPA measures, which were outside its temporal jurisdiction.⁸² Thus, while the tribunal acknowledged that a dispute arising before a treaty's entry into force does not automatically bar jurisdiction over subsequent, independently wrongful acts post-entry into force,⁸³ the specific facts of the case led it to conclude that the 2014 Order was not an independently actionable breach.⁸⁴

These cases demonstrate that within the context of the Silent Treaties and when the disputed measures are continuing, tribunals do not assess when the dispute arose to determine jurisdiction *ratione temporis*. What the tribunals assess is whether the acts that took place after the treaty entered into force or any other critical date can constitute an independently actionable breach. At the same time, they reinforce the understanding that the notion of a dispute, as well as when the dispute arises, should not affect the analysis of the *ratione temporis* jurisdiction.

In cases of the Non-Silent Treaties, the approach of tribunals in determining if they have jurisdiction *ratione temporis* over the disputed measures that might or might not be connected to the Pre-Existing Dispute differs from the approach of the tribunals in cases of the Silent Treaties. In such cases, the tribunals must decide if the dispute before them arose after the treaty entered into force or is a mere continuation of the Pre-Existing Dispute. The analysis of these tribunals' approach demonstrates that the tribunals have not established a clear test for differentiating disputes for the purposes of determining jurisdiction *ratione temporis*.

An example of a case in which the tribunal was tasked to determine if the dispute brought for arbitration arose after the treaty entered into force or was a mere continuation of the Pre-Existing Dispute is *Lucchetti v. Peru*.⁸⁵ The tribunal rendered a 25-page award, eventually deciding that it had no jurisdiction to hear Lucchetti's claims.

⁸² Ibid. Paras 161, 163.

⁸³ Ibid. Paras 147–149.

⁸⁴ Ibid. Para 166. A similar criterion was set by other tribunals in assessing whether the post-treaty measures were in the scope of jurisdiction of investment tribunals. For example, the tribunal in *Spence v. Costa Rica* noted that “[t]o be justiciable, a breach that is alleged to have taken place within the permissible period, from a limitation perspective, must, if it has deep roots in pre-entry into force or pre-critical limitation date conduct, be independently actionable”. See ICSID. *Spence International Investments et al. v. Republic of Costa Rica*. Case No. UNCT/13/2. Interim Award of the Tribunal on Jurisdiction of 25 October 2016. Paras 217-222. URL: <https://jsumundi.com/en/document/decision/en-aaron-c-berkowitz-brett-e-berkowitz-and-trevo-r-b-berkowitz-v-republic-of-costa-rica-v-republic-of-costa-rica-interim-award-tuesday-25th-october-2016#:~:text=In%20common%20with,218>.

⁸⁵ ICSID. *Industria Nacional de Alimentos, S.A. and Indalsa Perú, S.A. (formerly Empresas Lucchetti, S.A. and Lucchetti Perú, S.A.) v. Republic of Peru*. Case No. ARB/03/4. Award of 7 February 2005. URL: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0275.pdf>.

Article 2 of the Peru-Chile BIT of 2000 stated that it did not “apply to differences or to disputes that arose prior to its entry into force”.⁸⁶ Based on this provision, Peru argued that the dispute before the tribunal arose before the Peru-Chile BIT entered into force, and the measures taken after its entry into force were the continuation of that dispute.⁸⁷ Specifically, Peru insisted that the dispute arose in 1997-1998 when municipal authorities took administrative actions, including ordering to stop the work, ordering the cessation of work and declaring Lucchetti’s construction license null and void.⁸⁸ Peru claimed that the decrees it issued in 2001, after the Peru-Chile BIT entered into force, which revoked the operating license, were not the start of a new dispute. Instead, they were merely the “latest legal measures” in the same ongoing conflict over the plant’s environmental impact.⁸⁹ Peru argued that the court judgments Lucchetti won in 1998 did not resolve the underlying conflict. They were just an “episode” in the ongoing dispute, which Peru alleged was obtained through corruption.⁹⁰ The dispute was “suppressed, not settled”.⁹¹ Peru asserted that the subject matter of the pre- and post-BIT measures was identical, which is the environmental threat the plant posed to the protected Pantanos de Villa wetlands.⁹²

Conversely, Lucchetti contended that the Pre-Existing Dispute concerned the *construction* of the plant and was definitively resolved by final and conclusive Peruvian court judgments in 1998.⁹³ Lucchetti asserted that after the Peru-Chile BIT entered into force and Peru issued new decrees in 2001, a new dispute arose.⁹⁴ It argued that the dispute was substantively different because it involved the revocation of the *operating* license and an order for the plant’s removal, whereas the earlier dispute concerned the *construction* license.⁹⁵ Lucchetti also attempted to differentiate the two disputes by arguing that it claimed a violation of its rights under the BIT, an obligation that did not exist until after the BIT entered into force.⁹⁶

⁸⁶ Agreement between the Government of the Republic of Peru and the Government of the Republic of Chile for the reciprocal promotion and protection of investments of 2 February 2000.

URL: <https://jusmundi.com/en/document/treaty/en-agreement-between-chile-and-peru-for-the-promotion-and-reciprocal-protection-of-investments-chile-peru-bit-2000-wednesday-2nd-february-2000>.

⁸⁷ ICSID. *Industria Nacional de Alimentos, S.A. and Indalsa Perú, S.A. (formerly Empresas Lucchetti, S.A. and Lucchetti Perú, S.A.) v. Republic of Peru*. Case No. ARB/03/4. Award of 7 February 2005. Paras 27–37. URL: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0275.pdf>.

⁸⁸ *Ibid.* Para 29.

⁸⁹ *Ibid.* Para 44.

⁹⁰ *Ibid.* Para 43.

⁹¹ *Ibid.* Para 37.

⁹² *Ibid.* Para 44.

⁹³ *Ibid.* Para 36.

⁹⁴ *Ibid.* Para 40.

⁹⁵ *Ibid.* Para 42.

⁹⁶ *Ibid.* Paras 46, 58.

The tribunal sided with Peru. In order to determine whether the prior dispute continued into a new dispute after the Peru-Chile BIT entered into force, the tribunal employed the “same subject matter” and the “same real causes” test.⁹⁷ In other words, it analysed whether “the facts or considerations that gave rise to the earlier dispute continued to be central to the later dispute”.⁹⁸ The tribunal analysed the text of Decree 259 and noted that its lengthy preamble explicitly recounts and relies on the events of the 1997-1998 conflict, including the environmental concerns and the earlier litigation.⁹⁹ Based on these references, the tribunal found that “the reasons for the adoption of Decree 259 were thus directly related to the considerations that gave rise to the 1997/98 dispute”.¹⁰⁰ Therefore, it concluded that the disputes shared the “same origin or source”.¹⁰¹ The tribunal also rejected Lucchetti’s argument that the Peruvian court rulings in 1998 had a *res judicata* effect (i.e. the effect of ending the prior dispute) because the facts indicated that the “original dispute continued” as a practical and political matter.¹⁰² Finally, the Tribunal rejected the argument that simply alleging a BIT violation could create a new dispute. It stated that such an interpretation would have the effect of “nullifying or depriving of any meaning the *ratione temporis* reservation” in Article 2 of the Peru-Chile BIT.¹⁰³

This award is flawed for several reasons. First, the tribunal employed the “same subject matter” and the “same real causes” test with no proper explanation of why it would be applicable in that case. The tribunal referred to the *CMS v. Argentina* case,¹⁰⁴ where the “same subject matter” test was employed.¹⁰⁵ However, the tribunal failed to mention that this test was employed by the *CMS v. Argentina* tribunal for a purpose other than determining jurisdiction *ratione temporis*. In that case, the purpose of this test was to determine whether later government actions could be included as “ancillary claims” within a single, ongoing arbitration or whether CMS had to file a new request for arbitration, as argued by Argentina.¹⁰⁶

⁹⁷ Ibid. Para 50.

⁹⁸ Ibid.

⁹⁹ Ibid. Para 51.

¹⁰⁰ Ibid. Para 53.

¹⁰¹ Ibid. Para 53.

¹⁰² ICSID. *Industria Nacional de Alimentos, S.A. and Indalsa Perú, S.A. (formerly Empresas Lucchetti, S.A. and Lucchetti Perú, S.A.) v. Republic of Peru*. Case No. ARB/03/4. Award of 7 February 2005. Para 56. URL: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0275.pdf>.

¹⁰³ Ibid. Para 59.

¹⁰⁴ Ibid. Para 50.

¹⁰⁵ ICSID. *CMS Gas Transmission Company v. The Argentine Republic*. Case No. ARB/01/8. Decision of the Tribunal on Objections to Jurisdiction of 17 July 2003. Para 109. URL: https://jsumundi.com/fr/document/decision/en-cms-gas-transmission-company-v-the-argentine-republic-decision-on-jurisdiction-thursday-17th-july-2003#decision_774~:text=At%20the%20outs%20of,burden%20has%20been%20met.

¹⁰⁶ Ibid. Para 101.

Second, the *CMS v. Argentina* tribunal focused on analysis under the “same subject matter” test on the effect Argentina’s measures had on CMS’s investment. Namely, the tribunal found that “alleged loss by CMS of its investment... caused... by the interference... with the tariff regime”.¹⁰⁷ By contrast, the *Lucchetti v. Peru* tribunal focused on Peru’s stated motivation for the enactment of the measures (protecting the Pantanos de Villa wetlands),¹⁰⁸ and not on the effect on Lucchetti’s investment. This approach is state-centered as it provides the leverage for the state to dictate what its motivation was for certain measures. In such a case, the state may provide the same rationale for the post-treaty measures as the rationale for the pre-treaty measures.

Third, the Singapore High Court in the set-aside proceedings of the Permanent Court of Arbitration (hereinafter — PCA) award in *Swissbourn Diamond Mines (Pty) Limited, Josias Van Zyl, The Josias Van Zyl Family Trust and others v. The Kingdom of Lesotho*, provided its opinion regarding the test employed by the *Lucchetti v. Peru* tribunal. The Singapore High Court stated that it was unclear which test was employed by the tribunal, because the award mentions both “subject matter” and “real causes” and treats them as “synonymous”, with which the Singapore High Court disagreed. The court referred to the Concise Oxford Dictionary, which defines “‘subject matter’ as ‘the matter treated of in a ... lawsuit’”, while the “cause” was defined as something that “gives rise to an action”, and “‘origin’ as ‘a beginning or starting-point.’”¹⁰⁹ The Singapore High Court noted its preference for the “cause of action” approach over the “subject matter” test, arguing that the former provides a clear distinction between the “facts that are background to the dispute from the facts that are core to the claim”, in which the subject matter test does not assist.¹¹⁰ The author agrees with the comment of the Singapore High Court, as the

¹⁰⁷ Ibid. Para 118.

¹⁰⁸ ICSID. *Industria Nacional de Alimentos, S.A. and Indalsa Perú, S.A. (formerly Empresas Lucchetti, S.A. and Lucchetti Perú, S.A.) v. Republic of Peru*. Case No. ARB/03/4. Award of 7 February 2005. Para 51. URL: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0275.pdf>.

¹⁰⁹ PCA. *Swissbourn Diamond Mines (Pty) Limited, Josias Van Zyl, The Josias Van Zyl Family Trust and others v. The Kingdom of Lesotho*. Case No. 2013-29, Judgment of the High Court of Singapore [2017] SGHC 195. Para 128. URL: https://jsumundi.com/en/document/decision/en-swissbourn-diamond-mines-pty-limited-josias-van-zyl-the-josias-van-zyl-family-trust-and-others-v-the-kingdom-of-lesotho-judgment-of-the-high-court-of-singapore-on-the-set-aside-application-monday-14th-august-2017#decision_1567:-:text=It%20is%20not%20clear,beginning%20or%20starting%20point.%22.

¹¹⁰ PCA. *Swissbourn Diamond Mines (Pty) Limited, Josias Van Zyl, The Josias Van Zyl Family Trust and others v. The Kingdom of Lesotho*. Case No. 2013-29, Judgment of the High Court of Singapore [2017] SGHC 195. Para 130. URL: https://jsumundi.com/en/document/decision/en-swissbourn-diamond-mines-pty-limited-josias-van-zyl-the-josias-van-zyl-family-trust-and-others-v-the-kingdom-of-lesotho-judgment-of-the-high-court-of-singapore-on-the-set-aside-application-monday-14th-august-2017#decision_1567:-:text=It%20is%20not%20clear,beginning%20or%20starting%20point.%22.

tribunal failed to analyse the facts that are core to the claim, but merely relied on the preamble of Decree 259 that referred to the Pre-Existing Dispute. The tribunal essentially allowed the background (the 1997-1998 conflict) to swallow the core claim (the 2001 revocation of an operation license). Instead, the tribunal should have analysed the core of Lucchetti's claim.

Fourth, the approach of the tribunal in *Lucchetti v. Peru* in deciding whether disputes are the same or distinct shows that the states can continue taking measures post-treaty by even artificially linking them to the Pre-Existing Dispute. In such cases, the investors will be fully deprived of their investment, and the states will not be liable for their wrongdoing. Instead of simply concluding that the preamble of Decree 259 referred to the Pre-Existing Dispute, therefore forming a single dispute, the tribunal should have employed the "independently actionable breach" test as the first step to analyse whether Decree 259 could be adjudicated without first deciding on the pre-treaty measures. If the outcome were positive, it should then have decided when the dispute based on this independently actionable breach arose.

Fifth, such an approach puts the investor in an unequal position with the state, as the state that is aware of the language of its treaties on investment protection with the home state of the investor, or is even aware of the draft versions of such treaties. Therefore, the state can craft its measures in a way that may lead to the avoidance of jurisdiction *ratione temporis*. This allows a state to create its jurisdictional defence, undermining the stability and predictability that investment treaties are meant to provide.

Sixth, the tribunal failed to properly analyse the nature of a legal dispute, which, in the author's opinion, must be linked to the specific measures being challenged. Lucchetti's claim on its face was triggered by the 2001 Decrees.¹¹¹ The tribunal should have assessed whether it had jurisdiction over a claim framed in this way. This is particularly pertinent given that the tribunal noted that the dispute must have "clearly conflicting legal or factual claims bearing on their respective rights or obligations".¹¹² The parties could not have had "clearly conflicting legal or factual claims bearing on their respective rights or obligations" in relation to all measures of Peru and led to the arising of the dispute in 1997–1998, if the disputed measures took place in 2001. Lucchetti simply could not have had any claims relating to the 2001 measures in 1997–1998.

¹¹¹ ICSID. *Industria Nacional de Alimentos, S.A. and Indalsa Perú, S.A. (formerly Empresas Lucchetti, S.A. and Lucchetti Perú, S.A.) v. Republic of Peru*. Case No. ARB/03/4. Award of 7 February 2005. Para 40. URL: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0275.pdf>.

¹¹² *Ibid.* Para 48.

This approach is flawed because the notion of a dispute must include the timing of the disputed measures. Lucchetti argued that the 1997–1998 dispute ended with Peru's court confirming the illegality of the municipality's measures.¹¹³ Lucchetti then initiated arbitration, arguing that the dispute before the tribunal was triggered by "Decrees 258 and 259, which resulted in the cancellation of Claimants' production license and the order for the removal of their plant" in 2001.¹¹⁴ This means that Lucchetti initiated arbitration based on the post-BIT measures. This is different from cases where investors argue that there is jurisdiction *ratione temporis* based on a post-treaty court decision (that is based on the pre-treaty acts), claiming that it is a denial of justice. In such cases, tribunals decide that framing the claims as a denial of justice to pass the jurisdictional bar is not sufficient if the tribunal still must assess the pre-treaty measures to find that the court's decision constituted a denial of justice, meaning that it will not satisfy the "independently actionable breach" test.¹¹⁵ Hence, if the tribunal in *Lucchetti v. Peru* did not have to assess the legality of the pre-BIT measures to decide on the legality of the post-BIT measures, the tribunal could have determined when the dispute arose based on the post-BIT measures only.

Based on this case, it is evident that provisions excluding the Pre-Existing Disputes play a significant role in determining jurisdiction *ratione temporis*. The problem with the differentiation of disputes for such a purpose is rooted in the fact that there is no unified approach to defining a dispute. The definition provided by the PCIJ in the *Mavrommatis Palestine Concessions* case gives a broad idea of the concept of a dispute; however, it does not explain what the essential components of the dispute are to be able to differentiate between two disputes. While it is clear that there should be a disagreement, it is not clear whether the disagreement must be based on all measures taken by the state or whether one can conclude that a dispute arose because there was a disagreement over one measure and connect the subsequent measures to the existing dispute. This article argues against the position that a dispute can only arise based on the initial measures in a sequence, as it may lead to a dangerous situation in which the tribunal is found not have jurisdiction *ratione temporis* because the post-BIT measures are connected to the Pre-Existing Dispute (and the method of such finding might also be questionable). This would

¹¹³ Ibid. Para 18.

¹¹⁴ ICSID. *Industria Nacional de Alimentos, S.A. and Indalsa Perú, S.A. (formerly Empresas Lucchetti, S.A. and Lucchetti Perú, S.A.) v. Republic of Peru*. Case No. ARB/03/4. Award of 7 February 2005. Para 40. URL: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0275.pdf>.

¹¹⁵ ICSID. *Astrida Benita Carrizosa v. Republic of Colombia*. ICSID Case No. ARB/18/5. Award of 19 April 2021. Paras 156, 161. URL: <https://jsumundi.com/en/document/decision/en-astrida-benita-carrizosa-v-republic-of-colombia-award-monday-19th-april-2021>.

allow the state to continue taking measures by linking them to the Pre-Existing Dispute. In such a case, the investor's rights will not be protected, and investment arbitral practice will not achieve its goal of becoming more predictable.

Conclusion

The notion of a dispute should not play any role in determining jurisdiction *ratione temporis* when investment protection treaties do not explicitly provide for the exclusion of pre-existing disputes from the scope of their application. While some parties and tribunals do understand this, others base their arguments and analysis on jurisdiction *ratione temporis* on when the dispute arises. This additional exercise is unnecessary and incorrect in the absence of an explicit treaty exclusion, as it introduces a new criterion for passing the jurisdictional bar despite the lack of the contracting parties' agreement. Such practice demonstrates that there is a confusion between the notions of "disputes" and "measures", and not enough importance is given to the difference between them. If we indeed follow the approach of considering the timing of the dispute, even in cases of the Silent Treaties, it makes the clauses excluding the Pre-Existing Disputes in the Non-Silent Treaties simply redundant. This blurs the boundaries between the two types of treaties. Such a line of thinking would go against the principle of non-retroactivity under which it is the timing of the measures that affects the scope of the treaty's application, and not the timing of disputes.

As for the investment arbitration cases with the Non-Silent Treaties, the tribunals also tend to be inconsistent in their explanations of when a dispute arises to determine jurisdiction *ratione temporis*. What is clear is that there should be a disagreement between the parties over disputed measures. However, some tribunals do not exactly apply their explanation of when the disputes may arise to the facts of the cases before them, or do so with little detail. Even worse, some tribunals, after having established that a dispute arose post-treaty, apply the treaty to the pre-treaty acts to find a violation. However, just because the dispute arises post-treaty and therefore falls within the scope of the tribunal's jurisdiction does not allow for application of the treaty to the pre-treaty acts of the state in violation of the non-retroactivity principle. This would give a greater role to the notion of a dispute than it has, i.e., it is limited to the determination of jurisdiction *ratione temporis* in cases of the Non-Silent Treaties. To avoid the violation of the non-retroactivity principle, tribunals can apply either a previous investment protection treaty in force or customary international law to substantive obligations if the treaty in question does not extend its scope of application to the pre-treaty measures.

Lastly, when tribunals must decide if they have jurisdiction when investors claim that there has been a continuing breach in cases of the Silent Treaties, tribunals will only have jurisdiction *ratione temporis* over the post-treaty acts if they can constitute an independently actionable breach. However, in cases of the Non-Silent Treaties, when tribunals must determine whether a dispute before them arose post-treaty, or is a continuation of the Pre-Existing Dispute, they sometimes fail to provide a more detailed analysis of the case by employing ambiguous legal tests. This leads to a risky situation, where a tribunal, employing a vague test, decides that the dispute before it is connected to a Pre-Existing Dispute, without going into detail in relation to the measures taken by the state post-treaty. This allows the state to continue taking measures against the investor by linking the post-treaty measures to the Pre-Existing Dispute, even artificially. Such a situation puts an investor at risk of being deprived of their investment, and with no subsequent remedy. Hence, tribunals in cases of the Non-Silent Treaties should also employ the “independently actionable breach” test as the first step, and as the second step, determine when the dispute arose in relation to this independently actionable breach. Otherwise, a dispute could arise before the state takes the rest of the measures, even if the investor claims that there has been a breach only in relation to the post-treaty measures.

