

Аннотация к Ph.D диссертации Кужатова Б.Г. (перевод с английского языка)

Руководитель: Ногайбай З.М. (Dr. jure)

Зарубежный консультант: Сабахи Б. (Dr), Профессор Университета Джорджтаун (США) по международному инвестиционному праву.

Тема диссертации: «Установление баланса между регуляторными правами и защитой инвестиций в рамках справедливого и равноправного режима: Договор к Энергетической Хартии»

Область исследования: Международное инвестиционное право

Важность и актуальность темы исследования. Важность инвестиций в энергетический сектор невозможно оценить в достаточной степени, поскольку они составляют весьма существенную долю мировых иностранных инвестиций. Ожидается, что эта доля будет увеличиваться для удовлетворения растущих потребностей в энергии в ближайшем будущем [1, с.188]. Возрастающая потребность и стратегическая важность по своей природе делают энергетический сектор восприимчивым к строгому государственному регулированию. С одной стороны, это обусловлено частными интересами инвесторов, стремящихся получить прибыль в стабильной нормативно-правовой среде, а с другой стороны – публичными интересами принимающих государств, желающих иметь достаточное пространство маневра для регулирования данного стратегического сектора без ущерба интересам граждан. Обсуждаемые два конкурирующих вида интересов – публичные и частные – находились в центре теоретических правовых дискуссий в международном инвестиционном праве (далее - МИП) с момента разработки первых нефтяных месторождений на Ближнем Востоке, в Латинской Америке и Центральной Америке. Споры по прямой национализации, а впоследствии и косвенной экспроприации в энергетическом секторе отлично продемонстрировали противоречие данных интересов. В конечном счете, спустя долгое время, когда было достигнуто определенное согласие в поиске справедливого и разумного баланса в спорах об экспроприации в МИП, особенно в отношении меры компенсации, основное внимание споров сместилось с экспроприации на положение о справедливом и равноправном режиме (далее - СРР) в международных инвестиционных соглашениях (далее - МИС). Ограничение арбитражными трибуналами ответственности за экспроприацию привело к установлению ответственности за нарушение положений СРР [2, с. 285]. Предъявление инвесторами заявлений о нарушении СРР представляет собой привлекательную альтернативу экспроприации [3, с. 867]. Постоянное развитие правовых толкований для разъяснения смысла СРР, а также различных инструментов международного права привело к возникновению новых областей противоречий между публичными и частными интересами, в частности, между двумя доктринальными концепциями СРР и правом на осуществление государственного регулирования (осуществление суверенитета). Такие противоречия особенно

очевидны в рамках Договора к Энергетической Хартии (далее - ДЭХ), что, в свою очередь, требует предметного научного исследования и комплексного решения со следующих трех точек зрения.

Во-первых, отсутствие согласия в отношении нормативного содержания СРР (не только в рамках ДЭХ, но и в более общем плане) остается препятствием для реализации государственной политики Договаривающимся Сторонами ДЭХ в публичных интересах. Недостатки в теоретическом происхождении, доктринальной концепции и нормативном содержании СРР привели к тому, что арбитражные трибуналы дают определение СРР. СРР не имеет всеобъемлющего полноценного определения. Более того, в подготовительных материалах МИС, включая ДЭХ, ничего не говорится о цели СРР и намерениях государств.

Неопределенность и споры вокруг нормативного содержания и природы СРР привели к появлению различных теорий международного права с целью дать СРР определение. Толкование СРР рассматривалось на основе международного обычая, общих принципов права, верховенства права (the rule of law) и договорных стандартов. Такое развитие привело к разнообразному толкованию, непоследовательному применению и расширению сферы применения СРР в рамках ДЭХ, что усложнило реализацию Договаривающимся Сторонами ДЭХ государственной политики в публичных/общественных интересах. Настоящая доктринальная проблема также тесно взаимосвязана с текущей проблемой легитимности действующей системы арбитражных трибуналов по разрешению споров между инвесторами и государством (далее – РСИГ) и является ее зеркальным отражением [4]. В настоящее время в теории МИП еще не найдено решение к данной проблеме, и данная доктринальная проблема требует всестороннего теоретического исследования.

Во-вторых, на основе настоящей доктринальной проблемы в МИП, существует противоречие между регулятивными мерами Договаривающихся Сторон ДЭХ, направленными на защиту публичных интересов с одной стороны, в том числе содействие переходу на экологически чистую энергию, защите окружающей среды и устойчивому развитию, и текущими обязательствами Договаривающихся Сторон ДЭХ по защите инвестиций в соответствии с СРР Статьи 10 (1) ДЭХ, с другой стороны.