Список литературы / References

1. Baumgartner, J. (2017). The significance of the notion of dispute and its foreseeability in an investment claim involving a corporate restructuring. *Journal of World Investment & Trade*, 18(2), 201–231. <https://doi.org/10.1163/22119000-12340035>
2. Gattini, A. (2017). Jurisdiction *ratione temporis* in international investment arbitration. *The Law and Practice of International Courts and Tribunals*, 16, 139–158. <https://doi.org/10.1163/15718034-12341345>
3. Juratowitch, B., & McArthur, J. (2024). Article 28 of the VCLT: Non-retroactivity of treaties. In A. Kulick & M. Waibel (Eds.), *General International Law in International Investment Law: A Commentary*. Oxford University Press, 85–99. <https://doi.org/10.1093/law/97801928499>
4. Palchetti, P. (2018). Dispute. *Max Planck Encyclopedia of International Procedural Law*, 1–18.
5. Sabahi, B., & Rubins, N. (2019). Jurisdiction *ratione temporis*. In B. Sabahi, N. Rubins, & D. Wallace Jr. (Eds.), *Investor-State Arbitration* (2nd ed., pp. 412–431). Oxford University Press. <https://doi.org/10.1093/law/9780198755760.003.0012>

D. Baktybekova. The notion of a dispute in determining jurisdiction *ratione temporis*...

6. Schreuer, C. (2014). Jurisdiction and applicable law in investment treaty arbitration. *McGill Journal of Dispute Resolution*, 1(1), 1–25.
7. Schreuer, C. H., Malintoppi, L., Reinisch, A., & Sinclair, A. (2009). *The ICSID Convention: a commentary* (2nd ed.). Cambridge University Press.
8. Yee, S. (2019). Article 40. In A. Zimmermann, C. Tomuschat, K. Oellers-Frahm, & C. J. Tams (Eds.), *The Statute of the International Court of Justice* (3rd ed.). Oxford University Press, 1623–1749.

ISDA master agreement as a source of *lex mercatoria* in the international derivatives market

A. Klementiev

HSE University, Moscow, Russia
aklementiev@hse.ru
ORCID: 0000-0002-6598-507X

Abstract

International financial markets play a vital role in the modern market economy. Among the instruments traded in these markets, derivative contracts are of particular interest. Over-the-counter derivatives are widely used to allocate risks pertaining to commercial activity. In contrast to many other commercial transactions, derivative products are documented based on model contracts produced by the professional community. The ISDA Master Agreement is by far the most influential of these. This framework contract is published by the International Swaps and Derivatives Association (hereinafter — ISDA), a private corporation established in 1985 to represent swap dealers and promote swaps contracts in general. Currently ISDA is a driving force behind the regulation of over-the-counter financial markets on a global scale. The prevailing use of its standard agreements may lead to the conclusion that ISDA documentation is a part of *lex mercatoria*, the a-national legal order not relying on any state law. Many scholars in the field of private international law tend to share this view. The article maintains that a connection to the laws of common law jurisdictions such as the state of New York and England and Wales is a strong argument against the status of ISDA agreements as transnational law. Apart from that it considers contractual self-help remedies, such as suspension of performance and close-out netting, as evidence of transnational and autonomous nature of ISDA documentation. Though their existence seems more convincing than the wide use of ISDA templates alone, these provisions are interpreted by national courts in reliance on the rules of applicable law. In the conclusion the author notes that, despite their importance in financial markets, the ISDA Master Agreements by no means operate as *contrat sans loi*. Therefore, they lack the degree of autonomy demonstrated by the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts and some of the International Chamber of Commerce (hereinafter — ICC) publications, and cannot be considered the sources of *lex mercatoria* in the strictest sense. However, given its enormous experience, the ISDA may, in future, draft a contractual instrument not connected to any national legal order. At present, in response to the need to update its standard documentation in the wake of the UK's exit from the European Union, ISDA has

chosen to re-subordinate its 2002 model contracts to the laws of France and the Republic of Ireland, rather than publish contracts that are not governed by the law of any state.

Key words: derivative, financial market, derivative financial instrument, *lex mercatoria*, ISDA, transnational law, framework contract, standard documentation

Citation: Klementiev A. ISDA master agreement as a source of *lex mercatoria* in the international derivatives market. *HSE University Journal of International Law*. 2025. Vol. 3. No. 2. P. 79–99.

Alexey P. Klementiev — assistant professor of the School of Legal Regulation of Business, Faculty of Law, candidate of sciences in law.

Генеральное соглашение ISDA как источник *lex mercatoria* на международном рынке деривативов

А.П. Клементьев

Национальный исследовательский университет

«Высшая школа экономики», Москва, Россия

aklementiev@hse.ru

ORCID: 0000-0002-6598-507X

Аннотация

Международные финансовые рынки выступают важной частью современной экономики. Среди многочисленных финансовых инструментов, обращающихся на этих рынках, выделяются деривативные контракты. Внебиржевые деривативы широко используются для распределения рисков, связанных с коммерческой деятельностью. В отличие от многих других коммерческих сделок, производные продукты документируются на основе типовых контрактов, самостоятельно составляемых профессиональным сообществом. Важнейший из таких контрактов — Генеральное соглашение ISDA. Этот рамочный контракт опубликован Международной ассоциацией свопов и деривативов ISDA — частной корпорацией, созданной в 1985 году для представления интересов своп-дилеров и для продвижения свопов в целом. ISDA в настоящее время является движущей силой регулирования внебиржевых финансовых рынков в глобальном масштабе. На основании превалярующего использования ее стандартных соглашений можно сделать вывод, что документация ISDA является частью современного *lex mercatoria*, наднационального правового порядка, не опирающегося на какую-либо национальную систему права. Многие ученые в области международного частного права склонны разделять эту точку зрения. В статье утверждается, что тесная связь с законами юрисдикций общего права, таких как штат Нью-Йорк и Англия и Уэльс, является весомым аргументом против статуса соглашений ISDA как источников

транснационального права. Кроме того, в статье рассматриваются договорные средства правовой защиты, такие как приостановление исполнения и ликвидационный неттинг, как доказательство транснациональной и автономной природы документации ISDA. Хотя их наличие кажется более убедительным, чем широкое использование проформ ISDA, эти положения интерпретируются национальными судами с опорой на нормы государственного права. В заключение автор отмечает, что генеральные соглашения ISDA, несмотря на их важность на финансовых рынках, ни в коем случае не действуют как контракт «без закона» (*contrat sans loi*). Поэтому им не хватает той степени автономии, которую демонстрируют Принципы международных коммерческих контрактов УНИДРУА и некоторые публикации Международной торговой палаты (далее — МТП), и они не могут считаться источниками *lex mercatoria* в строгом смысле. Тем не менее, задействуя свой огромный опыт и репутацию на финансовом рынке, ISDA способна создать в будущем договорный инструмент, который бы не опирался ни на один национальный правопорядок. В настоящее же время, столкнувшись с необходимостью обновления стандартной документации на фоне выхода Соединенного Королевства из состава Европейского союза, ISDA предпочла переподчинить свои типовые договоры 2002 года праву Франции и Республики Ирландия вместо того, чтобы опубликовать договоры, не подчиненные праву какого-либо государства.

Ключевые слова: дериватив, финансовый рынок, производный финансовый инструмент, *lex mercatoria*, ISDA, трансграничное право, рамочное соглашение, стандартная документация

Для цитирования: Клементьев А. П. Генеральное соглашение ISDA как источник *lex mercatoria* на международном рынке деривативов. *Журнал ВШЭ по международному праву / HSE University Journal of International Law*. 2025. Том 3. № 2. С. 79–99.

Алексей Петрович Клементьев — доцент Департамента правового регулирования бизнеса факультета права, кандидат юридических наук.

Introduction

In recent decades, derivative products such as swaps, options, forwards and futures have become a critical component of the modern market economy. They get a lot of praise for risk distribution opportunities allowing financial institutions, governments and corporations to hedge their existing exposures. However, the reputation derivatives currently have is somewhat controversial. Following a massive financial crisis that erupted in 2007, privately negotiated derivative contracts, especially credit default swaps, gained unprecedented attention and became a subject of vigorous scholarly research. According to the view widely shared in scientific and business communities, one of the reasons behind the

crisis was a lack of regulation in the derivatives market. Following the G20 Pittsburgh summit in 2009, sovereign states implemented regulatory reforms to address the systematic risks associated with derivatives. This resulted in stricter rules governing the financial sector. In this new reality, traders in derivatives as well as their clients have to deal with the regulatory burden. They often need to report their derivative transactions, submit their contracts for central clearing via central counterparties, and make additional margin transfers to reduce counterparty risk.

Despite the importance of regulatory aspects, issues of international private law relating to cross-border derivative products still remain relevant. Privately negotiated derivatives have relied on standard contracts published by industry associations. Wide use of model contractual templates allows market participants to save time, minimise transactional costs, and increase the predictability of their contractual relationships. This publication attempts to ascertain whether the ISDA Master Agreement, the most popular standard contract used in the derivatives market, may be considered a full-fledged source of modern *lex mercatoria*, or the new law merchant.

According to this concept, the commercial community is capable of creating the third legal order in addition to international public law and the laws of sovereign states. Since its inception in the middle of the XX century, the theory of the new *lex mercatoria* has sparked a wide debate among international lawyers. The scope and sources of the *lex mercatoria* remain unclear to this day. Nevertheless, within the present article, we shall treat it as an autonomous system of rules not connected to a governing law of any state. In addition to the *lex mercatoria* we will also refer to “*transnational commercial law*” and “*law merchant*”. Although these concepts may have different meanings in the legal doctrine, here we treat them as synonyms. Sometimes we will use the terms the “new law merchant” or the “new *lex mercatoria*” to distinguish the reinvented *lex mercatoria* from the “old” law merchant.

The first part of this article introduces the general concept of *lex mercatoria*. It refers to the founding fathers of the new law merchant and makes a particular emphasis on international commercial arbitration as the main method of dispute resolution associated with the concept. On top of that, it summarises the views of international scholars advocating the transnational status of the ISDA Master Agreement. As this model contract provides a legal framework for derivatives — sophisticated financial instruments generally unknown to the wider public — the author gives some introductory information on derivatives in the second part of this publication. The third part sheds light on the ISDA Master Agreement itself. It highlights the structure of this model contract, provides some historical information as well as describing other elements of the ISDA standard

documentation, in particular the ISDA definitional booklets. The final section of the present publication contains a critical analysis of the *lex mercatoria* concept in connection with the ISDA Master Agreement as its source. The conclusion outlines the results of the present research.

1. *Lex mercatoria* as a transnational legal order

Lex mercatoria initially emerged in Europe in the Middle Ages as an autonomous body of commercial law, consisting of trade customs and practices. At the time, merchants managed to establish the rules governing their commercial behavior and resolve disputes associated with international commercial transactions based on these autonomous rules. In England, the jurors of these courts were represented by foreign and local merchants, which incentivised merchants from abroad to submit their mercantile disputes to English commercial courts (Goode &McKendrick, 2010, p. 4).

The first doctrinal text on the subject was published by G. Malynes, an English merchant and tradesman. Having served as a commissioner of trade in the Low Countries and frequently advised the Privy Council on the matters of international commerce, Malynes was well acquainted with the rules of international trade. He defined *lex mercatoria* as the customary law of the merchants built upon the foundations of Reason and Justice (Malynes, 1622).¹

In the 1960s, B. Goldman and C. Schmithoff, the fathers of the new *lex mercatoria*, revisited the concept. According to their views, the contemporary business community is able to regulate itself based on a-national rules, mostly in the same manner as their predecessors in Medieval Europe did. K. P. Berger, a German legal scholar and arbitrator, argues that the list of the founding fathers of transnational mercantile law is not limited to B. Goldman and C. Schmithoff, but also includes other European scholars, such as C. Fragistas, A. Goldstajn, P. Kahn, and P. Fouchard (Berger, 1999, p. 1–2).

The gradual recognition of the existence of the new law merchant in contemporary context has been described as “one of the most remarkable developments in international commercial law over the last fifty years” (Cuniberti, 2013, p.369). The whole concept of the new *lex mercatoria* is closely related to the alternative resolution of international commercial disputes through arbitration. Notwithstanding the fact that arbitration has a long history, legal scholarship still lacks a universally accepted definition of that phenomenon (Ferrari & Rosenfeld, 2021, p.1). Generally, arbitration is a private mode of resolving disputes and controversies based on the mutual agreement of the parties involved. In recent decades, international commercial

¹ Available at: <https://quod.lib.umich.edu/e/eebo/A06786.0001.001/1:5?rgn=div1;view=fulltext>.

arbitration has become the preferred way of adjudication in cross-border trade due to numerous advantages it has over litigation in state courts. Among those advantages is the ability of the arbitral tribunal to resolve a case based on a-national rules rather than national laws.

E. Gaillard, a prominent international arbitrator and co-author of the renowned treatise on the subject (Fouchard, Gaillard, & Goldman, 1996), examined *lex mercatoria* through the lens of international commercial arbitration. He noted that specialists in the field of arbitration almost unanimously recognise the existence of *lex mercatoria* within their domain. Such recognition should not come as a surprise since reliance on informal sources of law generally contributes to the attractiveness of international commercial arbitration. Nevertheless, they said, there is still some room for debate among those who, in theory, should strongly support the existence of an autonomous legal order in the field of international commerce. According to Gaillard, the very heart of the debate over *lex mercatoria* gradually shifted from the mere existence of transnational commercial law to its scope and methodology (Gaillard, 2001, p. 59–60).

The views on the new merchant vary outside the alternative dispute resolution community. V. Kanashevskiy, a prominent Russian researcher in the field of private international law, argues that three views on the concept of *lex mercatoria* are featured in contemporary scientific debate. The first, and the most radical, view is that the new law merchant is an autonomous legal system different from national laws and existing independently of them. The second view is that *lex mercatoria* in the modern age is merely a set of rules sufficient to resolve international commercial disputes. Accordingly, the new law merchant serves as an alternative to national laws when resolving a particular case, which otherwise would have been applicable. The third view is minimalistic as it denies *lex mercatoria* as a self-sufficient legal system. Its supporters maintain that *lex mercatoria* is simply a codification of customs existing in international trade (Kanashevskiy, 2019, p. 393). Those customs are recognised by sovereign states and are often applied by judges in commercial courts of those states. They enjoy the status of the sources of domestic law, alongside statutes, case law, and international treaties.

Another important issue to decide is where one can find the rules of *lex mercatoria*. Naturally, adjudicating legal disputes between international businessmen should rely on some kind of authority. K. P. Berger claims that we are witnessing the creeping codification of the new *lex mercatoria*. Therefore, *lex mercatoria* has already reached an advanced stage in its development. Codification agents, mainly international organisations focusing on the law of international trade, play a leading role in this process. For instance, the

International Institute for the Unification of Private Law (hereinafter — UNIDROIT) has published the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts.² According to their preamble, this set of legal principles may be used as the governing law of an international commercial contract whenever the parties refer to *lex mercatoria*, general principles of law or use analogous contractual language. Another codification agent is the United Nations Commission on International Trade Law (hereinafter — UNCITRAL). Its mandate includes the progressive harmonisation and modernisation of the law of international trade. Within its mandate, UNCITRAL develops and promotes non-legislative instruments alongside international treaties in various areas of commercial law. ICC is yet another example of a codification agent in the domain of international trade. Being one of the largest business organisations in the world, ICC publishes rules and guidelines for international lawyers, arbitrators, bankers and traders. Its best-known publications include Uniform Customs and Practice for Documentary Credits, Incoterms and the Uniform Rules for Demand Guarantees.

Notably, B. Goldman and C. Schmithoff, whose legacy remains authoritative, also focused on the activities of private international trade associations in their attempts to identify the sources of the new *lex mercatoria*. Goldman, a French legal scholar and the founder of the Dijon School, gave one of them credit for shaping the laws of international trade. In his groundbreaking article of 1964 (Goldman, 1964), he dwelled upon the work of the London Corn Trade Association. Schmithoff, a German-born scholar turned English barrister, emphasised the importance of model contracts and adhesion rules in international commercial relations. According to Schmithoff's view, a model contract form "is a specimen form to which the lawyer or businessmen will turn when charged with the duty of drafting a contract and which will be altered and adapted to meet the situation at hand" (Schmithoff, 1968, p. 551). Alongside mentioning the London Corn Trade Association, as Goldman did, he also referred to the standard documentation of the Association of Corn Merchants of Hamburg, the Bremen Cotton Exchange, the Silk Association of America and the International Wool Textile Organisation.

Although ISDA was established in the 1980s and rose to prominence in the 1990s, it seems logical that the founding fathers of the new law merchant would have included the ISDA Master Agreement in their list of the sources of *lex mercatoria*. Within contemporary financial markets, the ISDA plays a role, similar to the one demonstrated by the trade associations in corn, cotton, and textile industries, which attracted the attention of Schmithoff and Goldman.

² UNIDROIT (2016) Principles of International Commercial Contracts. URL: <https://www.unidroit.org/wp-content/uploads/2021/06/Unidroit-Principles-2016-English-bl.pdf>.

While adjudicating a case in an English court related to the insolvency of Lehman Brothers investment bank, Judge Briggs noted that the ISDA Master Agreement governed the majority of derivative contracts on a global scale.³ This view is supported by several legal scholars in the field of financial markets (Charles, 2009, p. 14–15).

More importantly, the significance of the ISDA Master Agreement in the world of international finance is not limited to its wide use. In particular, Berger praised the ISDA for its efforts in creating legal rules. He notes that the ISDA's work is comparable to the efforts undertaken by UNCITRAL, UNIDROIT and the Hague Conference on Private International Law (Berger, 2010, p. 44). When discussing the existence of *lex mercatoria* in international financial markets, the Center for Transnational Law (hereinafter — CENTRAL) pinpoints to the ISDA as well as the ICC and the Loan Market Association (hereinafter — LMA).⁴ According to CENTRAL, uniform rules of a private nature drafted by the ISDA, the ICC and the LMA dominate the field of international banking and finance.

M. Borowicz treats the ISDA Master Agreement as a regulatory contract. The principal feature of such instruments is that they limit the ability of their users to deviate from contractual terms (Borowicz, 2021, p. 72, 81). Thus, the ISDA Master Agreement resembles the legal rules imposed by sovereign states. J. Braithwaite notes that the transnational status of the ISDA documentation is widely accepted in the literature on international private law (Braithwaite, 2020, p. 308). Another supporter of the autonomous status of ISDA documentation is J.H. Dalhuisen, a Dutch scholar and prominent researcher in the field of transnational commercial law, as well as the author of a six-volume treatise on the subject. In line with Dalhuisen's views, professional institutions dealing with international commercial and financial transactions are capable of developing substantive transnational law when these commercial operations are concerned. This substantive law constitutes non-territorial, non-statist legal order, and ISDA acts as a law-maker for international swaps markets within this order (Dalhuisen, 2013, p. 354).

Therefore, the concept of *lex mercatoria* and its scope is a matter of ongoing dispute. The variety of views on its sources is really great. However, in our view, the whole concept makes sense when seen as an autonomous regulator of international trade and commerce, operating on top of other sources of law. Otherwise, it would be extremely complicated to draw the line between national laws and sources of *lex mercatoria*. Transnational commercial law requires much autonomy, and the addition of the ISDA to its rules should be subject to its autonomous nature, similar to that shown by the UNIDROIT

³ Lomas v JFB Firth Rixson [2011] 2 B.C.L.C.120.

⁴ See: https://arbinfinanz.uni-koeln.de/lex-mercatoria_ID13.

Principles. To find an answer, we must shed some light on the ISDA and its operations.

2. Derivatives markets and the rise of ISDA as the leading derivatives industry association

The ISDA is a professional association operating in derivatives markets. Hence, before discussing the status of the ISDA Master Agreement in relation to the new law merchant, it is sensible to focus on the legal features of derivatives. According to the statistics maintained by the Bank for International Settlements, the nominal value of interest rate and foreign exchange derivatives exceeds 18 billion US dollars.⁵ The current size of the derivatives market exceeds the annual gross domestic product. Unsurprisingly, these financial instruments have a significant impact on the world economy.

Nowadays these instruments are in high demand by the actors involved in international trade, as they allow importers, exporters and multinational corporations to manage the risks associated with their commercial operations (Kolb & Overdahl, 2003, p. 69). Despite their innovative character and reliance on modern technology, derivatives have quite a long history. For instance, futures trading took place in the XVI century when contracts for the sale of rice and tulips traded on exchanges in Japan and Holland (James, 1999, p. 1). Moreover, some say that the simplest forms of derivatives date back to antiquity (Benjamin, 2007, p. 64). Thales, a Greek philosopher, is viewed as the first option trader.⁶

Trading in derivatives has grown dramatically in the second half of the XX century, following the collapse of the Bretton Woods international currency system (Benzler, 1999, p. 31n13). Another important factor in the development of the derivatives industry was the progress made by financial scientists. They proposed a mathematical model for valuation of options that was widely adopted by banks and other financial institutions. Currently, derivatives form a wide variety of contractual instruments. Apart from deliverable contracts involving fungible goods, securities and foreign currencies, derivatives are represented by numerous contracts that are settled exclusively in cash. Cash settlement allows the parties to tie contractual performance to virtually any asset, rate or event. Moreover, some authors argue that contracts with physical settlement should not be considered derivatives. Proponents of the view include S. James, whose note that commodity contracts should not be normally viewed

⁵ See OTC derivatives statistics:
https://data.bis.org/topics/OTC_DER/tables-and-dashboards/BIS_DER_D5_1.1.0.

⁶ Foulke, D. (29 November 2013) Thales—The World's First Option Trader? *Alphaarchitect*. URL: <https://alphaarchitect.com/2013/11/9491/>.

as derivatives (James, 1999, p.3n21). Another supporter of this attitude is G. Reiner, a German legal scholar (Reiner, 2002, p. 14).

Although derivatives have been around for quite some time, it may prove problematic to formulate a generic definition that encompasses all types of derivatives (Kolb & Overdahl, 2003, p. 1n20). The terminological confusion surrounding derivatives may prevent regulators from understanding their legal nature, thus creating loopholes in their legal treatment. M. Armitage views them as “private, bilateral arrangements between counterparties trading financial instruments such as forwards, options swaps or combinations of the aforementioned” (Armitage, 2022, p.317,322). According to J. Benjamin, derivatives are bilateral contracts whereby the rights and duties of the parties are tied to a specific asset class, or benchmark and where performance takes place at a remote date. German scholar M. Benzler describes them as bilateral (*zweiseitige*) transactions with performance depending on the occurrence of a certain future event (Benzler, 1999, p. 29n13).

Thus, derivatives have three key features. Firstly, they take the form of bilateral commercial contracts. According to the alternative view, in addition to contractual instruments, derivatives may exist in the form of fungible securities (Gaudemet, 2016, p. 49, 51). However, this view is not shared by the majority of scholars in the field of international financial markets. Financial regulators and the courts in most cases do not treat derivatives as securities in the legal sense of this word. Having said that, we will also consider derivatives as commercial contracts mostly containing a promise by a party to pay a certain amount of money to its counterparty. The second unique feature of derivatives is their dependence on the value of another asset, such as an index, a security, a commodity or foreign currency. Finally, the performance of a derivative contract usually takes place at a later date than the date of its conclusion. According to J. Braithwaite, when these instruments are used by pension funds, the tenure of the instrument may amount to 20 years (Braithwaite, 2020, p. 15n17).

Depending on the place of performance, derivative contracts fall into one of the two categories: on-exchange agreements and privately negotiated contracts concluded over-the-counter without the involvement of an exchange as a coordinating authority. The simplest type of over-the-counter derivatives contract, the deliverable forward, envisages the delivery of a security, cash in a certain currency or a commodity at a certain pre-agreed date. Non-deliverable forward is more complex as the parties thereto should settle in cash depending on the underlying asset price at the delivery date. Futures are very similar to forwards, although futures trading takes place exclusively on organised markets. Options are derivative contracts with asymmetric risk structure and may be traded on or off exchange. An option buyer usually assumes the right,

but not the obligation, to buy or sell a certain asset in exchange for a premium. Thus, under an option agreement, the risk of loss that may be potentially incurred by an option buyer is limited to the amount of premiums paid to the option seller.

The introduction of a swap contract was an important innovation in the world of derivatives, resulting in the emergence of the ISDA as the leading industry association. A swap is a financial contract envisaging an exchange of payments linked to currency and interest rates. The ISDA was established amidst the rapid development of currency and interest rate swap trading. The first reported swap contract was entered into by the World Bank and the IBM corporation in 1981.⁷ The former needed Swiss francs and Deutschmarks to finance development projects in emerging markets, while IBM wished to raise debt in those currencies. The interaction between the parties led to the conclusion of the first cross-border currency swap agreement.⁸ This deal was structured by Salomon Brothers Investment Bank, one of the founders of the ISDA.

The main reason for establishing this industry association in 1985 was the lack of standard contracts in the swaps market. According to Armitage, a “battle of the forms” took place between a group of swap dealers (Armitage, 2022, p. 321n28). Hence, promulgating standard documentation for the markets would have allowed them to spend less time on negotiation and bring the market practice to a common denominator. The ISDA founding banks retained two law firms — Allen and Overy in London and Cravath in New York — to advise on how to proceed (Borowicz, 2015, p. 46, 50). The first ISDA contractual instrument addressing concerns over swaps appeared the same year.⁹ Although initially ISDA operations were limited to swaps, in the course of time they encompassed all kinds of over-the-counter derivatives (Benjamin, 2007, p. 64n22). Over the years, the ISDA has demonstrated the ability to adapt to rapidly changing consequences in the vibrant field of international financial markets. Its current activities are very diverse. In addition to drafting and updating numerous contractual instruments, the ISDA has authored and promoted a model netting act addressing various issues related to early

⁷ When Was the First Swap Agreement and Why Were Swaps Created? (13 October 2022) *Investopedia*.

URL: <https://www.investopedia.com/ask/answers/051115/when-was-first-swap-agreement-and-why-were-swaps-created.asp>.

⁸ Pioneering new ways to raise funds, the World Bank’s Treasury entered into the world’s first formal currency swap agreement in 1981, with U.S. technology giant IBM as its counterpart. See: <https://thedocs.worldbank.org/en/doc/981111541019927135-0340022018/original/70yearschapterfour.pdf>.

⁹ ISDA (1985) Code of Standard Wording, Assumptions, and Provisions for Swaps. URL: <https://www.rbccm.com/assets/rbccm/docs/legal/doddfrank/Documents/ISDALibrary/1985%20Code%20of%20Standard%20Wording%20-%20Assumptions%20and%20Provisions%20for%20Swaps.pdf>.

termination of derivative trades, and shared legal opinions related to its enforceability with its members (Dattoo, Williams, & Whiteley, 2023, p. 260).

Its rule-making efforts were highly successful as insolvency laws in dozens of jurisdictions were amended to implement ISDA's view on how insolvency practitioners and bankruptcy courts should treat claims under financial contracts. 2018 Model Netting Act,¹⁰ the most recent soft law instrument of this association, adopted a balanced approach to close-out netting, the core element of ISDA standard documentation. To be successful in that type of work, the ISDA maintains ongoing dialogue with the international organisations, regulators and legislators around the world. Its members benefited from ISDA lobbying efforts and flexible approach to interaction with governmental authorities both in developed and emerging markets. In addition to its legislative efforts, the ISDA prepares *amicus curiae memoranda* to share its views on how ISDA documentation should be applied and interpreted in court proceedings around the world.

3. A closer look at the ISDA Master Agreement

Following a brief introduction to the topic of derivatives and some information on the establishment of ISDA, we shall move to the ISDA Master Agreement (hereinafter — ISDA MA), ISDA's most notable achievement (Muscat, 2009, p. 32, 36) and a potential source of the new law merchant in international financial markets. 1987 was a year when the ISDA unveiled its first standard framework contract: the 1987 ISDA Interest Rate and Currency Exchange Agreement.¹¹ Although this contractual instrument is not in demand by the participants of financial markets (Muscat, 2009, p. 36n41), it can nevertheless be viewed as an important milestone in the development of over-the-counter derivatives trading. The next framework agreement, published in 1992¹² (hereinafter — 1992 ISDA MA), covered more than just interest rate and currency exchange derivatives. It encompassed the whole variety of financial instruments already existing in the derivatives markets at the time and also created a legal framework for financial innovation that entered the market in the 1990s — the credit default swap. The 1992 ISDA MA was published in two versions. The first one targeted the local market and envisaged over-the-counter transactions between the parties established in the same

¹⁰ ISDA (2018) Model Netting Act and Guide. URL: <https://www.isda.org/book/2018-model-netting-act-and-guide/>.

¹¹ ISDA (1987) Interest Rate and Currency Exchange Agreement. URL: <https://www.isda.org/book/1987-interest-rate-and-currency-exchange-agreement/>.

¹² ISDA (1992) Master Agreement (Local Currency – Single Jurisdiction). URL: <https://www.isda.org/book/1992-isdma-master-agreement-local-currency/>.

jurisdiction. To the contrary, the second version of the 1992 ISDA MA contained contractual provisions that took into account the cross-border nature of derivative transactions. As the financial market is truly global, the cross-border version of the 1992 ISDA MA reflected its international nature and facilitated trading in derivatives between parties in developed and emerging markets.

Following the 1998 financial crisis, the ISDA recognised the necessity to amend its framework contract. Four years later, the association published the 2002 ISDA MA.¹³ This framework agreement remains a common legal standard for derivatives industry until the present day. Unlike the 1992 ISDA MA, this boilerplate contract may be used for both domestic and cross-border dealing in derivatives. Arguably, the most important innovation introduced by the 2002 ISDA MA in comparison to the 1992 ISDA MA was the new approach to close-out netting, which is the core element of the ISDA standard documentation and a popular risk mitigation tool in financial markets. Apart from the new approach to close-out netting itself, the ISDA added a force majeure event to the list of termination events, entitling the parties to the framework contract to terminate it and close-out affected transactions in presence of a force majeure or act of state making performance impossible or impracticable.

Both the 1992 and the 2002 ISDA MAs set out a similar mode of interaction between the parties in the over-the-counter derivatives market. The framework agreement establishes the procedure for concluding and executing individual transactions, determines jurisdiction and applicable law, contains representations and warranties, and regulates the procedure for terminating transactions. The ISDA standard agreements are praised for their flexibility in negotiating and concluding derivative trades. They envisage entering into separate transactions through negotiations over the phone with subsequent exchange of formal confirmations.¹⁴ Confirmations are relatively laconic documents outlining commercial terms of derivative trades. Absence of a confirmation does not invalidate a trade *per se*. What is more, confirmations often contain a reference to standard definitional booklets setting out standard terms of particular transactions. For instance, the definitions for currency conversion transactions feature mutual rights and obligations to transactions involving currency forwards and options.¹⁵ Parties to them shall deliver foreign currency in line with their mutual agreements. The ISDA definitions relating to interest rate derivatives cover a wide range of instruments including interest rate

¹³ ISDA (1992) Master Agreement (Multicurrency – Cross Border).
URL: <https://www.isda.org/book/1992-isda-master-agreement-multi-currency/>.

¹⁴ Section 8(e)(ii) 2002 ISDA MA.

¹⁵ ISDA (1998) ISDA FX and Currency Option Definitions.
URL: <https://www.rbccm.com/assets/rbccm/docs/legal/doddfrank/Documents/ISDALibrary/1998%20FX%20and%20Currency%20Option%20Definitions.pdf>.

swaps, cross-currency swaps, caps, floors, and collars.¹⁶ Parties entering into relevant transactions would exchange payments depending on interest rate fluctuations. The ISDA Definitions for Credit Derivatives address contractual issues related to credit default swaps and other similar instruments tied to credit events. Under a credit default swap, or a CDS, one party provides access to credit protection payable in exchange for a premium whenever there is a default under a reference asset.

In practice, users of the ISDA MA are very diverse. Usually, they fall into one of the two major groups: sell-side and buy-side counterparties. Sell-side parties are represented by financial institutions such as commercial banks, investment firms, clearing houses and other financial institutions. They market derivatives among a wide range of clients who act as end users of derivative products. According to J. Braithwaite, most derivative trades are originated by two dozen of leading global banks (Braithwaite, 2020, p. 15n17). As the case law shows,¹⁷ such banks include leading financial institutions from a variety of countries, primarily based in the west (e.g. BNP Paribas, Standard Chartered Bank, Credit Suisse International). Another example of a sell-side counterparty in the derivatives market is Lehman Brothers, a leading investment bank established in the United States. Its collapse resulted in the largest insolvency case in US history and the closing out of countless derivatives transactions. In the course of insolvency proceedings commencing on 15 September 2008 at the request of the debtor (Charles, 2009, p. 16n13), the number of derivative trades based on standard contracts exceeded 733 000 (McNamara & Metrick, 2019, p. 143). What is more, the Lehman collapse contributed significantly to derivatives-related case law.¹⁸

Although the ISDA is headquartered in New York, it has representative offices in other financial centres. Since its inception, the ISDA MA has demonstrated its truly international status. In a cross-border context, the ISDA MA is in demand by private counterparties in multiple jurisdictions. There is evidence of its use by the parties from Russia, Indonesia, the United Kingdom, Germany, Spain, Italy and many other countries. Apart from that, the ISDA MA governs contractual relations between municipal entities¹⁹ and separate

¹⁶ ISDA (2006) ISDA Definitions.
URL: <https://www.rbccm.com/assets/rbccm/docs/legal/doddfrank/Documents/ISDALibrary/2006%20ISDA%20Definitions.pdf>.

¹⁷ BNP Paribas v. Wockhardt EU Operations (Swiss) AG [2009] EWHC 3116 (Comm); Standard Chartered Bank v. Ceylon Petroleum Corp; Credit Suisse International v Stichting Vestia Groep [2014] EWHC 3103 (Comm).

¹⁸ Lehman Brothers Holdings, Inc., Case No. 08-13555 et seq. (JMP) (jointly administered); Lehman Brothers Special Financing Inc v National Power Corporation and another [2018] EWHC 487 (Comm).

¹⁹ Hazell v Hammersmith and Fulham LBC [1992] 2 AC 1, Kleinwort Benson v Glasgow City Council [1997] 4 All E.R. 641, Westdeutsche Landesbank v Islington [1996] A.C. 669, JP Morgan v.

states.²⁰ The financial world is proud of its standard agreement, which survived enormous pressure amidst the biggest financial crisis since the Great Depression (Paech, 2016, p. 855). Another crucial achievement of the ISDA MA is its influence on contractual practices adopted by domestic professional associations in the field of over-the-counter derivatives. Through collaboration with local professional associations, the ISDA shaped many other domestic agreements for over-the-counter financial transactions.²¹

4. The ISDA Master Agreement as a source of the new *lex mercatoria*: a critical approach

The rationale behind the ISDA's status as a non-state rule maker in the international financial markets is quite clear. Firstly, its framework agreement was created by a professional community rather than of a sovereign state or an international organisation. The ISDA was established by leading swap dealers — namely, multinational banking institutions involved in derivatives trading across multiple jurisdictions. According to the ISDA by-laws, the organisation is incorporated as a non-profit corporation.²² Therefore, it has a private status, and its contractual instruments have a non-state nature. Secondly, the ISDA MA obviously is in high demand among the members of the professional community. Whenever two companies have the need to trade derivatives off-exchange, they would most commonly enter into an agreement produced by the ISDA (Hull, 2022, p. 55).

However, in our opinion, the private nature and the wide use of the ISDA documentation are not enough for the ISDA framework contract to become a part of the *new mercatoria* in its strictest sense. To shape transnational commercial law in the international financial markets, one has to exclude the application of national law to those contractual documents that are considered to be the building bricks of *lex mercatoria* of the financial industry. Thus, the ISDA's contribution to the development of *lex mercatoria* depends on its capacity to challenge national law while creating and promoting its standard contracts by introducing a *contrat sans loi*. Notably, to do so would mean that the ISDA is eager to undermine the established market practice, as all other similar cross-border master agreements feature governing law clauses.

Berliner Verkehrsbetriebe (BVG) Anstalt des Öffentlichen Rechts [2010] EWCA Civ 390; Dexia Crediop S.P.A. v. Comune di Prato [2017] EWCA Civ 428.

²⁰ State of the Netherlands v. Deutsche Bank AG [2019] EWCA Civ 771.

²¹ Derivatives Regulation in Russia.

URL: <https://en.nplaw.ru/blog/detail/derivatives-regulation-in-russia/>.

²² ISDA (2019) By-Laws of International Swaps and Derivatives Association. URL: <https://www.isda.org/a/u0SME/ISDA-By-Laws-April-11-2019.pdf>.

The existence of governing law provisions and reliance on state law in general is widely spread in international financial markets. For instance, the boilerplate contracts of the Foreign Exchange Committee — an organisation comprising the members of the banking community and representatives of some other financial institutions — encourage the parties to its documentation to choose between the laws of New York, the laws of England and Wales, and the laws of Japan.²³ When publishing a master agreement for cross-border derivatives, the National Association of Institutional Investors in Financial Markets — the leading industry organisation in the People's Republic of China — included a governing law clause to its standard framework contract as well.²⁴

In an effort to create a competitor for the ISDA MA, the European Banking Federation (hereinafter — EBF) promulgated a multi-product framework agreement for a whole range of financial transactions including derivatives.²⁵ Unlike the contracts of the Foreign Exchange Committee, it may be governed by the law of any EBF member state. The Global Master Repurchase Agreement (hereinafter — GMRA),²⁶ is a model contract designed for parties dealing in repos features a governing law clause. The same is true of the Global Master Securities Lending Agreement (hereinafter — GMSLA),²⁷ a contractual instrument establishing a transnational legal framework for securities lending transactions. GMRA and GMSLA are quite similar to each other in terms of contents and governing law, as the laws of England and Wales apply to both standard contracts.

Similarly, the ISDA MAs are governed by the laws of New York and English law. One of the most powerful arguments against the a-national nature of the ISDA MA is its reliance on state law as the governing law of contract. Indeed, almost all cross-border model contracts in the financial industry contain a governing law clause, and the ISDA MA is by no means an exception. T. Kindt views the ICC and ISDA as organisations establishing a cross-border contractual law regimes (*transnationalen Vertragsrechtsregime*) for the relevant commercial transactions (Kindt, 2023, p. 304). However, the ISDA's approach

²³ See: FXC Master Agreements. URL: <https://www.newyorkfed.org/fmlg/documentation/master.html>.

²⁴ See: NAFMII Master Agreement (Cross Border–2022 Version).
URL: <https://www.nafmii.org.cn/ggtz/gg/202208/P020220831632138066172.pdf>.

²⁵ See: The Master Agreement for Financial Transactions.
URL: <https://www.ebf.eu/home/european-master-agreement-ema/>.

²⁶ See: Global Master Repurchase Agreement (GMRA), ICMA.
URL: <https://www.icmagroup.org/market-practice-and-regulatory-policy/repo-and-collateral-markets/legal-documentation/global-master-repurchase-agreement-gmra/>.

²⁷ GMSLA Title Transfer – International Securities Lending Association (ISLA).
URL: <https://www.islaemea.org/gmsla-title-transfer/>.

to the transnationality of its contractual documents is in stark contrast to the one adopted by the ICC or UNIDROIT.

The ISDA has never treated its model documents as a way to set aside national laws. Instead of opting out of the application of any governing law, either explicitly or by virtue of conflict-of-laws rules, it embraced state laws through a governing law clause present in each and every standard contract it drafted. According to the 2002 ISDA MA guide authored by the association itself, the users of its documentation should carefully consider all possible options before choosing an alternative governing law, let alone opt for the absence of the applicable law clause.²⁸ Moreover, several years ago, the association published another guide, this time addressing the choice of court and governing law provisions of the ISDA MA.²⁹ The drafting changes within the document relating to governing law clauses are solely to clarify matters for parties that have selected English law or New York law as the governing law.

In light of the withdrawal of the United Kingdom from the European Union on 31 January 2020, the ISDA could have produced a boilerplate contract that is not governed by any national law. However, the association preferred the laws of other states rather than making the ISDA agreement a true *contrat sans loi*. Faced with uncertainties presented by Brexit, it opted for the publication of amended versions of the 2002 ISDA MA governed by French³⁰ and Irish law.³¹ When preparing those agreements, the ISDA was primarily concerned with the fact that the common legal framework for the recognition and enforcement of court decisions made in the European Union would no longer be available in the United Kingdom.

Berger notes that the ISDA makes efforts to move itself away from the discrepancies immanent to national laws (Berger, 2010, p.44). In line with those efforts, it introduced so-called self-help remedies in its standard documentation. To be more precise, these remedies follow an event of default or termination. Most importantly, they differ from the existing means of support in English law (Braithwaite, 2012), which governs most cross-border derivative trades in the over-the-counter markets. The first remedy is the flawed asset clause, which allows a party to suspend performance of a transaction under the

²⁸ ISDA (2003) User's Guide to the ISDA 2002 Master Agreement.
URL: <https://www.rbccm.com/assets/rbccm/docs/legal/doddfrank/Documents/ISDALibrary/Users%20Guide%20to%20the%202002%20ISDA%20Master%20Agreement.pdf>.

²⁹ ISDA (2018) ISDA Choice of Court and Governing Law Guide.

URL: <https://www.isda.org/book/2018-isda-arbitration-guide/>.

³⁰ ISDA (2002) ISDA Master Agreement (French Law).

URL: <https://www.isda.org/book/2002-isda-master-agreement-french-law-english>.

³¹ ISDA (2002) ISDA Master Agreement (Irish Law).

URL: <https://www.isda.org/book/2002-isda-master-agreement-irish-law-pdf/>.

ISDA MA until the breach of contract is cured.³² The second one is close-out netting which is a more complex concept.³³

The ISDA MA included the terms relating to close-out netting starting from an early stage (Dato et al., p.262n39). Close-out netting procedure entails a certain sequence of steps leading to the calculation of a net amount (Braithwaite, 2020, p.78n17). Once a negative event has occurred, a non-defaulting party may serve a notice on the early termination of the over-the-counter derivative trades entered before such an event. In addition to events of default such as insolvency, non-performance, cross-default or rescission of a transaction, the ISDA MA envisages termination events that are typically not related to the breach of contract.

Both remedies are purely contractual, rather than statutory. In theory, the presence of these remedies in the ISDA MA alongside common law and equitable remedies may serve yet another argument for the existence of *lex mercatoria* in financial markets. However, the relevant contractual provisions of the ISDA MA, namely sections 2(iii), 5 and 6, are interpreted by the courts of various jurisdictions in connection with applicable law. Courts in England and Australia ruled in favour of the flawed asset clause, while the US court took a more cautious approach. As for the netting provisions present in the ISDA MA, its legal nature still remains vague. Payment and novation netting are viewed as certain ways of performing monetary obligations, although applying the same approach to close-out netting is less certain (Goode & McKendrick, 2010, p. 498, 499). That said, an English court ruled that the resulting net amount to be payable under early termination provisions of the ISDA MA should not be viewed as a penalty. In doing so, it relied on a test existing in English case law, thus rejecting the autonomous nature of the ISDA MA.³⁴

Conclusion

There is overwhelming evidence for the fact that ISDA contractual instruments dominate the financial world, and no other set of standard contractual terms can match them in terms of popularity with financial market participants. When entering into a cross-border transaction involving derivatives, a party thereto will almost always choose the ISDA agreement and the associated documents as a contractual framework governing their business relationship in the derivatives market. According to many researchers, non-state nature and the wide use of the ISDA MA resulted in its supranational status.