Нынешняя формулировка СРР в ДЭХ является результатом политических и экономических обстоятельств, сложившихся во время переговоров по ДЭХ в 1990-х годах. Включение стандартов защиты инвестиций, например, СРР, было в особенности обусловлено нестабильностью нормативно-правовой базы государств бывшего Советского Союза [5, с. 252]. Такие меры защиты были важны для инвесторов из Европейского Союза (далее - ЕС), которые намеревались вложить миллиарды долларов в нефтяной сектор стран Содружества Независимых Государств (далее - СНГ), таких как Казахстан, Азербайджан, Узбекистан, Кыргызстан и Россия [5, с. 252]. В связи с этим в действующий ДЭХ были включены положения в пользу инвесторов, наилучшим образом защищающие права инвесторов от регулятивных мер.

Изменения в глобальной энергетической политике привели к пересмотру некоторыми странами-участницами ЕС целей национальной политики в направлении устойчивого развития¹. В частности, переход от традиционного топлива к возобновляемым источникам энергии стал движущей силой для реализации мер государственного регулирования некоторыми странами ЕС - участницами ДЭХ. Несколько стран ЕС, например, Испания, Италия и Чешская Республика, предложили сложные тарифные и финансовые схемы для стимулирования инвестиций в сектор возобновляемых источников энергии (далее - ВИЭ). Впоследствии такие страны ЕС пересмотрели схемы стимулирования ВИЭ. Другие Договаривающиеся Стороны ДЭХ из ЕС, такие как Германия и Нидерланды, закрывают существующие угольные электростанции для сокращения выбросов парниковых газов (далее - ПГ).

Такое развитие, в свою очередь, породило новые споры в отношении СРР, которые не просто касаются отказа в выдаче или обновлении лицензии на добычу полезных ископаемых, но и оспаривания прав и законных интересов Договаривающихся Сторон ДЭХ на внедрение тарифных схем ВИЭ и защиту окружающей среды для выполнения международных обязательств, таких как обязательства по Парижскому соглашению². Нынешний механизм РСИГ создает конфликт в международном праве, обременяя государства, которые пытаются добиться прогресса в устойчивом развитии (в рамках международного обязательства по снижению выбросов парниковых газов, например, Парижское соглашение), многомиллионными³ решениями арбитражных судов [6, с. 352; 7, с. 350-351]. Как показывает практика⁴, появляющиеся легитимные меры регулирования Договаривающихся Сторон ДЭХ легко подпадают под рамки СРР как предполагаемые нарушения обязательств по защите инвестиций [8].

В настоящее время СРР является наиболее часто заявляемым и признаваемым⁵ в качестве нарушения стандартом защиты инвесторов/инвестиций в рамках ДЭХ [8]. Такая ситуация спровоцировала риск выхода⁶ Договаривающихся Сторон ДЭХ из ДЭХ [9]. Рост количества инвестиционных исков по мерам ВИЭ против Договаривающихся Сторон ЕС в арбитражах, проводимых в соответствии ДЭХ, является предметом серьезной критики [10]. Критика частично направлена на предполагаемое отсутствие баланса между законными правами регулирования и защитой

¹ Термин "устойчивое развитие" в данной диссертации включает широкий круг вопросов, таких как экономическое развитие, социальное благополучие, социальное развитие, изменение климата, охрана окружающей среды, здоровье населения, права человека и права коренных народов.

² Парижское соглашение — это международное соглашение об изменении климата, подписанное 22 апреля 2016 года между 195 странами.

³ Для государств любой иск инвесторов в арбитраже влечет значительные финансовые затраты, несмотря на то, выигран спор или нет, поскольку даже одно арбитражное решение может стать "обременительным" для государственной казны.

⁴ За последние семь лет в международный арбитраж в рамках ДЭХ было подано не менее 91 такого иска в связи с мерами государств, направленными на содействие переходу на возобновляемые источники энергии.

⁵ В соответствии со статистикой Секретариата Энергетической Хартии нарушения СРР составляют около 65% от 43 арбитражных решений.

⁶ Италия уведомила о выходе и объявлено намерение о выходе Испании, Германии, Франции, Нидерландов и Словении.

инвестиций в рамках СРР, что, как отмечалось, является новым политическим и экологическим инструментом перехода от ископаемого топлива. В данном смысле речь идет о теоретических дискуссиях о переходе от *lex petrolea* к *lex renewabilia*⁷ [11, с.380]. Действующий СРР в рамках ДЭХ не смог решить эти вопросы. Вследствие такого Договаривающимся Сторонам ДЭХ необходим более сбалансированный подход к СРР чтобы сохранить свое право на регулирование. Должно быть найдено приемлемое решение.

В-третьих, продолжается процесс модернизации действующего ДЭХ [12]. Договаривающиеся Стороны ДЭХ определили основные темы для пересмотра, среди которых одной из центральных является СРР. Выбранная тема исследования является критически значимой и особенно актуальной в свете текущих реформ ДЭХ.

Цель и задачи исследования. Основная цель настоящей диссертации – предложить научно обоснованные пути разработки положений СРР в ДЭХ таким образом, чтобы была обеспечена защита интересов государств (Договаривающихся Сторон) и инвесторов в применении СРР. Соответственно, в диссертации сформулирован следующий исследовательский вопрос: "*Каким образом необходимо разработать новые положения СРР в рамках ДЭХ, чтобы была обеспечена защита интересов государств (Договаривающихся Сторон) и инвесторов?*"

Достижению указанной цели способствует решение следующих задач:

1. определить правовые причины отсутствия баланса в СРР в статье 10 (1) ДЭХ в свете специфики энергетического сектора, развития различных доктринальных концепций РСИГ споров в энергетическом секторе и новых регулятивных мер Договаривающихся Сторон ДЭХ;
2. определить теоретическую основу СРР;
3. предложить новую конструкцию СРР и кодифицировать правонарушения СРР в соответствии со статьей 10 (1) ДЭХ;
4. предложить новые подходы к доктринальным концепциям права на осуществление регулирования, которые обеспечат защиту как интересов Договаривающихся Сторон ДЭХ, так и интересов инвесторов;
5. протестировать применение предложенных новых подходов и формулировок СРР в свете регулятивных прав Договаривающихся Сторон ДЭХ.

Объект исследования. Общественные отношения, возникающие в связи с применением норм международного инвестиционного права в международном инвестиционном арбитраже в отношении СРР по статье 10 (1) ДЭХ.

Предмет исследования. История, эволюция и практика международного инвестиционного права и их применения в международном инвестиционном арбитраже при толковании СРР, а также ряд правовых норм и вопросов,

⁷ Термин предложен по образцу *lex petrolea* и используется в связи с развитием международных механизмов регулирования возобновляемых источников энергии.

возникающих в связи с применением СРР по статье 10 (1) ДЭХ к иностранным инвестициям и инвесторам в энергетическом секторе, а также модернизация данной оговорки в свете текущих проблем, с которыми сталкиваются Договаривающиеся Стороны ДЭХ, в частности, необходимость защиты инвестиций и одновременного перехода к более устойчивым способам производства энергии.

Теоретическая основа исследования и обзор литературы. Основную теоретическую базу данной диссертационной работы и обзора литературы можно разделить на три группы.

Первая группа — это теоретические труды о происхождении и понимании СРР в МИП. Нечеткая норма СРР в МИС привела к написанию большого количества международных трудов и исследований. Ряд ведущих ученых, специализирующихся в области МИП, таких как Р. Дольцер, К. Шройер, Б. Сабахи, Н.Д. Рубинс, Д. Уоллес, К.Х. Брауэр, Т. Вейлер, С.М. Швобель, М. Сорнараджа, Ян. Полсон, Дж.В. Салакузе, С.В. Шилл, К.Дж. Вандевельде, С. Васчанни, Ф. Ортино, А. Райниш, К. Яннака-Смолл, П. Дамберри, М. Папаринскис, Р. Клагер, П. Мухлински, И. Тюдор, А. Ньюкомб, Л. Параделл, внесли значительный вклад в развитие понимания теоретической основы СРР и практического толкования. Большинство из настоящих ученых входили в состав арбитражных трибуналов или представляли интересы сторон, в связи с чем, они поделились своими взглядами на СРР не только с теоретической точки зрения, но и с практической.

Однако в настоящее время, несмотря на большое количество международных трудов и исследований, среди ученых отсутствует единое мнение о происхождении СРР, доктринальной концепции и намерениях государств по СРР не только в рамках ДЭХ, но и в целом в МИС. В настоящее время сообщество РСИГ, в частности ученые и комментаторы, активно включилось в поиск консенсуса по доктринальной концепции СРР и дальнейшего толкования нормы, выдвигая различные гипотезы и мнения. Они включают в себя дискуссию вокруг первоначального происхождения и намерения государств, отраженных в Гаванской хартии 1948 года, в оговорках о возможности защиты в судебном порядке и в исковой практике 18-го и 20-го веков, основанной на коммерческих и смешанных договорах, в Договорах о дружбе, торговле и судоходстве (далее - ДДТС), в отношениях СРР с Минимальным стандартным обращением с иностранцами (далее - МСО), общими принципами права и верховенством закона. Всем таким обсуждаемым дискуссиям нашлось место в данной диссертации. Автор вносит свой вклад в данные дискуссии и излагает свои основные выводы.