³² Section 2(a)(iii) of 1992 ISDA MA and 2002 ISDA MA.

³³ Sections 5 and 6 of 1992 ISDA MA and 2002 ISDA MA.

³⁴ *BNP Paribas v Wockhardt EU Operations (Swiss) AG* [2009] EWHC 3116 (Comm) [2009] EWHC 3116 (Comm).

However, we believe that the wide use of association's documentation is insufficient to establish an autonomous legal order free from national law as the governing law of the contract. The ISDA MA, the core element of the ISDA contractual documentation, contains a governing law clause. Evidence shows that the ISDA is reluctant to produce an agreement without any reference to the laws of any state, and this approach aligns with the practice of documenting transactions in international financial markets. Facing the necessity to amend its framework agreement following Brexit, the ISDA opted for the choice of Irish and French law instead of full party autonomy.

Apart from that, we considered contractual remedies present in the ISDA MA such as the flawed asset clause and close-out netting provisions. In theory, these contractual items could be invoked by those who argue that the ISDA framework contract and related contractual instruments are the sources of the new law merchant. However, the English courts as well as the courts in other jurisdictions of the Anglo-Saxon world, interpret the relevant ISDA MA clauses based on the concepts of common law and the law of equity, quoting relevant precedents in this area rather than treating ISDA MA as a full-fledged *contract sans loi*.

Having said that, we come to the conclusion that the ISDA MA should not be viewed as the source of the new *lex mercatoria* — at least when the latter is considered a fully a-national legal order governing international trade relations on top of national and international law. Nevertheless, we believe that, at some point, the ISDA may publish a boilerplate contract not governed by any state law and matching the status of international instruments produced by well-known codification agents in the new law merchant domain, such as the ICC or UNIDROIT.

Список литературы / References

1. Канашевский, В. А. (2019). *Международное частное право: учебник* (4-е изд., перераб. и доп.). Международные отношения.
Kanashevskiy, V. A. (2019). *International private law: textbook* (4th ed., amended and supplemented). Mezhdunarodnye otnosheniya.
2. Armitage, M. (2022). Neither relational nor discrete: the ISDA Master Agreement as a bimodal contract. *Capital Markets Law Journal*, 17(3), 317–333. <https://doi.org/10.1093/cmlj/kmac013>
3. Benjamin, J. (2007). *Financial law*. Oxford University Press.
4. Benzler, M. (1999). *Nettingverbarungen im auserborslichen Derivatehandel*. Nomos Verlagsgesellschaft.

5. Berger, K. P. (2010). *The creeping codification of the new lex mercatoria* (2nd ed.). Kluwer Law International.
6. Berger, K. P. (1999). *The creeping codification of the lex mercatoria*. Kluwer Law International.
7. Borowicz, M.K. (2021). Contracts as regulation: the ISDA Master Agreement. *Capital Markets Law Journal*, 16(1), 72–94.
8. Borowicz, M. K. (2015). Private power and international law: the international swaps and derivatives association. *European Journal of Legal Studies*, 8(1), 46–66.
9. Braithwaite, J. (2012). Standard form contracts as transnational law: evidence from the derivatives markets. *Modern Law Review*, 75, 779–805.
10. Braithwaite, J. (2020). *The financial courts: adjudicating disputes in derivatives markets*. Cambridge University Press.
11. Charles, G. (2009). OTC derivative contracts in bankruptcy: the Lehman experience. *NY Business Law Journal*, 13(1), 14–17.
12. Cuniberti, G. (2013). Three theories of *lex mercatoria*. *Columbia Journal of Transnational Law*, 52(1), 369–434.
13. Dalhuisen, J.H. (2013). *Dalhuisen on transnational comparative, commercial, financial and trade law* (5th ed.). Hart Publishing.
14. Dato, A., Williams, P., & Whiteley, R. (2023). A new approach to close-out netting legal opinions in respect of OTC derivatives and securities financing transactions. *Journal of Securities Operations and Custody*, 15(3), 260–277.
15. Ferrari, F., & Rosenfeld, F. (2021). *International commercial arbitration: a comparative introduction*. Edward Elgar Publishing.
16. Fouchard, P., Gaillard, E., & Goldman, B. (1996) *Traite de l'arbitrage commercial international*. Litec.
17. Gaillard, E. (2001). Transnational law: a legal system or a method of decision making? *Arbitration International*, 17(1), 59–71.
18. Gaudemet, A. (2016) Al estudio jurídico de los derivados en el derecho francés. *Revista Chilena de Derecho Privado*, 26, 49–70.
19. Goldman, B. (1964). Frontières du droit et 'lex mercatoria. *Archives de philosophie du droit*, 9, 177–192.
20. Goode, R., & McKendrick, E. (2010). *Goode on commercial law* (4th ed.). Penguin.
21. Hull, J. C. (2022). *Options, futures, and other derivatives* (11th ed). Pearson Education.

22. James, S. (1999). *The law of derivatives*. London: Informa Law from Routledge.
23. Kindt, T. (2023). *Transnationale Verträge im nationalen Recht: Theorie und Dogmatik transnationaler Ordnungsstrukturen am Beispiel von Musterverträgen im Finanzbereich*. Mohr Siebeck.
24. Kolb, R. W., & Overdahl, J. A. (2003). *Financial derivatives* (3rd ed.). Wiley and Sons.
25. Malynes, G. (1622). *Consuetudo, vel lex mercatoria, or the ancient law-merchant Diuided into three parts: according to the essential parts of trafficke. Necessarye for all statesmen, judges, magistrates, temporall and ciuile lawyers, mint-men, merchants, marriners, and all others negotiating in all places of the world*. Adam Islip.
26. McNamara, C., & Metrick, A. (2019). The Lehman Brothers bankruptcy F: introduction to the ISDA Master Agreement. *The Journal of Financial Crises*, 1(1), 137–150.
27. Muscat B. (2009). OTC Derivatives: salient practices and developments relating to standard market documentation. *Bank of Valletta Review*, 39, 32–47.
28. Paech, P. (2016). The value of financial market insolvency safe harbours. *Oxford Journal of Legal Studies*, 36(4), 855–884. <https://doi.org/10.1093/ojls/gqv041>
29. Reiner, G. (2002). *Derivate Finanzinstrumente im Recht*. Nomos.
30. Schmithoff, C. (1968). The unification or harmonisation of law by means of standard contracts and general conditions. *International and Comparative Law Quarterly*, 17, 551–570.

Правовое значение понятия финансовых рынков в международном финансовом праве

А. Д. Васильев

Московский государственный университет им. М. В. Ломоносова,
Москва, Россия

alexander.vasilyev@student.msu.ru

ORCID: 0009-0008-4135-0265

Аннотация

В статье рассматривается правовое значение понятия финансовых рынков. Интерес к данной теме во многом обусловлен универсальностью и широтой применения понятия финансовых рынков как в правовых исследованиях, так и при экономическом анализе глобальной финансовой системы. Однако в отечественной теории международного финансового права юридические аспекты этого понятия изучены недостаточно. Практика его применения связана с обозначением *сферы регулирования*, тогда как установление *содержания* этого понятия предполагает сравнительно-правовое исследование теоретических концепций и подходов. Изучение финансовых рынков охватывает широкий спектр проблем национального и международного права. При этом в российском законодательстве понятие финансовых рынков строго не определено и связывается с отдельной отраслью финансового регулирования: с банковским, валютным регулированием. В рамках международно-правового регулирования понятие финансовых рынков играет ключевую роль в стратегическом развитии финансовых отношений на государственном и межгосударственном уровнях. В статье анализ регулирования международных финансовых рынков сфокусирован на вопросах исполнения государствами взятых на себя обязательств посредством следования нормам, принципам и правилам в целях обеспечения стабильности финансовых отношений.

Ключевые слова: финансовый рынок, финансовое регулирование, финансовые обязательства, пруденциальный надзор, надзорные меры, государство, нормы мягкого права

Для цитирования: Васильев А. Д. Правовое значение понятия финансовых рынков в международном финансовом праве. *Журнал ВШЭ по международному праву / HSE University Journal of International Law*. 2025. Том 3. № 2. С. 100–116.

Александр Дмитриевич Васильев — аспирант кафедры международного права Юридического факультета.

The legal meaning of the concept of financial markets in international financial law

A. Vasilyev

Lomonosov Moscow State University, Moscow, Russia

alexander.vasilyev@student.msu.ru

ORCID: 0009-0008-4135-0265

Abstract

The article investigates the legal meaning of the concept of financial markets. This concept is widely used and implemented not only in legal reviews and studies, but also mainly applied in order to analyse the global financial system. The appeal to the concept of financial markets largely stems from its universality for the characterisation and regulation of financial relations. Despite this, the legal aspects of this concept have not been sufficiently studied in the national theory of international financial law. The practice of applying this concept is related to the designation of the *sphere of financial regulation*, while the *interpretation* of the concept of financial markets involves comparative legal studies on theoretical concepts and approaches. The study of the concept of financial markets is important because it addresses a variety of national and international regulatory issues. In Russian legislation, however, the concept of financial markets is still not defined as a legal term, instead being associated with a separate branch of financial regulation, namely banking and currency regulation. Within the framework of international financial law, the concept of financial markets plays a key role in the strategic regulation of financial relations at the state and interstate levels. This article focuses on the regulation of international financial markets and the responsibility for public obligations, which is achieved by adhering to norms, principles and rules in order to ensure the stability of financial relations.

Key words: financial market, financial regulation, financial obligations, prudential supervision, supervisory measures, government, soft law norms

Citation: Vasilyev A. The legal meaning of the concept of financial markets in international financial law. *HSE University Journal of International Law*. 2025. Vol. 3. № 2. P. 100–116.

Alexander D. Vasilyev — doctoral student, Department of international law, Faculty of law.

Введение

Вопрос о международно-правовом регулировании финансовых рынков предполагает сравнительно-правовое исследование подходов, глубокое и комплексное изучение общепринятых правил, стандартов и принципов финансовых операций. Сложность интерпретации понятия финансовых рынков в международном праве обусловлена двумя факторами. Во-первых, исходным регулированием финансовых рынков на национальном уровне, и, во-вторых, активным использованием понятия финансовых рынков в контекстах, исследуемых экономической наукой.

Емкость понятия, его правовое значение раскрывается в различных концепциях права и выявляется при анализе сочетаний различных источников права. Проблемы, сопряженные с этим понятием в правовом поле, определяются путем конкретизации предмета исследования, изучения глобальных правовых процессов и акцентирования внимания на толковании понятия.

При этом теоретический характер настоящего исследования несколько не умаляет практической значимости актуальных вопросов международного финансового права. Рассмотрение понятия финансовых рынков позволит определить его взаимосвязи с другими понятиями, выявить его внутреннюю структуру и отличительные признаки.

1. Правовые аспекты употребления понятия финансовых рынков

М. Яновец использует термин «финансовый рынок», а не «финансовые рынки», поскольку считает, что можно выделить только один международный глобализированный финансовый рынок, в рамках которого функционируют национальные финансовые рынки. В обоснование своей точки зрения Яновец указывает, что глобализация стирает границы в области финансов не только между государствами, но и между различными финансовыми инструментами, представленными на финансовом рынке (Janovec, 2025, p. 1). Однако далеко не все исследователи разделяют этот подход, оспаривая тезис о едином международном финансовом рынке (Clark, Houde, Kastl, 2021, p. 1–2).

Так, в работе Яновеца изложены альтернативные точки зрения на понятие финансовых рынков чешских юристов-международников. П. Котаб, в частности, определяет финансовый рынок как систему взаимоотношений, инструментов, организаций и институтов, которые обеспечивают сбор, концентрацию, распределение временно свободных денежных средств на основе спроса и предложения (Kotáb, 2012, p. 102). Такое определение не является строго юридическим и не конкретизирует сущность финансового

рынка. О. Рейнуш определяет финансовый рынок как совокупность рынков: денежный рынок, рынок капитала, валютный рынок и рынок драгоценных металлов (Reinuš, 2014, p.61). В одном из самых авторитетных юридических словарей мира *Black's Law Dictionary* приводится похожее определение финансового рынка как рынка для обмена финансовыми и долговыми инструментами. Однако такие определения не являются точными, поскольку не охватывают весь спектр взаимодействий участников, например связанных с инвестициями, до их выхода на рынок. Представляется невозможным дать единое определение финансовому рынку хотя бы потому, что постоянно появляются новые области, которые можно отнести к финансовым рынкам.

Финансовые рынки — основополагающее понятие национального и международного регулирования экономических отношений. Программа «Основные направления развития финансового рынка Российской Федерации на 2025 год и период 2026 и 2027 годов» определяет пять ключевых направлений развития финансового рынка, а именно: обеспечение усиления роли финансового рынка в финансировании трансформации экономики при сохранении устойчивости финансового сектора; защита прав потребителей и инвесторов финансовых услуг, повышение финансовой доступности для частного капитала и предприятий; цифровизация финансового рынка и развитие платежной инфраструктуры; трансформация системы внешнеторговых платежей и расчетов; обеспечение финансовой стабильности.

В указанном программном документе Банк России и Правительство Российской Федерации работают над созданием необходимых макроэкономических, институциональных и правовых условий формирования долгосрочных внутренних финансовых ресурсов, трансформацией финансовых ресурсов в инвестиции и повышением привлекательности российского финансового рынка для иностранных инвесторов. Важным фактором развития финансового рынка выступает сбалансированная и последовательная макроэкономическая политика, в основу которой заложена финансовая стабильность, а также устойчивость государственных финансов. Однако ни в программных документах, ни в законодательстве Российской Федерации термин «финансовый рынок» строго не определен.

В рамках Евразийского экономического союза (далее — ЕАЭС, Союз) сформулировано определение термина «общий финансовый рынок»: это финансовый рынок государств — членов Союза, дающий возможность упрощенного и недискриминационного доступа субъектов финансового рынка на рынки друг друга. Общий финансовый рынок охватывает

банковский сектор, сектор рынка ценных бумаг и страховой сектор каждого государства-члена, а также совокупность отношений, регулирующих взаимодействие между секторами финансового рынка¹. При этом четкое определение термина «финансовый рынок» на уровне ЕАЭС отсутствует, в связи с чем ученым приходится выводить одно понятие из другого. Так, Р. Касьянов определяет, что в праве ЕАЭС точное содержание понятия «общий финансовый рынок» можно вывести, если обратиться к определению понятия «финансовые услуги», предполагая, что «финансовый рынок» и «рынок финансовых услуг» являются синонимами (Касьянов, 2021, с. 55).

Наиболее реалистичный сценарий на пути позитивной интеграции — разработка рекомендательных норм и «мягких» правил, практическая реализация которых на национальном уровне может способствовать сближению регулирования государств — членов ЕАЭС (Лифшиц, Смбатян, 2025, с. 128). Разработка подобных рекомендательных норм может подразумевать и рассмотрение вопроса о понятии финансовых рынков.

2. Нормативные источники разного порядка как основа формирования понятия финансовых рынков

В российской теории международного права остается открытым вопрос: почему, признавая высокую значимость и востребованность понятия финансовых рынков, мы анализируем его употребление и содержание, обращаясь к документам различного порядка — экономическим, политическим и др., но не к международно-правовым актам. И почему дефиниции этого понятия в терминологическом аппарате законов, стандартах и правилах других государств более актуализированы и применяются активнее, чем в России?

Тому есть несколько причин. Во-первых, это российские каноны правотворчества, предполагающие определенные традиции использования терминологического аппарата. В законотворческом процессе Российской Федерации принято называть акты регулирования финансовых отношений «стандартом защиты прав и интересов...», если речь идет о правоустанавливающих нормах². Вторая причина — необходимость интерпретировать понятие финансовых рынков с опорой на концепцию

¹ Решение Высшего совета ЕАЭС от 1 октября 2019 года № 20 «О Концепции формирования общего финансового рынка Евразийского экономического союза».

² Информационное письмо от 25 апреля 2023 г. № ИН-03-59/33 «О Стандарте защиты прав и интересов заемщиков — физических лиц при урегулировании задолженности по кредитным договорам, заключенным в целях, не связанных с осуществлением предпринимательской деятельности» // Вестник Банка России № 5 (2536) от 23 января 2025 года.

мягкого права, которая традиционно не входит в структуру российской доктрины международного права (Толстых, 2021, с. 253).

Но главный аргумент в защиту толкования и применения понятия финансовых рынков в теории международного права — объединение предметных областей регулирования общей целью и общими задачами, направленными на достижение и наилучшее функционирование финансовых отношений в обществе и мире.

С точки зрения нормативных оснований, законодательства различных государств, теоретических концепций международного финансового права понятие финансовых рынков можно рассматривать как совокупность правоотношений экономического характера, регулируемых международным финансовым правом, связанных со взятыми на себя сторонами финансовыми обязательствами, перемещением и распределением денежных средств и финансовых инструментов на основе спроса и предложения.

Так как национально-правовое регулирование является выражением суверенных прав государств, представляется необходимым проанализировать практику отдельных государств в части употребления и применения правовой концепции «финансовые рынки».

3. Обобщение практики национального регулирования в контексте применения понятия финансовых рынков в нормотворчестве

Великобритания выступает наглядным примером того, что законодательскому процессу любого государства присуща определенная специфика. Так, обращаясь к *Financial Services and Markets Act 2023*, можно увидеть, что акт ориентируется на следующую классификацию уровней регулирования: 1) первичное законодательство (англ.: *primary legislation*); 2) вторичное законодательство (англ.: *subordinate legislation*); 3) законодательство, разработанное на основе законодательства Европейского союза (англ.: *EU-derived legislation*)³. Законодательство опирается на следующие практические цели: (1) защита и укрепление целостности и стабильности финансовой системы, действующей в Великобритании; (2) содействие безопасности предоставляемых финансовых услуг; (3) содействие эффективности функционирования финансовых рынков; (4) защита интересов вкладчиков. В документе названы и иные цели, и все они так или иначе призваны обеспечивать безопасное взаимодействие на финансовых рынках, которое определяется

³ Financial Services and Markets Act 2023. UK Government Bill, Originated in the House of Commons, Session 2022–23, Act of Parliament. URL: <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2023/29/contents>.

полномочиями или ограничениями в интересах субъектов финансовых отношений. Цель регулирования финансового рынка сформулирована Парламентом Великобритании в Законе о Банке Англии (*Bank of England Act 1998*). Обеспечение финансовой стабильности означает принятие общих правил на финансовых рынках. Целью финансовой стабильности Банка Англии является «защита и укрепление стабильности финансовой системы Соединенного Королевства». Данная цель во многом определила сущность последующих нормативных актов.

Регулирование финансовых рынков стало частью глобальных экономических стратегий. Многие государства, осуществляя международную финансовую политику, принимают национальные законы, которые основываются на принципах регулирования финансовых рынков, заложенных Базельским комитетом по банковскому надзору. Например, ЮАР разработала акт пруденциального регулирования финансовых рынков, адаптируя автономные правила, международные финансовые стандарты к регулированию внутренних и внешних финансовых рынков, преобразовав модельное регулирование в закон⁴. В законе были обозначены следующие цели регулирования: повышение доверия к финансовым рынкам; обеспечение справедливости и прозрачности финансовых рынков; способствование стабильной финансовой среде; защита интересов субъектов финансовых рынков; снижение системных рисков; продвижение международного финансового сотрудничества.

Одной из тенденций последних лет стал переход к модели финансового регулирования «Твин Пикс» (Godwin, 2017, p. 151–153). Эта модель была впервые внедрена в Австралии и выделяет две широкие функции финансового регулирования: регулирование поведения на рынке (включая защиту прав потребителей) и пруденциальное регулирование. Каждая из этих функций возложена на отдельный регулирующий орган. Модель «Твин Пикс» также принята ЮАР, Нидерландами, Бельгией, Новой Зеландией и Великобританией. Инновационный подход «Твин Пикс» предусматривает деконструкцию отраслевых федеральных агентств и их объединение в пару общетраслевых органов. Такие реформы не только устраняют укоренившиеся проблемы в сфере надзора, но и способствуют специализации регулирующих органов и преодолению противоречий между требованиями по защите прав потребителей, которые, как правило, снижают прибыльность компаний, и проблемами платежеспособности компаний, в частности обусловленными налоговой нагрузкой.

⁴ National Treasury, Republic of South Africa, Financial Markets Act 2012. URL: https://www.gov.za/sites/default/files/gcis_document/201409/36121a.pdf.

ЮАР приступила к реформированию системы финансового регулирования в 2011 году. Реформе предшествовал пересмотр системы, который начался в 2007 году и завершился разработкой программного документа, озаглавленного «Более безопасный финансовый сектор для более эффективной службы ЮАР»⁵. Реформа в Южной Африке проводилась в два этапа. Первый был сосредоточен на создании новых регулирующих органов в соответствии с Законом о регулировании финансового сектора. На втором этапе оформлялась компетенция регулирующих органов: осуществлялась разработка законодательства и внесение в него поправок, а также консолидация нормативных актов и стандартов, применимых к финансовому сектору. В то же время рабочая группа занималась и разработкой терминологического аппарата в данных нормативных актах, относящихся к финансовым рынкам.

4. Концептуальный анализ правовой природы понятия финансовых рынков

В теории международного финансового права правовые концепции финансовых рынков представлены во взаимосвязи с понятиями свободных рынков и социальной справедливости, а приоритетной целью научного анализа выступает создание правовых оснований для функционирования рыночных инструментов (Sunstein, 1990, p. 135). В теории международного права предпочтение отдается доктринальному методу исследования, при этом особое внимание уделяется тезису об утверждении нормативного порядка над рыночным саморегулированием. Установление правовых оснований способствует реализации принципа справедливости и обуславливает взаимосвязанную с данным принципом экономическую эффективность рынков (Sunstein, 1997, p. 213). Сообразя понятие финансовых рынков с теоретическими основами мягкого права, необходимо понимать, что установление мирового правового финансового порядка в соответствии с изменчивыми реалиями современной экономики и политики предписывает новый правовой формат норм и правил. Мягкое право зачастую характеризуется высоким уровнем сложности, и формирование понятийного аппарата в данном контексте — не исключение (Lipson, 1991, p. 500).

Теоретик рефлексивного права Г. Тойбнер описал модели функциональных правовых подсистем, которые развиваются автономно от

⁵ National Treasury, Republic of South Africa, 'A safer financial sector to serve South Africa better' (policy paper, 23 February 2011). URL: <http://www.treasury.gov.za/twinpeaks/20131211%20%20Item%20%20A%20safer%20financial%20sector%20to%20serve%20South%20Africa%20better.pdf>.

государств. Д. Шнайдерман пошел дальше в интерпретации идей саморефлексии норм Тойбнера, наделив автономные правовые системы внутренней рациональностью, «полаганием на самих себя». Шнайдерман предполагал функционирование и проявление особенностей правового системного регулирования во взаимодействии с другими подсистемами (Schneiderman, 2011).

Подсистемы, согласно Шнайдерману, действуют рефлекторно, разрабатывая стратегии самоограничений, которые выборочно определяют разные по своей природе и характеру нормы. Такие нормы как элементы самополагания формируют системы для оценки реакции правового режима на внешние воздействия. Шнайдерман описывает процесс становления глобальных отраслевых стандартов в практике международного права, отмечая обоснованность применения доктрины пропорциональности как средства поиска баланса общественных интересов и равенства сторон — инвестора и государства; при этом стабильность и безопасность на финансовых рынках обеспечивается посредством правового регулирования.

Понимание рефлексивной природы правовых норм международного права рассматривается Шнайдерманом с точки зрения постановки вопроса о легитимности и справедливости таких норм; такую же логику можно обнаружить и в решениях международных судов, в правовой аргументации, представленной сторонами во время рассмотрения дел в международных судах.

Когда речь заходит о самореферентности в контексте теории права, необходимо обратить внимание на две исходные характеристики и специфики регулирования: гибкость норм и вовлеченность в правотворчество не только субъектов международного права, но и социальных институтов (Teubner, 1993, p. 71).

Вышеприведенные источники теории рефлексивного права предполагают определенную степень свободы включения в теоретический аппарат международного финансового права понятий, которые с точки зрения традиционных канонов права изначально не являются правовыми, но при этом остаются ключевыми для описания архитектуры международного финансового права.

Так, К. Бруммер отмечал, что формальное, обязательное международное право играет ограниченную роль в международных финансах (Brummer, 2012, p. 6). «Жесткое» международное право сталкивается с невозможностью прямого действия в сфере международных финансов, большая часть которых построена на горизонтальных связях между

частными кредиторами и государствами как участниками рынка (Helfer, 2005, p. 1581).

5. О соотношении понятия финансовых рынков и финансовых обязательств при формировании основ международно-правового финансового регулирования

Регулирование финансовых рынков во многом определяется правилами, которые устанавливают обязательства, связанные с финансами, и охватывают вопросы публичных денежно-кредитных отношений. Публичные финансовые обязательства государств, в частности суверенные долги, относятся к обязательствам, которые необходимо исполнять по установленным правилам. Эти обязательства могут принимать различные формы, но все они содержат обязанность совершения определенных установленных действий по обеспечению соответствия законам или иным установленным правилам.

Правовое регулирование денежно-кредитных отношений непосредственно относится к практике функционирования финансовых рынков. Так, денежно-кредитная политика государства призвана регулировать обеспечение исполнения публичных обязательств в сфере финансовых рынков. В случае, когда национальные правительства могли экспроприировать финансовые вложения иностранных кредиторов посредством принятия нормативных актов в области валютного регулирования, кредиторы принимали ответные меры, прибегая к помощи международных судов и трибуналов (Fornaro, 2022, p.1915). В данном контексте стоит упомянуть дело *CMS v. Argentina*: чтобы положить конец экономическому кризису конца 1980-х годов, Аргентина в 1989 году приняла план восстановления экономики, который включал программу приватизации некоторых государственных предприятий и коммунальных служб. Наряду с планом был принят ряд новых нормативно-правовых актов, включая Указ о конвертируемости валюты 1991 года, Указ о привязке аргентинской валюты к доллару США 1991 года⁶, что стало поводом для обращения иностранных инвесторов в трибунал по разрешению инвестиционных споров.

С экономическими последствиями значительного оттока объемов частного капитала столкнулись государства с высоким внешним долгом. Для них залогом успешного выхода из сложившейся ситуации стало законодательство. Возможность преодоления национального финансового системного кризиса виделась в гармонизации отношений на финансовых

⁶ CMS Gas Transmission Company v. The Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/01/8.

рынках, а также в применении международно-правовых инструментов финансового регулирования. В данном контексте уместно обратиться к примеру Греции, Испании и Португалии, Ирландии. После событий общемирового экономического кризиса 2008 года в этих государствах появились стабилизационные механизмы, а в законодательство вносились изменения с целью получения финансирования от Европейского союза и Международного валютного фонда (далее — МВФ).

В теории международного финансового права период 1970–1980-х годов, известный прежде всего принятием ямайской валютной системы, предстает огромной малоисследованной областью знания. В 1960-х годах центральные банки, не желая ужесточать денежную политику, обращались к МВФ, чтобы одолжить резервы; но когда и эти резервы истощались, они снова обращались к МВФ — на этот раз за разрешением провести девальвацию национальной валюты по отношению к доллару (Уайт, 2020, с. 294). В это время в международно-правовой терминологии появились термины для обозначения государств-заемщиков, которые принимали внешние вливания капитала. Участники таких взаимоотношений определялись как стороны международно-правовых обязательств с соответствующим обозначением: кредитор и должник⁷.

Поскольку понятие финансовых рынков тесно связано с понятием финансовых обязательств, международно-правовая терминология была дополнена сопутствующими категориями: «неплатежеспособность по долговым обязательствам», «низкий уровень платежеспособности», «потенциальные финансовые риски», «правительственный бюджет». Расширение понимания существа обязательств способствовало сближению в позициях центральных банков государств в области регулирования капитала, что выразилось, в частности, в принятии общих стандартов Базельским комитетом по банковскому делу⁸. Неотъемлемой чертой сложившегося международного финансового правопорядка является существование неформальных транснациональных сетей, позволяющих государствам, нарушающим свои обязательства на финансовых рынках, договориться с государством-кредитором или клубом кредиторов (Парижский клуб кредиторов, Лондонский клуб кредиторов). Ответственность в международном финансовом праве в части нарушений государствами взятых на себя обязательств реализуется через применение к государству-нарушителю институциональных санкций, принятие

⁷ Fair and Equitable Treatment Standard in International Investment Law OECD//URL: Working Papers on International Investment 2004/03. URL: https://www.oecd.org/daf/inv/investment-policy/WP-2004_3.pdf.

⁸ The Basel framework: the global regulatory standards for banks. URL: <https://www.eba.europa.eu/activities/basel-framework-global-regulatory-standards-banks>.

обеспечительных мер по решению международных судов, приостановление членства в международной организации (Chen, 2011, p. 1565).

Публичность финансовых обязательств на международных финансовых рынках выражается в официальном принятии на себя обязательств государством, а также готовности нести ответственность за неисполнение финансовых обязательств. Такая черта финансовых обязательств как публичность позволяет укреплять международное финансовое сотрудничество (Zaring, 2015, p. 180).

Постараемся кратко проанализировать, почему в момент становления системы публичных обязательств в международном финансовом праве требовалась оценка финансовых обязательств государств. Отношения, в которых возникают международные финансовые обязательства, включают в себя классические межгосударственные финансовые операции; межгосударственную продажу товаров; транснациональные услуги, такие как телекоммуникации и почта; финансовые операции многосторонних учреждений; займы, гранты и гарантии, предоставляемые различными международными финансовыми учреждениями для определенных финансовых отношений между негосударственными субъектами (включая физических лиц) и государствами, межправительственными организациями или другими субъектами международного права; и государственные займы международным организациям. Во многом потребность в оценке финансовых обязательств была продиктована необходимостью глобального регулирования движения капитала и выработки общих для мировой экономики принципов и правил. В международных финансовых операциях валюта счета и валюта платежа зачастую совпадают. В тех случаях, когда они различаются, третий элемент — обменный курс — дополнительно определяет финансовую сущность обязательства.

В период 1970–80-х годов оценка публичных обязательств во многом основывалась на ключевых параметрах, принятых в отношении финансовых рынков. На основе финансового анализа была выведена формула оценки платежеспособности государств по обеспечению публичных финансово-кредитных обязательств. Сравнительно-правовой анализ обеспечения публичных обязательств был проведен в отношении внешнего долга Аргентины, Мексики, Венесуэлы как государств-заемщиков в 1974–1982 годах (Helleiner, 2005, p. 21). Без надлежащей возможности погашения обязательств при нарушении баланса внутреннего и внешнего инвестирования эти государства находились на низком уровне платежеспособности, что давало основания для прогноза рисков национализации долга с последующим отказом от обязательств (Brock,

2009, р.1). Под публичными обязательствами понимались гарантийные обязательства правительств по принятию законодательства в области регулирования банковской деятельности в отношении обеспечения обязательств (Diaz-Alejandro, р. 200).

В условиях финансового кризиса в Чили в 1982 году государственные меры состояли в проведении реформы налогового законодательства и валютного регулирования (Claessens, Perotti, 1983, р.4). Реформы также расширили юрисдикцию надзорного органа по финансовым рынкам и изменили требования к деятельности субъектов финансового рынка. Правительство взяло на себя финансовые обязательства закрыть отдельные неплатежеспособные банки и признать убытки. Целью таких мер выступала разработка законодательства, которое бы защищало национальных и прежде всего иностранных инвесторов (Velasco, 1975, р.118). Регулирование международных финансовых рынков направлено на исполнение публичных обязательств посредством следования нормам, принципам и правилам в целях обеспечения стабильности финансовых отношений.

Признавая первостепенную значимость автономности финансового регулирования, на финансовых рынках в 80-х годах параллельно продвигался комплексный междисциплинарный подход регулирования, сочетающий в себе правила классификации и оценки достаточности капитала, качества активов, усиление надзорных мер, методики оценки прибыльности и ликвидности. Стоит уделить особое внимание примеру США, где нормы банковского регулирования распространились на последующую практику внешних инвестиций капитала. Комплексное регулирование способствовало становлению и утверждению принципа прозрачности (Попов, 2016, с. 21–24). Обязательство раскрытия банковской информации было принято в качестве ключевого элемента в дерегулировании банковской системы.

Дерегулирование предполагает устранение некоторых ограничений деятельности акторов на финансовых рынках и усиление роли надзорных органов. Так, американский закон Грэмма-Лича-Блайли, закрепивший за Федеральной резервной системой статус мегарегулятора, который осуществляет надзор за всеми компаниями, предоставляющими финансовые услуги, действительно смягчил последствия кризиса.

Наряду с практически всеобщим признанием отраслевых норм и принципов автономного регулирования сохранялась тенденция принятия новых национальных банковских законов, наделяющих в том числе и комплаенс-полномочиями управления банков по контролю и обеспечению соблюдения автономных правил и принципов. В этом случае так

называемое дерегулирование фактически изменяло финансовую стратегию банков, дополняя традиционное регулирование критериями и принципами, такими как стабильность, предсказуемость, прозрачность, минимизация рисков по банкротству, раскрытие информации о кредитовании. Экономические критерии обрели производные функции в оценке деятельности банков, в частности деятельность по стимулированию рекапитализации банков, снижение риска интервенции капитала, способность банков принимать и ограничивать депозиты до востребования, перевод деятельности на рынке ценных бумаг в дочерние компании банков.

Какие же условия для выполнения публичных финансовых обязательств можно считать достаточными и необходимыми? В международном публичном праве одним из таких условий является стабильность банковской системы, которая включает в себя валютное регулирование с последующим возможным созданием и развитием валютного союза для нескольких государств-членов (Fornaro, 2022, p. 1911). Стабильность как цель международного финансового регулирования обеспечивается за счет комплекса принятия правовых мер, направленных на защиту финансовых интересов сторон.

Немаловажным понятием, близким к понятию финансовых рынков, является пруденциальное регулирование. В контексте концепции мягкого финансового права пруденциальное регулирование может быть определено как необходимая осмотрительность в деятельности акторов глобализированных финансовых рынков, в основе которой лежит правовая оценка финансовой деятельности и управление рисками.

Заключение

Традиционное международное право отступает на второй план перед конкретными правовыми институтами не только в области международного финансового права, но и в других областях международного права, в каждой из которых наличествуют устоявшиеся предпочтения в выборе автономных норм, которые действуют в конкретной отрасли или подотрасли международного права (Koskenniemi, 2007, p. 3–4). Это вызвало серьезные дебаты о фрагментации международного права, в связи с чем Шестой Комитет Генеральной Ассамблеи ООН поручил Комиссии международного права изучать проблемы фрагментации международного права в целом и пути ее решения.

Проанализировав правовые аспекты закономерностей финансовых кризисов, авторы пришли к выводу о необходимости альтернативного правового регулирования, осуществляемого посредством

совершенствования институционального надзора за банковской деятельностью, установления государством публичных финансовых обязательств, совершенствования инструментов автономного правового регулирования (Reinhart, 2015, p. 466).

Понятие финансовых рынков можно исследовать как самостоятельную предметную область регулирования финансовых отношений, сфокусированную на изучении автономных правил финансовой деятельности. Понятие финансовых рынков рассматривается в настоящей статье как совокупность правоотношений экономического характера, связанных со взятыми на себя сторонами финансовыми обязательствами, перемещением и распределением денежных средств и финансовых инструментов на основе спроса и предложения, регулируемых международным финансовым правом.

Регулирование финансовых рынков раскрывает функциональность концепции мягкого права. Интерпретация понятия финансовых рынков приобретает особое значение в контексте законотворчества в области финансовых отношений. Понятие финансового рынка, таким образом, является общей собирательной концепцией международного финансового права. Вместе с тем, для интерпретации понятия финансовых рынков представляется важным обращение к практике регулирования публичных финансовых международно-правовых обязательств, позволяющей выразить его правовую сущность.

Теоретические знания об эволюции междисциплинарных понятий в области международных финансовых отношений дают юристу-международнику возможность применять и разграничивать сходные понятия международного финансового права, что способствует формированию целостного понимания особенностей тех или иных норм и правил. Создание прозрачного и эффективного регулирования, которому присуща ясность терминологии, является основой функционирования финансовых рынков (Ingram, 1973, p. 24–25).

Список литературы / References

1. Касьянов, Р. А. (2021). *Регулирование рынка финансовых услуг по праву ЕС и ЕАЭС : монография*. МГИМО-Университет.
Kasyanov, R. A. (2021). *Regulation of the financial services market under EU and EAEU law : a monograph*. MGIMO-Universitet.
2. Лифшиц, И. М., Смбалян А. С. (2025). Правовые аспекты формирования общего биржевого пространства ЕАЭС в свете наилучших практик интеграционных объединений. *Lex russica*, 78(5), 113–129.

- Lifshits, I. M., & Smbatyan, A. S. (2025). Legal aspects of the formation of the common EAEU Exchange Space in the light of the best practices of integration associations. *Lex russica*, 78(5), 113–129.
<https://doi.org/10.17803/1729-5920.2025.222.5.113-129>
3. Попов, Е. В. (2016). Принцип прозрачности в международных инвестиционных спорах. *Российская юстиция*, 12, 21–24.
 Popov, E. V. (2016). The principle of transparency in international investment disputes. *Rossiyskaya Yustitsiya*, 12, 21–24.
 4. Толстых, В. Л. (2019). Тематическая структура российской доктрины международного права. Չիտական Արցախ = *Научный Арцах = Scientific Artsakh*, 1(2), 249–259.
 Tolstykh, V. L. (2019). The thematic structure of the Russian doctrine of international law. *Scientific Artsakh*, 1(2), 249–259.
 5. Уайт, Л. (2020). *Борьба экономических идей: Великие споры и эксперименты последнего столетия*. Новое издательство.
 White, L. (2020). *The clash of economic ideas: the great policy debates and experiments of the last hundred years*. Novoe izdatelstvo.
 6. Brock, P. L. (2009). *Transforming bad banks into good banks: lessons from the Chilean financial crisis*. University of Washington.
 7. Brummer, C. (2012). *Soft law and global financial system: rule making in the 21st century; for a critique of the predominant explanations of the softness*. Cambridge University Press. <https://doi.org/10.1017/CBO9781316423875>
 8. Chen, J. (2011). Soft law and the global financial system. *Emory International Law Review*, 25(3), 1561–1570.
 9. Claessens, S., & Perotti, E. (2005). *The links between finance and inequality: channels and evidence*. University of Amsterdam.
 10. Clark, R., Houde, J. F., & Kastl, J. (2021). *The Industrial Organization of Financial Markets*. National Bureau of Economic Research (Cambridge).
 11. Diaz-Alejandro, C. F. (1983). Some aspects of the 1982–83 Brazilian payments crisis. *Brookings papers on economic activity*, 2, 515–552.
 12. Fornaro, L. (2022). A theory of monetary union and financial integration. *The Review of Economic Studies*, 89(4), 1911–1947.
<https://doi.org/10.1093/restud/rdab057>
 13. Godwin, A. (2017). Introduction to special issue – the twin peaks model of financial regulation and reform in South Africa. *Law and Financial Markets Review*, 11(4), 151–153. <https://doi.org/10.1080/17521440.2017.1447777>

14. Janoveč, M. (2025). Financial market law, its definition, and place in the legal system. *Studia Iuridica Cassoviensia*, 13(1), 70–86. <https://doi.org/10.33542/SIC2025-1-06>
15. Koskeniemi, M. (2006). *Fragmentation of international law: difficulties arising from the diversification and expansion of international law: report of the Study Group of the International Law Commission*. International Law Commission.
16. Reinhart, C. (2015). *The Antecedents and Aftermath of Financial Crises*. Harvard University – Center for Business and Government; Centre for Economic Policy Research.
17. Reinuš, O. (2014). *Finanční trhy*, 4. vyd. GRADA.
18. Helleiner, E. (2005). Regulating capital flight and capital controls in developing countries. In A. Epstein (Ed.), *Capital Flight and Capital Controls in Developing Countries* (pp. 289–300). Edward Elgar Publishing.
19. Helfer, L. R. (2005). Exiting Treaties. *Virginia Law Review*, 91, 1579–1648.
20. Kotáb, P. (2012). Základní finančněprávní instituty. In Bakeš, M., Karfíková, M., Kotáb, P., & Marková, H. *Finanční právo*, 6 vyd. C. H. Beck.
21. Lipson, C. (1991). Why are some international agreements informal? *International Organization*, 45(10), 495–538. <https://doi.org/10.1017/S0020818300033191>
22. Ingram, J. C. (1973). *The case for European monetary integration*. Princeton University Essays in International Finance; International Economics Section.
23. Schneiderman, D. (2011). Legitimacy and reflexivity in international investment arbitration: a new self-restraint? *Journal of International Dispute Settlement*, 2(2), 471–495. <https://doi.org/10.1093/jnlids/ldr010>
24. Sunstein, C. (1997). *Free markets and social justice*. Oxford University Press.
25. Sunstein, C. (1990). *After the rights revolution: reconceiving the regulatory state*. Harvard University Press.
26. Teubner, G. (1993). *Law as an autopoietic system*. Blackwell Publishers.
27. Velasco, A. (2015). *Liberalization, crisis, intervention: the Chilean financial system*. International Monetary Fund. <https://doi.org/10.5089/9781557751874.071>
28. Zaring, D. (2015). Legal obligation in international law and international finance. *Cornell International Law Journal*, 48(1), 176–217.

Международные организации и межрегиональные связи во внешней стратегии ЕС: достижения и проблемы

В. О. Лаптёнок

Газпром-медиа, Москва, Россия
viola160596@gmail.com
ORCID: 0000-0002-5450-869X

Аннотация

Взаимодействие с международными межправительственными организациями (далее — ММПО) и развитие межрегиональных связей — ключевой компонент внешней политики Европейского союза (далее — ЕС, Евросоюз, Союз), направленной на подчинение внешних ресурсов интересам его стратегической автономии. Реализуя эту задачу, ЕС стремится воздействовать на формируемые международными организациями международно-правовые режимы (далее — МПР), которые подлежат имплементации в национальные правовые системы государств. Чем выше степень «встроенности» правовых норм и стандартов ЕС в МПР, тем легче проходит дальнейшее продвижение экономических и политических интересов Союза за пределами его непосредственной юрисдикции. Однако гибридная правовая природа ЕС, его вторичная, производная от суверенных государств правосубъектность создали ситуацию «правового рассогласования» с уставными положениями большинства ММПО, которые, как правило, ограничивают круг полноправных участников своей деятельности суверенными государствами. Возрастающее соперничество крупных держав отмечено глубокой эрозией глобальных механизмов межгосударственного взаимодействия и норм международного права. Асимметричные глобальные взаимозависимости, долгое время скреплявшие структуру мировых производственно-технологических цепочек, трансформировались в инструмент «отключения» соперников от глобальных сетевых структур, побуждая всех участников к поиску путей сдерживания дальнейшей деградации сложившихся механизмов. Международные экспертные сообщества заняты поиском резервных имманентно присущих международному праву возможностей удержания в функциональном состоянии системы коллективной безопасности и недопущения ее взрывного нормативного реструктурирования. Задействуя инструменты междисциплинарного политического и формально-правового анализа, автор рассматривает как положительный опыт использования Евросоюзом межрегиональных связей, так и его ошибки и промахи. Исследование новых торгово-экономических, экологических, технологических и иных барьеров, с которыми сталкивается ЕС, в том числе на фоне турбулентных

взаимоотношений между государствами — членами НАТО, обуславливают актуальность настоящей статьи в контексте исследований функционирования интеграционных объединений с участием России и ее ближайших союзников (ЕАЭС, ШОС, ОДКБ, БРИКС+ и др.).

Ключевые слова: Европейский союз, правосубъектность, внешние компетенции, договорно-правовые отношения, соглашения «нового поколения», стратегическое партнерство, международные межправительственные организации, межрегиональные связи

Для цитирования: Лаптёнок В. О. Международные организации и межрегиональные связи во внешней стратегии ЕС: достижения и проблемы. *Журнал ВШЭ по международному праву / HSE University Journal of International Law*. 2025. Том 3. № 2. С. 117–137.

Виолетта Олежна Лаптёнок — кандидат юридических наук.

European Union external relations strategy in international intergovernmental organisations and inter-regional relations: acquies and bottlenecks

V. O. Laptsenak

Gazprom Media, Moscow, Russia

viola160596@gmail.com

ORCID: 0000-0002-5450-869X

Abstract

Engaging with international intergovernmental organisations (hereinafter — IGOs) and resorting to interregional relations potential constitute a central foreign policy priority of the European Union (hereinafter — EU, the Union), aimed at leveraging external resources to advance the Union's strategic autonomy goals. Pursuing this objective, the EU strives to exert influence on the international regulatory regimes generated by international organisations to be further implemented into the national legal systems of states. The more deeply the EU legal norms and standards are integrated into these international regulatory regimes, the easier it becomes for the Union to extend its economic and political outreach beyond its jurisdiction under favourable conditions. However, the EU's hybrid legal status and its secondary, derived from member-states, international legal personality breed a persistent legal inconsistency with the statutory provisions of most IGOs. This often restricts meaningful participation only to sovereign states. International relations are increasingly eroded by the great powers' rivalry undermining international law and the global interstate interaction mechanisms. Erstwhile the lynchpins of world-wide production and technological chains, asymmetric global interdependencies, are now recalibrated into tools for "disconnecting" rivals from global system networking. Prompted to limit further degradation of existing mechanisms, all the parties and the global expert communities are in search for

reserves within the international legal system to maintain collective security in a functional mode and avert a disruptive normative restructuring. Given the new trade and economic, environmental and technological barriers facing the EU and the dissonance-hit NATO, an in-depth interdisciplinary political and formal legal research into the positive aspects EU pragmatic approach to interregional ties as a life-line is adding weight to major international integration initiatives involving Russia and its closest allies (EAEU, CIS, SCO, BRICS+).

Key words: European Union, international legal personality, external competences, treaty legal relations, “second generation” agreements, strategic partnership, international intergovernmental organisations, interregional relations

Citation: Lapsenak V.O. European Union strategy in international intergovernmental organisations and inter-regional relations: *acquis* and bottlenecks. *HSE University Journal of International Law*. 2025. Vol. 3. No. 2. P. 117–137.

Violetta O. Lapsenak — candidate of sciences in law.

Введение

Европейский союз, как никогда ранее, ощущает потребность в укреплении внутреннего единства, технологическом прорыве и развитии надежных отношений с зарубежными партнерами. Высокая зависимость от внешних факторов существенно повышает значимость взаимодействия с ключевыми акторами глобальной политики в деятельности Союза на международной арене.

Брюссель делает основную ставку на разработку новейших технологий «зеленой энергетики»¹, экономику замкнутого цикла, цифровой переход к новому технологическому укладу и широкое применение искусственного интеллекта (далее — ИИ), а также завоевание лидирующих позиций в нормативно-правовом регулировании этих направлений международного сотрудничества. Количество «зеленых» директив ЕС уже превысило пятьсот (Bloor, 2025, p. 218n3). Стремительно «обрастают» нормативным обеспечением и регламентами стандарты цифровизации, использования ИИ и других инновационных технологий, зачастую идущие дальше, чем нормативы многих международных учреждений, специализирующихся в соответствующих сферах деятельности.

С 2026 года действие разработанного ЕС пограничного корректирующего углеродного механизма, то есть обложения штрафной пошлиной

¹ Directive (EU) 2023/2413 of the European Parliament and of the Council of 18 October 2023 Amending Directive (EU) 2018/2001, Regulation (EU) 2018/1999 and Directive 98/70/EC as Regards the Promotion of Energy from Renewable Sources, and Repealing Council Directive (EU) 2015/652 PE/36/2023/REV/2, [2023] OJ L 2023/2413.

импортируемых товаров, выпускаемых на токсичных производствах зарубежных стран, и взимание штрафного сбора распространится на всю продукцию, ввозимую в ЕС. Предусмотрен также механизм, побуждающий третьи государства следовать такой же практике и вводить аналогичные штрафные наценки, — в этом случае на их товары в ЕС не будет распространяться штрафной тариф. ЕС пытается внедрить эти нормативы в международные стандарты, стремясь заинтересовать в них, прежде всего, такие крупные государства, как Индия, Китай и ряд других. С 2012 года прослеживаются признаки внимания к этой проблеме в проектах отдельных региональных блоков, в частности АТЭС, прорабатывавшего возможные меры содействия торговле «экологичными товарами» и снижения тарифов на них в контексте задач по обеспечению устойчивого развития (Bloor, 2025, p. 218n3).

Механизм ЕС по трансграничному регулированию уровня выбросов CO₂² способен, однако, оказать существенное влияние на всю систему международной торговли и уже породил ряд проблем. В ВТО этот механизм оспаривается как протекционистская мера³. Государства Южного полушария также характеризуют его как «экологический протекционизм», замаскированный под «зеленую повестку»⁴.

Внедряемая ЕС система в наибольшей мере затрагивает энергетику, сталелитейную промышленность, цементные заводы, производство удобрений, алюминия, нефтехимическую отрасль, авиаперевозки, целлюлозно-бумажное производство — и, соответственно, интересы Великобритании, Китая, России, США, Турции, Южной Кореи (Sanahuja, 2022, p. 51). Проблемы, накопившиеся в отношениях с этой группой государств, ЕС стремится разрешить за счет активизации альтернативных направлений экономического взаимодействия по линии межрегиональных связей. Параллельно усиливается тяготение Союза к механизмам перекалывания международно-правовой ответственности на третьи государства.

1. Формирование системы стратегических партнерств ЕС

Центральное место во внешнеполитическом арсенале Союза отводится формированию отношений «стратегического партнерства», — как договорно-правового порядка, так и неформальных, — с ведущими

² Proposal for a regulation of the European Parliament and the Council establishing a Carbon Border Adjustment Mechanism {SEC(2021) 564 final} Document 52021PC0564.

³ Beattie, A. (11 December 2019) Is the EU's Green Policy Protecting the Planet or the European Industry? *Financial Times*. <https://www.ft.com/content/0432eb26-15f2-11ea-9ee4-11f260415385>.

⁴ См.: Изменения климата на Земле: Экологическая повестка - инструмент богатых стран против бедных (11 ноября 2024). *Tadviser*. URL: <https://www.tadviser.ru/index.php>.

державами и нарождающимися экономиками. С начала текущего столетия формирование сети партнерств (Müftüler-Baç, Müller, Sus, Vandendriessche, Uzun, Fonts Picas, & Martins, 2024), все более мотивированных установками на «принципиальный прагматизм», модернизированных и адаптированных под задачи «Зеленого пакта для Европы»⁵, встроенных в стратегию цифровизации и ориентированных на адекватное обеспечение критическими ресурсами, стало ключевой составляющей перехода ЕС к соглашениям «нового поколения». Эти соглашения с ведущими экономиками мира и аналогичные форматы взаимодействия в рамках ассоциации рассматриваются Евросоюзом как инвестиция в будущее. Выстроенная ЕС система отношений позволяет говорить о широком спектре преследуемых им внешнеполитических целей и задач.

Происходит переориентация Евросоюза с многосторонних переговоров в рамках ВТО и соглашений «первого поколения» (торговля товарами и тарифы, снижение таможенных пошлин и квот на товары и т.д.) на подписание на много более комплексных двух- и многосторонних соглашений «второго поколения» (об ассоциации, экономическом партнерстве и др.). Новый вектор договорно-правовых отношений отличается высокой нормативной насыщенностью и охватывает расширенный диапазон взаимодействия (движение капитала, инвестиции, конкуренцию, торговлю услугами, защиту окружающей среды, права человека, социальные стандарты, трудовую миграцию, госзакупки, механизмы разрешения споров).

Среди стратегических партнеров Союза выделяется группа традиционных единомышленников — США (при нарастающем столкновении интересов⁶), Канада, Япония и ряд других западных государств, исходный уровень расхождения интересов с которыми относительно незначителен⁷, и другая часть, представленная глобальными соперниками-контрагентами, — прежде всего, это Россия и Китай (Renard, 2016), которые изначально рассматривались как «критически важные» для ЕС стратегические партнеры в экономическом отношении и в сфере безопасности⁸. С 2004 года оформлено стратегическое партнерство ЕС с Индией (Muftuler-Bac,

⁵ Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions: European Climate Pact (Climate Pact Communication) COM(2020) 788 final.

⁶ Примечательно, что вплоть до настоящего времени стратегическое партнерство между ЕС и США все еще не имеет договорно-правового оформления.

⁷ Стратегическое партнерство с Канадой и Японией, традиционно выступающими контрагентами ЕС, получило официальное оформление относительно недавно — в 2016 и 2018 году соответственно. См.: Ministry of Foreign Affairs of Japan (2018) *Strategic partnership between the EU and Japan* (Tokyo 2018). URL: <https://www.mofa.go.jp/files/000381942.pdf>.

⁸ Strategic partners progress report for the European Council – 2010. URL: <https://www.asktheeu.org/en/request/379/response/1148/attach/4/Strategic%20partners%20Dec%202010%20disclosable%201.pdf>.

Aydin-Duzgit, Uzun, Martill, Mesarovich, & Schnitzler, 2022, p.16), которая причислена к разряду «ключевых партнеров-единомышленников», тогда как ЮАР отнесена к «региональным стратегическим партнерам» (Renard, 2011, p. 13, 23).

В Европейской стратегии безопасности (2008) к перечню стратегических партнеров добавлены также Бразилия и Мексика, а с 2010 года — Южная Корея (Ferreira-Perreira & Vysotskaya Guedes Vieira, 2016). Заключив первые десять соглашений этого типа со стратегически значимыми государствами и дополнив их соглашениями о партнерстве с шестью ведущими международными и региональными организациями, ЕС таким образом определил круг своих ключевых внешних партнеров (Ferreira-Perreira & Vysotskaya Guedes Vieira, 2016, n30).

Общим знаменателем для всех разновидностей стратегического партнерства ЕС, как правило, выступает нацеленность на третью сторону, будь то государство или регион — метод так называемой «триангуляции», предложенный Т. Ренардом (Renard, 2012), — рассматриваемые или представляемые как источник определенных масштабных проблем или угроз (потоков нелегальных мигрантов, трансграничной преступности, терроризма и т. д.) (Meltem Muftuler-Bac et al, 2022, p. 27n28).

Стратегическое партнерство с другими государствами мотивировано, преимущественно, соображениями «поддержания баланса» (Podadera Rivera & Garashchuk, 2016, p. 1; Maher, 2016) либо текущими приоритетами экономического характера. В число государств, с которыми Евросоюз достиг договоренности о стратегическом партнерстве, вошли также Швейцария, Норвегия и Саудовская Аравия. В качестве кандидатов на включение в этот список рассматриваются соседи ЕС на востоке и юге, а также Турция — член НАТО (Meltem Muftuler-Bac et al, 2022, p. 27n28). В терминах стратегического партнерства ЕС характеризует также свои отношения с Азербайджаном, который, в свою очередь, имеет соглашения о стратегическом партнерстве с восемью членами ЕС (в том числе Италией, Румынией, Хорватией, владеющими активами в энергетическом секторе Азербайджана (Nuriyev, 2008)).

В последние годы эволюция внешнеполитических приоритетов ЕС привнесла существенные коррективы в порядок ранжирования отношений стратегического партнерства. Уже с 2014 года Россия прямо рассматривалась Евросоюзом как «главная стратегическая угроза», а Китай стал «системным вызовом».

На этом фоне наблюдается трансформация торговых соглашений ЕС в торгово-политические с акцентом на повышенные технологические, экологические, социальные, трудовые стандарты. Эти факторы призваны

компенсировать снижение доли ЕС в мировой торговле — в 2024 году в мировом экспорте она составила 14%⁹, а также к 2030 году обеспечить ему выход на уровень объединения, наиболее интегрированного с внешним миром в области информационно-коммуникационных технологий, и в долгосрочном плане — «прорыв» Евросоюза в шестой технологический уклад на основе перевода промышленности и всей экономики на электронную основу и широкого внедрения генеративного ИИ¹⁰.

Не ограничиваясь сферой торговли и инвестиций, внешнеполитические приоритеты ЕС все более смещаются к обеспечению интересов обороны и безопасности. Поиск нормативного потенциала стратегических партнерств и межрегиональных связей активизирован на трех ключевых направлениях, затрагивающих: а) правовые полномочия региональных организаций в сфере коллективной безопасности; б) право, регулирующее обращение к силе (*jus ad bellum*); в) нейтралитет по международному праву и действующие в его рамках ограничения на оказание военной поддержки третьему государству, вовлеченному в вооруженный конфликт (Nasu, 2022, p. 110, 113).

Актуальность этих векторов возрастает по мере осложнения обстановки на европейском континенте, что выражается в динамичном наращивании ведущими государствами — членами ЕС военного потенциала, модификации под новые задачи интерпретации правовой базы, регламентирующей развитие НИОКР в сфере обороны, возможностей ведения «миротворческих операций» и военных действий, а также в отмене прежних табу на поставки летальных вооружений третьим государствам, вовлеченным в вооруженный конфликт и т. д.

Возрастающая напряженность отношений между США и ЕС, ужесточение требований со стороны администрации Д. Трампа с момента его повторного вступления в должность в 2025 году, стремление переложить на Брюссель бремя урегулирования кризиса на европейском континенте — показатели меняющегося характера взаимоотношений между традиционными союзниками по НАТО. Разногласия в отношениях с администрацией Трампа (в первой каденции) в конце 2018 года ознаменовались временным понижением статуса дипломатического представительства ЕС в Вашингтоне с уровня посольства до миссии международной организации. И хотя в марте 2019 года США все же изменили свое решение и статус посольства ЕС в

⁹ Внешняя торговля Евросоюза (16 января 2025). *TAdviser*. URL: <https://www.tadviser.ru/index.php>.

¹⁰ *European declaration on digital rights and principles for the digital decade 2023/C 23/01* PUB/2023/89 OJ C 23, 23.1.2023.

Вашингтоне был восстановлен¹¹, при второй администрации Трампа напряженность во взаимных отношениях США и ЕС лишь усиливается. Председатель Еврокомиссии У. фон дер Ляйен заявила о готовности Союза отстаивать свои интересы и реагировать на «любые необоснованные меры Вашингтона»¹².

Признаки дрейфа проявились и в процессе перенаправления Евросоюзом миграционной политики в русло коммунитаризации. Причина тому — склонность некоторых государств-членов к частичной передаче соответствующих полномочий на наднациональный уровень, усиливающаяся на фоне очередных всплесков миграционного кризиса. С 2015 года приграничные государства ЕС Шенгенской зоны осуществляли массовую депортацию и коллективные выдворения мигрантов из государств Евросоюза. Отступления от заявленного в Хартии основных прав ЕС права на убежище (ст. 18), запрета «коллективной высылки» (ст. 19)¹³, несоответствие практики насильственных выдворений международному и европейскому гуманитарному праву и международному праву прав человека оборачиваются для Евросоюза многочисленными судебными исками¹⁴.

Решение наиболее острых проблем осуществлялось Евросоюзом за счет перенесения на территорию государств транзита функций временного содержания и фильтрации нелегальных мигрантов. Эти и другие предпринимаемые Евросоюзом меры по вынесению за периметр своих границ и перекалыванию на третьи государства наиболее проблемных аспектов пограничного контроля и пропускного режима, а, соответственно, и международно-правовой ответственности за возможные правовые эксцессы в вопросах выдворения и реадмиссии (Douma, Eckes, van Elsuwege, Kassoti, Ott, & Wessel, 2021, p. vii) воспринимаются внешними партнерами ЕС как стремление уйти от неблагоприятных международно-правовых последствий. В условиях напряженной геополитической обстановки сегодняшнего дня Евросоюз активно применяет подобный «аутсорсинг ответственности» и перекалывание бремени политико-правовых, финансовых и моральных издержек в рамках реализации других направлений Общей внешней

¹¹ Anderson, E. (4 March 2019) US bumps EU diplomatic status back up after downgrade. *Politico*. URL: <https://www.politico.eu/article/us-bumps-eu-diplomatic-status-back-up-after-downgrade/>.

¹² Liboreiro, J. (22 November 2025) Von der Leyen on Trump: EU will be 'pragmatic' but protect its interests'. *EuroNews*. URL: <https://www.euronews.com/my-europe/2025/01/21/von-der-leyen-on-trump-eu-will-be-pragmatic-but-protect-its-interests>.

¹³ См.: Danish Refugee Council. Pushbacks at EU borders: protecting rights at borders: Are pushbacks illegal? URL: <https://drc.ngo/what-we-do/core-sectors/protection/pushback-protecting-rights-at-borders/>.

¹⁴ Luyten, K. (October 2022) Addressing pushbacks at the EU's external borders. European parliamentary research service briefing PE 738.191, 1.

политики и политики безопасности (далее — ОВПБ) и Общей политики безопасности и обороны (далее — ОПБО).

2. Взаимодействие ЕС с международными и региональными организациями

Обладая самым многочисленным дипломатическим корпусом в мире (Leonard & Bildt, 2019), ЕС осуществляет системный мониторинг применения важных для него международно-правовых режимов. Свою совместную деятельность с ООН и ее специализированными учреждениями, фондами и программами Евросоюз осуществляет в 170 странах мира¹⁵. Постоянные представительства ЕС, согласно ст. 32 Договора о Европейском союзе (далее — ДЕС), «содействуют выработке и реализации общих подходов» и, в соответствии со ст. 221 Договора о функционировании ЕС (далее — ДФЕС), действуют по принципу «одного окна». Общее руководство деятельностью этих дипломатических миссий осуществляется Верховным представителем по иностранным делам и политике безопасности (ст. 221(2) ДФЕС), координация обеспечивается Европейской службой внешних действий (далее — ЕСВД).

ММПО, созданные первичными субъектами международного права и международных отношений — суверенными государствами, действуя на региональном или глобальном уровне, разрабатывают международно-правовые режимы, правовые нормы и принципы и способны оказывать существенное влияние на развитие международного сотрудничества в сферах своей специализации. В сравнении с государствами, правосубъектность ММПО вторична и ограничена их учредительными актами. Эти организации могут действовать лишь в рамках своих уставов и не обладают полномочиями, выходящими за определенные ими пределы.

Эволюция вывела Евросоюз на уровень наднационального образования, гибридный государствовообразный статус которого (Кашкин, 2014, с. 33) — промежуточный между квази-(кон)федерацией и межправительственной организацией — придает ему характер уникального (*sui generis*) субъекта международного права. Институционально-правовая конструкция ЕС сочетает элементы конфедерации (межгосударственные договоры, центральная роль национальных правительств в развитии интеграционных процессов, суверенитет государств-членов в сфере обороны и налогообложения), федерации (добровольный характер объединения,

¹⁵ EU–UN: Global Partners Working Together to Promote International Peace, Security, Human Rights and Sustainable Development (September 2022). URL: https://www.globalpartnership.org/node/document/download?file=document/file/White%20Paper_Bilateral%20And%20Multilateral%20Partners%202021_1.pdf.

разграничение компетенций, наднациональные институты, верховенство права ЕС; общие внутренняя политика, валюта, официальные символы и единый рынок) и региональной организации (международно-правовая основа деятельности, многоуровневая структура, постоянно действующие органы, наделение полномочиями и их ограничение государствами-членами). Имеет место постепенное усиление наднациональных начал (значительная автономия ряда институтов, наличие исключительной наднациональной компетенции, централизованное принятие решений обязательного характера, прямое действие правовых норм, наднациональный судебный надзор) при сохранении межправительственных механизмов (сохранение самостоятельности суверенных участников, принцип равенства, решения на межправительственной основе с использованием согласительных процедур и взаимного согласия и др.).

Опыт ЕС в той или иной степени учитывался в процессе интенсивного становления обширных интегрированных экономических пространств в разных регионах мира: в Северной Америке — НАФТА (1994)/ЮСМКА (2020); в Южной Америке — Общего рынка стран Южной Америки (МЕРКОСУР, 1985), Союза южноамериканских наций (УНАСУР, 2004 /2008); в Азии — АСЕАН (1967) и АТЭС (1989); в Африке — Африканского союза (2002), Общего рынка стран Восточной и Южной Африки (КОМЕСА, 1993); на постсоветском пространстве — поэтапно СНГ (1991), ЕврАзЭС (2000), ЕЭП (2012), ЕАЭС (2015).

Правовой основой участия ЕС в деятельности международных организаций и многосторонних международных форумов являются ст. 220 и 221 ДФЕС, в совокупности со ст. 3(5) и 21(1) ДЕС позволяющие Евросоюзу поддерживать «необходимые формы сотрудничества» и взаимодействовать с другими субъектами международного права в рамках международно-правовых режимов. Полномочия Евросоюза вступать в отношения и взаимодействовать с международными организациями предусмотрены ст. 209(2) и 211 ДФЕС и позволяют заключать с ними соглашения в интересах достижения целей, установленных ст. 21 ДЕС и 208 ДФЕС. Аналогичные положения предусмотрены в отношении экономического, технического и финансового (ст. 212(3) ДФЕС), а также в области гуманитарного сотрудничества (ст. 214 ДФЕС). В международном праве отношения в рамках установленных компетенций ЕС, предусмотренных в этих целях ст. 216(1) ДФЕС, оформляются соглашением/договором. Внешнее представление интересов ЕС, помимо ключевых направлений ОВПБ и специально оговоренных в учредительных Договорах сфер, согласно ст. 17(1) ДЕС, возложено на Еврокомиссию.

Наряду с ООН и всем комплексом входящих в систему ООН универсальных и специализированных международных учреждений, взаимодействию с которыми ЕС придает приоритетное значение, к разряду важных для Союза стратегических партнеров отнесены такие международные организации и институты, как ВТО, МВФ, Международный уголовный суд. Кроме того, нарастает интенсивность взаимодействия Евросоюза с НАТО (Tangör, 2021; Blanco, 2016), а также с ведущими региональными объединениями и организациями — Советом Европы, Организацией по безопасности и сотрудничеству в Европе (ОБСЕ), Организацией экономического сотрудничества и развития (ОЭСР), Африканским союзом (АС), Организацией американских государств (ОАГ), Лигой арабских государств (ЛАГ), Организацией исламского сотрудничества (ОИС), Ассоциацией регионального сотрудничества стран Южной Азии (СААРК), Ассоциацией государств Юго-Восточной Азии (АСЕАН), Сообществом латиноамериканских и карибских государств (СЕЛАК) и др.

Постулированная статьей 47 ДЕС правосубъектность Евросоюза побуждает Брюссель к утверждению единого присутствия ЕС и его государств-членов на международных форумах и целенаправленным усилиям по обеспечению для себя максимально высокого статуса и уровня участия в деятельности международных и региональных организаций. Возможности такого взаимодействия, однако, зависят от условий и процедур, предусмотренных учредительными документами этих организаций, определяющих статус и диапазон возможного вовлечения внешних партнеров в их деятельность (перечень международных организаций с указанием статуса в них ЕС см.: Missiroli, 2010, п427). Уставы большинства ММПО ограничивают круг своих полноправных участников суверенными государствами.

Решая эту задачу и успешно преодолевая в одних случаях препятствия политико-юридического, дипломатического и организационного характера, возникающие на пути, в других Евросоюз натолкнулся на серьезные проблемы, причем не только формально-правового, процедурного или ситуативного порядка, но даже в виде внутреннего сопротивления со стороны собственных государств-членов. Далекое не всегда, в том числе вследствие сложного характера разграничения компетенций между ЕС и его членами, последние проявляют готовность уступать свои prerogatives участия в деятельности международных структур и форумов.

В обобщенном виде в диапазоне представленности ЕС в международных организациях можно выделить следующие уровни: 1) достаточно редкие случаи наделяния статусом полноправного членства с правом голоса при полном замещении участия государств-членов (например, в ряде

специализированных организаций рыболовецкого промысла); 2) не менее редкие случаи полноправного членства с правом голоса параллельно с участием государств-членов, однако, лишь в порядке взаимозамещения при принятии решений и голосовании (либо государства-члены, либо ЕС¹⁶ — например, в ВТО, ФАО, МСЭ, «Кодексе Алиментариус»); 3) статус, приближенный к полноправному членству с правом голосовать по отдельным вопросам (ОЭСР; а также Всемирная таможенная организация (далее — ВТамО)¹⁷, где «сопоставимый со статусом члена» Организации статус, но не само членство¹⁸ был предоставлен еще Европейским сообществам); 4) статус наблюдателя с «расширенными полномочиями» без права голосования (ООН¹⁹); 5) статус специального наблюдателя (Исполсовет Всемирной продовольственной программы ООН, Международная организация по виноградарству и виноделию); 6) классический статус постоянного наблюдателя (в большинстве специализированных учреждений системы ООН); 7) приглашенный наблюдатель на временной или разовой основе (по приглашению государств, являющихся членами таких организаций, либо по приглашению секретариатов этих организаций); 8) консультативный статус (при Форуме по сотрудничеству в области устойчивого развития и др.); 9) и, наконец, отсутствие какого-либо статуса. Как было отмечено Судом ЕС в деле *Commission v Council (FAO)*, в ситуациях так называемого смешанного представительства в международной организации, когда допускается членство, как ЕС, так и его государств-членов, они обязаны (ст. 2 и 3(3) ДЕС) действовать в

¹⁶ Совместное, наряду с его государствами-членами, участие ЕС в голосовании возможно лишь там, где принципом принятия решений является консенсус и количество голосов значения не имеет.

¹⁷ Council decision of 25 June 2007 on the exercise of rights and obligations akin to membership ad interim by the European Community in the World Customs Organisation (2007/668/EC). OJ L 274/11; Proposal for a Council Decision on the accession of the European Communities to the World Customs Organisation and the exercise of rights and obligations akin to membership ad interim (presented by the Commission). Commission of the European Communities. COM(2007) 252 final. 2007/0087 (ACC). Brussels, 14.5.2007.

¹⁸ Полноправное членство в этой организации Евросоюз сможет обрести лишь после ратификации всеми ее 185 членами поправки, внесенной в соответствующий пункт Конвенции ВТамО, разрешающий вступление экономических и таможенных союзов. Хотя ВТамО приняла в 2007 году заявку от на тот момент Европейского Сообщества с просьбой о вступлении, наблюдается тенденция к торможению этого процесса.

¹⁹ A/RES/65/276 Резолюция 65/276 Участие Европейского союза в работе Организации Объединенных Наций, принятая Генеральной Ассамблеей 3 мая 2011 года. За год до принятия этой резолюции при апробации ее первого варианта на ГА ООН в 2010 году Евросоюз неожиданно для себя обнаружил, что государств из числа его «стратегических партнеров» (на тот момент всего их насчитывалось девять) либо воздержались, либо даже выступили против повышения статуса ЕС при ООН.

соответствии с принципом «единства международного представительства»²⁰ и «лояльного сотрудничества»²¹.

Вместе с тем в качестве регионального объединения экономической интеграции Евросоюз выступает стороной более пятидесяти международных (преимущественно, экологических) конвенций ООН, что стало возможным после внесения соответствующих изменений в их тексты. Евросоюз (единственный среди негосударственных субъектов) добился статуса участника таких форумов, как Рамочная конвенция ООН об изменении климата, конференции ООН по устойчивому развитию и по наименее развитым странам и в ряде других.

Лиссабонский договор (ст. 34(1)) существенно повысил внимание к координации действий государств — членов ЕС в международных организациях. Так, «государства — члены ЕС, которые также являются членами Совета Безопасности (далее — СБ) ООН, согласовывают свои действия по всем вопросам» (ст. 34(2) ДЕС). Помимо участия и регулярных выступлений на всех открытых заседаниях СБ, Евросоюз делает заявления также и на большинстве закрытых (процедура допускает возможность приглашения Советом «заинтересованных сторон»). По сути, ЕС стал своего рода самостоятельным субъектом консультативного процесса в СБ.

Со своей стороны, Брюссель в порядке усиления институтов наднациональной надстройки Евросоюза даже прорабатывает варианты учреждения собственного Совета Безопасности по аналогии с Совбезом ООН, где, наряду с ротируемыми местами, будет предусмотрено и постоянное членство с закреплением двух таких мест за государствами-членами, представляющими «восточное крыло» ЕС, и трех — «западное» (Leonard & Bildt, 2019, n43). Некоторые государства Евросоюза, однако, высказывают опасения, что чрезмерная автономность наднациональных институтов, а также их нарастающая «экспансия» в вопросах внешнего представительства могут обернуться «постепенным поглощением» полномочий государств-членов²².

Опасения государств — членов ЕС усиливаются, поскольку Брюссель активно лоббирует отмену национального права вето в вопросах, затрагивающих суверенные прерогативы в сфере внешней политики и обороны. Несмотря на оказавшийся контрпродуктивным опыт использования процедуры принятия решений на основе квалифицированного большинства голосов (далее — КБГ) при распределении потоков

²⁰ ECJ. (15 November 1994). Opinion 1/94 of the Court. Para. 108.

²¹ ECJ. (19 March 1996). Commission of the European Communities v. Council of the European Union. Judgement of the Court. Case C-25/94. Paras. 48, 51.

²² Foreign & Commonwealth Office. (22 July 2013). Review of the balance of competences between the United Kingdom and the European Union: foreign policy, pp. 40–41.

беженцев между государствами Союза в пик миграционного кризиса 2015 года, когда Венгрия, Польша и Чехия отказались принимать их у себя из-за превышения изначальных квот (Leonard & Bildt, 2019, n43), бюрократический аппарат наднациональных институтов ЕС не ослабляет усилий, направленных на расширение практики применения КБГ, причем даже невзирая на угрозы Нидерландов и Венгрии выйти из миграционной системы ЕС. Еврокомиссия, опираясь на рекомендации состоявшейся в 2021–2022 годах Конференции «Будущее Европы», настойчиво расширяет процедурную практику КБГ в таких сферах ОВПБ, как: 1) правозащитная повестка международных форумов; 2) механизмы и процедуры продления режима санкций, а также 3) учреждение и реализация мандатов гражданских миссий в кризисных ситуациях.

Поэтапное упрощение процедурных аспектов принятия решений на наднациональном уровне, лоббирование Брюсселем перехода к практике принятия решений в сфере ОВПБ на основе квалифицированного большинства голосов с целью снижения возможности их блокирования отдельными государствами-членами ЕС, политически мотивированная либерализация Копенгагенских критериев вошли в разряд ключевых направлений, на которых работает наднациональная надстройка Союза.

Совместное участие, наряду со своими государствами-членами, в деятельности ряда международных организаций дает Евросоюзу возможность гибко варьировать формат взаимодействия с внешними партнерами, то обращаясь к прямому участию в переговорном процессе, то ограничиваясь вовлеченностью лишь на уровне своих государств-членов, либо вообще уклоняясь от неблагоприятных ситуаций под предлогом ограниченности своих полномочий.

3. Межрегиональная повестка ЕС

Развитие межрегиональных отношений — стратегия, возведенная ЕС в ранг официальной в контексте поддержания «позитивного внешнего восприятия» его стратегических инициатив и приоритетов деятельности Союза на международной арене.

Бывший председатель Еврокомиссии Ж. М. Баррозу (2004–2014) отнес это направление к ключевым инструментам формирования стратегических партнерств Евросоюза, позволяющих ему выступать в мировой политике уже не только от имени двадцати семи своих государств-членов, но и от имени всей Европы²³. Свою «миссию» ЕС видит в консолидации

²³ Barosso, J. M. (7 September 2010). State of the Union 2010. Speech to the European Parliament, Strasbourg, 8.

региональных интеграционных структур и их вовлечении в мировую экономику²⁴. Предлагая другим региональным объединениям следовать европейской институциональной и договорно-правовой практике и внедряя среди внешних партнеров собственные модели и систему управления, их правовую регламентацию, ЕС пытается придать этому процессу характер тенденции.

Начиная с установок Европейской Стратегии безопасности (2003), уточненных в последующем специальном саммите ЕС (2010) и Стратегией «Глобальный портал»²⁵ (2022), ЕС выстраивает реализацию этого курса через формирование разветвленной сети взаимодействия с региональными объединениями государств Ближнего Востока, Африки, Азии и Латинской Америки.

Новые проекты ЕС, совместно реализуемые с Африканским союзом, Центральной Азией, Тихоокеанским, Сахельским регионами и государствами Африканского Рога, в ряде случаев так и характеризуются как «стратегические»²⁶. Уже длительное время они нацелены на продвижение евроцентричной модели межрегиональных связей, конкурирующей с ориентированными на США (Telò, 2014, p. 1), Китай, Россию²⁷ системами региональной интеграции.

Подписав межрегиональные соглашения с большинством региональных организаций (Panke & Stapel, 2023), Евросоюз активно продвигает по этим каналам собственную региональную альтернативу основам сложившегося миропорядка (Telò, Fawcett, & Ponjaert, 2016. p. 1). Эксперты, разделяющие подходы ЕС, убеждены, что на смену государствам приходят транснациональные корпорации, банки, международные неправительственные организации, региональные блоки. Если государства-нации и национальные экономики — основа международной экономической системы, то основу глобальной системы, утверждают они, составляют производственные цепочки и сети потребления, организуемые и поддерживаемые транснациональными компаниями, осуществляющими деятельность, невзирая на национальные границы и независимо от правительств (Telò, 2014, p65).

²⁴ DGPC Office for Official Publications of the European Communities. (10 July 2004). World Player: The European Union's External Relations, 10.

²⁵ Joint Communication to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee, the Committee of the Regions and the European Investment Bank The Global Gateway, JOIN/2021/30 final, 14para4.

²⁶ Council of the European Union. (12 July 2021). Globally Connected Europe. Council Conclusions Doc. 10234/21, para 2.

²⁷ Никонов, В. (14 февраля 2024). «Мы – российская цивилизация»: Правительственный час в Госдуме «Об актуальных вопросах внешней политики Российской Федерации». URL: <https://v-nikonov.ru/news/196830/>.

Сорок шесть региональных торговых соглашений (далее — РТС), подписанных Евросоюзом, охватывают Северную Америку, Азию, Тихоокеанский регион. В Латинской Америке — Андское сообщество (в режиме временного применения); государства Центральной Америки. В Южном Средиземноморье соглашения о формировании зон свободной торговли действуют с восемью государствами этого региона (помимо Ливии и Сирии), а также с Турцией. Предварительно объявлено о заключении еще десяти таких соглашений²⁸. В отличие от прежнего этапа, когда среднестатистическое РТС охватывало лишь восемь направлений торговой политики, в основном тарифы и другие меры, современные РТС содержат уже до семнадцати направлений²⁹ (дополняющих ст. V, VIII, X ГАТТ-94, положения Соглашения ВТО по таможенной оценке) (Hofmann, Osnago, & Ruta, 2017, p. 6).

В Латинской Америке, со странами которой у ЕС с 1999 года установлено стратегическое партнерство (Jeger, Cruz, & Luciano, 2022, p. IX), взаимодействие осуществляется с большинством субрегиональных объединений — Андским сообществом, Общим рынком Южной Америки (МЕРКОСУР), Союзом южноамериканских наций (УНАСУР), Центрально-американским общим рынком (ЦАОР), Карибским сообществом (КАРИКОМ). Отношениям здесь присуща возрастающая политическая обусловленность. Коллизионный характер отношений между ЕС и государствами этого региона особенно характерен для аграрного сектора.

В отношении государств Центральной и Восточной Европы до их присоединения к ЕС применялась стратегия предварительных условий получения доступа на рынок ЕС (Копенгагенские критерии) и модель «внешних стимулов» структурных преобразований (Schimmelfennig & Sedelmeier, 2020). Инструментами служили Центральная Европейская инициатива (1989), Инициатива по сотрудничеству в Юго-Восточной Европе (1996), Пакт стабильности и роста (1997), Европейская политика соседства (2004). Регламентированная комплексом правовых актов Европейская политика соседства задала рамки сотрудничества ЕС с шестнадцатью ближайшими соседями — десятью государствами Союза для Средиземноморья и шестью — Восточного партнерства. Взаимодействие ЕС с государствами Центральной и Восточной Европы проходило на основе двусторонних соглашений об ассоциации (Smith, 2003). В последующем этот подход трансформировался в многоуровневую «стратегию соседства», когда

²⁸ См.: WTO. RTAs in force, including accessions to RTAs, by country/territory: regional trade agreements notified to the GATT/WTO and in force. URL: <https://rtais.wto.org/UI/PublicMaintainRTAHome.aspx>.

²⁹ Hofmann, C., Osnago, A., Ruta, M. (February 2017). Horizontal depth: a new database on the content of preferential trade agreements. World Bank policy research working paper No.7981, 3.

в рамках стратегии «полуоткрытых дверей» распространение на «новых соседей» политики и действия законодательства Союза уже не увязывается однозначно с перспективой их полной интеграции в ЕС, хотя и предполагает образование неких общих структур взаимодействия (Wessel & Ott, 2006, pp. 19, 57).

Специфика целей, преследуемых разными региональными объединениями, и состязательность между ними проявляются во взаимоисключающих договорно-правовых условиях участия в них, как правило, не позволяющих государствам одновременно сохранять лояльность разным альтернативам. Так, в Европе конкурентный характер в зоне «общего соседства» приобрела состязательность ЕС с Евразийским экономическим союзом. «Восточное партнерство» используется ЕС как механизм «привязки» входящих в него государств к Евросоюзу и обеспечения их лояльности ЕС в конкурентной среде с другими интеграционными проектами (Kinyakin & Kucheriavaia, 2019, p. 146). В порядке стимулирования перехода государств-соседей на нормативно-правовое регулирование и стандарты ЕС Брюссель предлагает доступ к своему рынку «на предсказуемых, транспарентных и отвечающих требованиям ВТО условиях» (Dragneva, Delcour, Jaroszewicz, Kardaś, & Ungureanu, 2018, p. 13).

Заострив внимание на Западных Балканах при подготовке к очередному этапу расширения ЕС за счет приема к 2030 году десяти новых членов из числа государств этого региона и Восточного партнерства³⁰, Евросоюз столкнулся с серьезными препятствиями в практической реализации стратегии пространственной экспансии и сохранения стабильного доступа к традиционной ресурсной базе на выгодных для себя условиях торговых соглашений.

Многолетняя практика ЕС по развитию межрегиональных связей имела неоднозначные результаты: от прямого заимствования европейской модели интеграции Африканским союзом до ее неприятия в других регионах, где болезненно воспринимается ущемление национального суверенитета, а модели унификации и приведения к единому стандарту вызывают настороженную реакцию (Лисоволик, 2017, с. 11).

Модель регионального конструирования ЕС обычно ассоциируется с институционально-структурированной архитектурой, подкрепленной нормативным обоснованием, тогда как отношение к формальным институтам, например, азиатских стран, — сдержанное, как отмечает

³⁰ Michel, C. (28 August 2023). Speech by President Charles Michel at the Bled Strategic Forum. SPEECH 631/23.
URL: <https://www.consilium.europa.eu/en/press/press-releases/2023/08/28/speech-by-president-charles-michel-at-the-bled-strategic-forum/pdf/>.

вице-президент Ассоциации международных исследований А. Ачарья (Acharya, 2009). Разные исходные мотивы интеграции — экономические в ЕС и, преимущественно, политические в странах Азии — находят свое отражение и в разнонаправленных векторах интеграционных процессов: к политической консолидации в ЕС и к экономической — в азиатском регионе.

Заключение

В практике реализации внешних компетенций, договорно-правового обоснования и закрепления отношений Евросоюза с внешними партнерами можно выделить три взаимодополняющих направления международного взаимодействия: а) прямые контакты с третьими государствами и опосредованное взаимодействие через б) ММПО и в) межрегиональные связи. Целевая установка — достижение паритетного статуса с ведущими субъектами международного права, продвижение в них собственных приоритетов ЕС.

Международная легитимация европейских стандартов через закрепление в международно-правовых режимах позволяет использовать в последующем эту основу при формировании системы долгосрочных отношений с широким кругом внешних партнеров как в двустороннем, так и в межрегиональном формате, упрощая Евросоюзу процесс продвижения своих экономических и иных интересов за пределами собственной юрисдикции.

Активное обращение ЕС к механизмам аутсорсинга международно-правовой ответственности, пройдя апробацию в сфере миграционной политики, а затем и в рамках использования механизмов ОВПБ/ОПБО на Украине, становится стандартной практикой реализации Евросоюзом внешних компетенций, что позволяет прогнозировать ее распространение на новые сферы внешней деятельности Союза.

Наработанная Евросоюзом и его государствами-членами многолетняя практика участия в деятельности СБ ООН и всей системе международных организаций и спецучреждений обеспечивает Союзу доступ к ключевым механизмам формирования глобальных структур управления.

Кодификация международно-согласованных норм регулирования ограничительных мер экономического характера и устранение «серых зон» в международно-правовом регулировании санкционных механизмов и коллизионной практики экстерриториального применения ограничительных мер в отношении третьих государств, — не только задача, требующая внимания Комиссии международного права, но и императив, способный предопределить перспективы дальнейшей эволюции ЕС.

Список литературы / References

1. Кашкин, С. Ю. (Ред.). (2014). *Право Европейского союза*. Юрайт.
Kashkin, S. Yu. (Ed.). (2014). *European Union Law*. Yurait.
2. Лисоволик, Я. Д. (2017). БРИКС-плюс: альтернативная глобализация? *Валдайские записки*, 69, 3–11.
Lisovolik, Ya. D. (2017). BRICS-plus: alternative globalization? *Valdai notes*, 69, 3–11.
3. Acharya, A. (2009). *Whose ideas matter? Agency and power in Asian regionalism*. Cornell University Press.
4. Blanco, L. F. (2016). The functions of strategic partnership in European Union foreign policy discourse. *Cambridge Review of International Affairs*, 29(1), 36–54. <https://doi.org/10.1080/09557571.2015.1126055>
5. Bloor, K. (2022). *Understanding global politics*. E-International Relations Publishing.
6. Douma, W. T., Eckes, C., Elsuwege, P. van, Kassoti, E., Ott, A., & Wessel R. A. (Eds.). (2021). *The evolving nature of EU external relations law*. Asser Press / Springer.
7. Dragneva, R., Delcour, L., Jaroszewicz, M., Kardaś, S., & Ungureanu, C. (2018). *How bilateral, regional and international regimes shape the extent, significance and nature of interdependencies: EU-STRAT working paper*. Freie Universität Berlin.
8. Erhan, Ç. & Akdemir, E. (Eds.). (2018). *Definition and general assessment of international organisations and regionalism in regional organisations*. Anadolu University Publication.
9. Ferreira-Perreira, L. C., & Vysotswkaya Guerres Vieira, A. (2016). Introduction: the European Union's strategic partnerships: conceptual approaches, debates and experiences. *Cambridge Review of International Affairs*, 23(1), 3–17. <https://doi.org/10.1080/09557571.2015.1130341>
10. Hofmann, C., Osnago, A., & Ruta, M. (2017). *Horizontal depth: a new database on the content of preferential trade agreements*. World Bank policy research working paper No.7981.
11. Jeger, E., Cruz, D. D., & Luciano, B. T. (2022). *Multilateralism and regionalism in challenging times: relations between Europe and Latin America and the Caribbean*. EU-LAC Foundation.
12. Kinyakin, A. A., & Kucheriavaia, S. (2019). The European Union vs. the Eurasian Economic Union: integration race 2.0? *Przegląd Europejski*, 3(3), 135–153. <https://doi.org/10.5604/01.3001.0013.5846>

13. Lenz, T. (2018). The European Union: a model under pressure. *GIGA Focus Global*, 6.
14. Leonard, M., & Bildt, C. (2019). *From plaything to player: how Europe can stand up for itself in the next five years*. European Council on Foreign Relations Policy Brief: ECFR/294: Strategic Sovereignty. Available at: https://ecfr.eu/publication/how_europe_can_stand_up_for_itself_in_the_next_five_years_eu_foreign_policy/
15. Maher, R. (2016). The Elusive EU-China Strategic Partnership. *International Affairs*, 92(4), 959–976.
16. Missiroli, A. (2010). The new EU 'foreign policy' system after Lisbon: a work in progress. *European Foreign Affairs Review*, 15(4), 427–452.
<https://doi.org/10.54648/eerr2010033>
17. Müftüler-Baç, M., Aydin-Duzgit, S., Uzun, E., Martill, B., Mesarovich, A., & Schnitzler, G. (2022). *Conceptually defining “Global Strategic Partner(ship)”*. ENGAGE Working Paper 13/2022 H2020 Project, 1.
18. Müftüler-Baç, M., Müller, G., Sus, M., Vandendriessche, M., Uzun, E., Fonts Picas, A., & Martins, M. (2024). *Assessing the European Union's external action towards its strategic partners and formulating policy recommendations*. ENGAGE Working Paper Series 31/2024. Available at: <https://www.engage-eu.eu/publications/assessing-the-european-unions-external-action-towards-its-strategic-partners-and-formulating-policy-recommendations>
19. Nasu, H. (2022). The end of the UN? The demise of collective security and its implications for the international law. In E. de Welt & K.M. Sherr (Eds.), *Max Planck Yearbook of United Nations Law Online* (pp. 110–136).
https://doi.org/10.1163/18757413_02401005
20. Nuriyev, E. (2008). Azerbaijan and the European Union: new landmarks of strategic partnership in the South Caucasus-Caspian basin. *Journal of Southeast European and Black Sea Studies*, 8(2), 155–167.
<https://doi.org/10.1080/14683850802117773>
21. Panke, D., & Stapel, S. (2023). Navigating regional regime complexity: how and why does the European Union cooperate with regional organisations? *Politics and Governance*, 11(2), 97–108.
<https://doi.org/10.17645/pag.v11i2.6297>
22. Palombella, G. (2009). The rule of law beyond the state: failures, promises, and theory. *International Journal of Constitutional Law*, 7(3), 442–467.
<https://doi.org/10.1093/icon/mop012>

23. Renard, T. (2016). Partnering for global security: the EU, its strategic partners and transnational security challenge. *European Foreign Affairs Review*, 21(1), 9–33. <https://doi.org/10.54648/eaer2016003>
24. Renard, T. (2012). *The EU strategic partnerships review: ten guiding principles*. ESPO policy brief 2/2012. <https://www.egmontinstitute.be/the-eu-strategic-partnerships-review-ten-guiding-principles/>
25. Renard, T. (2011). The treachery of strategies, a call for true EU strategic partnerships. *Egmont Royal Institute for International Relations Paper 45/2011*, 29(5), 1–41. <https://aei.pitt.edu/32321/1/ep45.pdf>
26. Rivera, P. P., & Garashchuk, A. (2016). The conception of EU-Russia strategic partnership: reasons of its failure. *Atlantic Review of Economics*, 1, 1–1.
27. Sanahuja, J. A. (2022). The Green Deal and the new geopolitical Europe. In E. Jeger, D. Duran Cruz, & B. Luciano. *Multilateralism and regionalism in challenging times: relations between Europe and Latin America and the Caribbean* (pp. 1–63). EU-LAC Foundation.
28. Schimmelfennig, F., & Sedelmeier, U. (2020). The Europeanisation of Eastern Europe: the external incentives model revisited. *Journal of European Public Policy*, 27(6), 814–833. <https://doi.org/10.1080/13501763.2019.1617333>
29. Smith, K. (2003). EU external relations. In M. Cini (Ed.), *European Union politics* (pp. 229–245). Oxford University Press.
30. Tangör, B. (2021). NATO-EU strategic partnership: where is it heading? *Perceptions*, 26(1), 73–99.
31. Telò, M. (2014). *European Union and new regionalism: competing regionalism and global governance in a post-hegemonic era*. Routledge.
32. Telò, M., Fawcett, L., & Ponjaert, F. *Inter-regionalism and the European Union: a post-revisionist approach to Europe's place in a changing world*. Routledge.
33. Wessel, R. A., & Ott, A. (2006). The EU external relations regime: multilevel complexity in an expanding Union. In S. Blockmans & A. Lazowski (Eds.), *The European Union and its neighbours* (pp. 16–90). TMC Asser Press.

ТЕЗИСЫ | NOTES

Spirit of the Investor-State Dispute Settlement (ISDS) reform: insights and forecasts

M. Galperin

HSE University, Moscow, Russia;

Saint-Peterburg State University, Saint-Peterburg, Russia;

The Chamber of Commerce and Industry of the Russian Federation, Moscow, Russia

mgalperin@hse.ru

ORCID: 0000-0002-3626-4548

Citation: Galperin M. Spirit of the Investor-State Dispute Settlement (ISDS) reform: insights and forecasts. *HSE University Journal of International Law*. 2025. Vol. 3. № 2. P. 138–144.

Mikhail Galperin — Doctor of Science in Law, Head of the Chair of International Justice at the School of International Law of the HSE University; Professor of the Chair of Civil Procedure of the Saint-Petersburg State University; Vice-President and Arbitrator at the International Commercial Arbitration Court in the Chamber of Commerce and Industry of the Russian Federation.

Дух реформы системы урегулирования споров между инвесторами и государствами: наблюдения и прогнозы

М. Л. Гальперин

Национальный исследовательский университет «Высшая школа экономики», Москва, Россия;

Санкт-Петербургский государственный университет, Санкт-Петербург, Россия;

Международный коммерческий арбитражный суд при

Торгово-промышленной палате Российской Федерации, Москва, Россия

mgalperin@hse.ru

ORCID: 0000-0002-3626-4548

Для цитирования: Гальперин М. Л. Дух реформы системы урегулирования споров между инвесторами и государствами: наблюдения и прогнозы. *Журнал ВШЭ по*

международному праву / HSE University Journal of International Law. 2025. Т. 3. № 2. С. 138–144.

Михаил Львович Гальперин — доктор юридических наук, заведующий кафедрой международного правосудия при департаменте международного права факультета права Национального исследовательского университета «Высшая школа экономики», профессор кафедры гражданского процесса СПбГУ, заместитель председателя и арбитр Международного коммерческого арбитражного суда при Торгово-промышленной палате Российской Федерации

For several decades international investment arbitration has been a unique mechanism for resolving disputes between foreign investors and host states. But the unique nature of investment arbitration does not mean that it is free from shortcomings. Today, critical views about the fairness and effectiveness of the investment arbitration system are common not only at the Global South, but also in the Western countries, which at the times, when investment arbitration appeared, actively promoted its maximum expansion, but are now forced to “try on” the status of respondents.¹

A mechanism that was originally set up to provide legal protection for the US and Canadian, Western European and Japanese investments in states with fragile legal and judicial systems, is now also used against the First World countries.² It prompted the European public to question the international treaties, originally intended to secure Western investment in other states, but which has become now “a truly anti-democratic tool in the hands of private arbitrators (representing a mysterious parallel justice system)”; in addition, “the threat of substantial financial sanctions has also become a concern, forcing states to change their policies, including on the protection of rights to a healthy environment” (Galperin, 2020, p. 53).³

¹ See, e.g., *Vattenfall AB and others v. Federal Republic of Germany*, ICSID Case No. ARB/12/12; *Loewen Group, Inc. and Raymond L. Loewen v. United States of America*, ICSID Case No. ARB(AF)/98/3; *Philip Morris Asia Limited v. The Commonwealth of Australia*, UNCITRAL, PCA Case No. 2012-12; *Ashok Sancheti v. United Kingdom*, UNCITRAL.

² According to A.S. Ispolinov, global changes to the investment arbitration system appeared in the international agenda by developed countries when arbitration tribunals began to accept disputes against them. This move totally changed the paradigm in which investment arbitration was created. It was previously based on the progressive idea of excluding investment disputes from the scope of national courts in host states. The latter was understood at the time to include only developing countries. However, when developed countries emerged as defendants and began to challenge state measures of a general nature, including laws passed by parliaments, it was nothing short of an intrusion into the competence of courts with a long history, experience and authority. See: https://zakon.ru/blog/2018/05/10/reshenie_cuda_es_po_delu_achmea_krestovjy_pohod_protiv_investicionnogo_arbitrazha.

³ See also: Houricic, B. (7 September 2020). How the little-known Energy Charter Treaty is holding environmental policy hostage. *Equal Times*. URL: <https://www.equaltimes.org/how-the-little-known-energy?lang=en#.X2NoG0tuzb1>.

Another reason for the distrust of the investment arbitration system has been the dramatic increase in the number of claims brought by European investors against other EU member states on the basis of the Energy Charter Treaty as well as the so-called intra-EU bilateral investment treaties (hereinafter — BITs). The EU governing bodies first expressed their dissatisfaction with this practice in 2007–2008. The main reason for this dissatisfaction is that in the opinion of the EU, arbitral tribunals dealing with such investment disputes must necessarily interpret EU law. However, such a power should be within the exclusive competence of an EU court. Thus, the very possibility of adjudicating investment disputes under the present system is incompatible with the principles and functioning of EU law (Alvarez & Obolenetsev, 2021, p. 351–352).

It is therefore not entirely unexpected that the Working Group III of the United Nations Commission on International Trade Law (UNCITRAL) (hereinafter — Working Group) obtained the mandate to initiate in 2017⁴ the discussion on the potential reform of international investment arbitration, and the EU member states, the EU itself and Canada have taken the initiative to replace the investment arbitration system with something else.

In the first phase, it was recorded by the Working Group that dissatisfaction of states with the existing investment dispute settlement regime is most often related to: 1) inconsistency of law application in arbitral awards; 2) lack of mechanisms to ensure that awards are correct; 3) lack of predictability of awards; 4) doubts about the impartiality and independence of arbitrators; 5) lack of transparency in the proceedings; 6) increasing length and cost of proceedings.⁵ In general, critical feedback has fallen into two categories: criticism of the arbitration process and its outcomes; and criticism of arbitrators/individuals involved in the decision-making in arbitration proceedings (Galperin, 2024, p. 513).

During last few years, the Working Group has discussed and proposed some initiatives to address the concerns of states, such as advancing the advisory centre for the respondent states, establishing the standing dispute resolution mechanism instead of the numerous *ad hoc* tribunals, permitting states to file counter-claims against the investors and dramatically reducing the grounds for the investor's initial claims, and made several proposals, which to some extent could be qualified as a “radical departure from the current status quo” and even “abandoning international arbitration altogether” (Fyock, 2025, p. 1). Some commentators point out that “when we read the academic literature, we see a lot

⁴ The mandate was given to the Working Group of the UN General Assembly at its 50th session in 2017. See Official Report of the UN General Assembly, 72nd Session, Supplement No.17 (A/72/17), paras. 263–264. URL: <https://undocs.org/ru/A/72/17>.

⁵ Preliminary note to the Working Group: <https://undocs.org/ru/A/CN.9/WG.III/WP.142>, para. 5.

of criticism of the UNCITRAL Working Group for being too small and too incremental. When we read practitioner literature, we hear the opposite: the process is too big and too radical”.⁶ The truth is that only states (and their affiliates) are represented in the Working Group officially, but not the other party of the process – investors from the commercial sector, so the last are forced to camouflage themselves at the Working Group meetings as the observers, researchers or non-governmental institutions.

One of such “double-hatting” researchers is T. Sikora, who, like the author of this article, participates in the Working Group III as an independent expert, but is actually a counsel for a large multi-national company. In his recent intervention at the Paris Arbitration Week he said that he understands the concern that many states have about the Investor-State Dispute Settlement (hereinafter — ISDS), since they entered the system to attract true foreign investment, not to be sued by their own nationals. However, he noticed that the Working Group is examining some “substantive unnecessary” reforms to the ISDS, which are “debilitating to the entire system”.⁷ Maybe he is right, but this is not the time for emotions. Rather for a pragmatic approach.

To be honest, in the new reduced form, suggested by the reformers, investment arbitration will not be needed by either states or investors, since it does not match with the economic model, which has remained unchanged for fifty years, while this type of arbitration evolved — investors want their investments to be really protected, and governments want investments to be really attracted. And there are economic discrepancies between them, which need to be effectively resolved to continue business. Investment arbitration was originally constructed for that. Any other legal scheme which does not meet this economic demand, would not fly anyway. Here, economics, not politics or pure law, will go first.

However, we see that the reform is now focused more on legalistic issues: procedural and jurisdictional matters. But the key problem is not in procedures or jurisdiction, or even standards of protection, or procedural independence, but an existential crisis of meanings in the ISDS. If we use a business product approach, which implies focusing on an end-product rather than the process of its producing: What is the end-product of the investment arbitration system? The product approach assumes that a given service solves a specific task.⁸ This fact seems obvious, but we know how often a business project starts with an idea like “let’s improve such-and-such a process, and then we’ll see”. Then,

⁶ Roberts, A., & St John, T. (23 November 2023). UNCITRAL and ISDS reform lifelong learning. *EJIL Talk!* URL: <https://www.ejiltalk.org/uncitral-and-isds-reform-lifelong-learning/>.

⁷ Jones, T. (7 April 2025). ISDS proposals under fire at PAW. *Global arbitration review*. URL: <https://globalarbitrationreview.com/article/isds-reform-proposals-under-fire-paw>.

⁸ See: <https://sendpulse.com/support/glossary/product-approach>.

after months and years, it turns out no one actually needs it. There is a high risk that it could happen with the ISDS reform.

So, what product is really being sold by arbitration lawyers (both in-house and external attorneys), and what governments and corporations are buying from them?

The guess this is no longer justice (because justice is not for sale), and not the legal protection itself, but rather the valuable feeling of the management of the parties (including large corporations and states) that “all is not lost”, even when you have already failed in national instances, and negotiations have reached a dead end.

This hope can be maintained for years by arbitration. Experience shows that actors are willing to pay money just for this feeling, for hope. People make careers on that. This appeared very clearly in the recent sanctions cases, when those who were sanctioned went to international tribunals to challenge the measures with the faintest hopes of success, only with the assurances of lawyers that everything would be fine — just wait and pay. And then, when a client has already invested a lot in the proceedings, it is hard to stop, especially when it's not even money that is at stake, but also the reputation and prestige of a state or company.

Investment arbitration has long been not just about money, since money is not easily recoverable. Can you remember the last known case, when the respondent paid the award in full? It takes millions and years to collect and actually receive money under the awards. It is not about immediate effect now (and there is almost none), and after the reform, which could dramatically change the arbitration, it will be not for hope as well. No hope for real investors. It would be much harder for the lawyer, if the investment got lost, to say to his or her client, as they now do: “Don't worry, we will win in arbitration one day, it is not the end of the game”.

Back to the beginning, there is still a strong and long-standing economic demand for the confidence that investment arbitration has provided for decades. Confidence for the investors that they may finally win in the tribunal with legal arguments, rather than immediately write off the investment as a financial loss. Confidence for states that they may pay damages only after the years of proceedings, set-asides, enforcements, etc., and more likely finally settle on acceptable terms. However, the reform does not propose anything to ensure this confidence. That is why it will hardly come to success.

Powerful investors will still demand protection for their businesses, and those states that want investments will be forced to provide this protection. If a state really needs investments, it would be forced to provide legal

guarantees on terms no worse than BITs provide now, and may be higher, due to the growing legal and political risks.

If the treaty-based arbitration is not the option, we would see a new rise of direct investment contracts with states, which include bank guarantees, representations, indemnities, and other things well known to contract law. Many investors already have “double protection” — under both an interstate treaty and a direct agreement with the government of the host state at the same time. They mostly don’t care about the ISDS reform, placing hopes on the traditional bargaining power. On top of that, nowadays investors are often more likely to come to an agreement with the host state than the host state and the state of origin with each other.

In conclusion, one may suggest that investment arbitration, and therefore all investment arbitration lawyers, have a future, although it may revert to how things were fifty or seventy years ago in response to the crusading reform against it, becoming more like its parent — good old commercial arbitration. There is nothing wrong with that. What could be wrong both for states and businesses — returning to one and half hundred years back: to diplomatic protection instead of investment arbitration. No one speaks out loud, but investors never wanted to be a bargaining chip in the political relations of governments, especially in these turbulent times. Even when things are bad, they figure it out themselves, including through arbitration.

Список литературы / References

1. Гальперин, М. (2020). Политизация права или легализация политики? О *justiciability* и доктрине «политического вопроса» на примере международного правосудия. *Международное правосудие*, 36(4), 45–58. <https://doi.org/10.21128/2226-2059-2020-4-45-58>
Galperin, M. (2020). Politicisation of law or legalisation of politics? On *justiciability* and the doctrine of “political question” by the example of international justice. *International Justice*, (36)4, 45–58. <https://doi.org/10.21128/2226-2059-2020-4-45-58>
2. Гальперин, М. Л. (2024). Позиция Российской Федерации по вопросам международной реформы инвестиционного арбитража. В И. В. Рачков, Н. Кондрашов, К. Панераи (Ред.), *Международное инвестиционное право* (с. 510–525). Казахстаника.
Galperin, M.L. (2024). Position of the Russian Federation on the international reform of investment arbitration. In I. Rachkov, N. Kondrashov, K. Panerai (Eds.), *International Investment Law* (pp. 510–525). Kazakhstanika.

3. Alvarez, G., Obolentsev, G. (2021). Enforcement of intra-EU arbitration awards. In J. Foubert (Ed.), *Enforcement of Investment Treaty Arbitration Awards: A Global Guide*, 2nd ed. (pp. 351–367). Globe Law and Business.
4. Fyock, C. (2025). Getting 'real' about ISDS reform: a critical realist view of international investment law's status quo. *Journal of International Dispute Settlement*, 16(2), 1–22. <https://doi.org/10.1093/jnlids/idae027>