Вторая группа - теоретические труды, посвященные особенностям СРР по Статье 10 (1) ДЭХ и энергетического сектора. В частности, действующий СРР в Статье 10 (1) ДЭХ имеет особенности по сравнению с нормами СРР в других МИС. Ряд ученых, специализирующихся на инвестиционных спорах в энергетике, таких как Т. Вальде, П. Кэмерон, М. Шерер, Г. Куп, Р. Рибейро, Э. Чима, Т. Роу, М. Хаппольд, Р. Леал-Аркас, Н. Галлахер, Э. Брабандере, Т. Гадзини, Д. Мехиа-Лемос, К. Балтаг, внесли значительный вклад в обсуждение

специфики энергетических споров и толкование положений ДЭХ, включая действующую формулировку СРР по Статье 10 (1).

Тем не менее, в настоящее время мало научных комментариев/исследований о новом СРР в рамках пересматриваемого ДЭХ, а также о балансе между правами на осуществление регулирования Договаривающихся Сторон в публичных интересах и защитой инвестиций в рамках СРР. В диссертации учтены данные труды и выработано собственное понимание и толкование СРР в Статье 10 (1) ДЭХ, а также предложена новая формулировка СРР.

Третья группа - теоретические труды и подготовительные материалы (*travaux preparatoires*) по современным МИС, включая МИС, заключенные ЕС. Автор опирается на работы ряда ученых, таких как М. Бунгенберг, А. Райниш, К. Тити. Большинство ученых придерживаются мнения, что ЕС достиг значительного прогресса в ограничении сферы действия норм СРР в современных МИС ЕС, таких как Всеобъемлющее экономическое и торговое соглашение между ЕС и Канадой и Соглашение о защите инвестиций между ЕС и Сингапуром. ЕС стал инициатором пересмотра основных обязательств по защите инвестиций/прав инвесторов. В настоящее время, на момент написания данной диссертации, ЕС играет ключевую роль в переговорах по модернизации ДЭХ. В этой связи, диссертация опирается на документы и труды ЕС по пересмотру положений ДЭХ и включению оговорок о праве на осуществление регулирования.

Среди российских ученых и ученых СНГ недавно Левашова Ю. в своей книге подробно освещала тему СРР в рамках различных МИС [16]. Некоторые ученые Н. Бадмаева, А. Боргояков и Д. Лабин написали о проблемах СРР в МИС. Другие ученые, такие как А. Богатыров, Н. Доронин, М. Богуславский, И. Фархутдинов, А. Соловьева, А. Котов, А. Мамай, Д. Юлов, А. Аюпов, М. Тулаева, М. Евтеева, Г. Пакерман в целом написали научные работы касательно регулирования иностранных инвестиций в Российской Федерации. Однако конкретно темы настоящей диссертации они не коснулись и не анализировали.

Среди казахстанских ученых М. Сулейменов принимал участие в переговорах по ДЭХ в начале 1990-х годов и написал главу «Договор к Энергетической Хартии и Развитие Казахского Законодательства» в книге Вальде Т. «Договор к Энергетической Хартии: Ворота Восток-Запад для инвестиции и торговли», где он проанализировал соответствие казахского законодательства ДЭХ и возможные последствия принятия ДЭХ для казахского законодательства [17]. М. Сулейменов написал ряд научных публикаций по вопросам международного коммерческого и инвестиционного арбитража с точки зрения казахского законодательства и выступал в качестве правового эксперта по казахскому законодательству в многих международных инвестиционных арбитражах.

Другие ученые как С. Зиманов, Ю. Басин, Н. Мухитдинов, Ж. Елюбаев, К. Мауленов, А. Диденко, К. Ильясова, К. Сафинов, С. Мороз, И. Жанайдаров, З. Ногайбай и Г. Казиева. написали ряд публикаций в области

недропользования и регулирования иностранных инвестиций в Казахстане и также многие из них выступали правовыми экспертами по казахстанскому праву во международных инвестиционных арбитражах.

В целом в Казахстане отсутствуют академические труды/исследования по исследуемой теме настоящей диссертации. Следующие ученые написали докторскую работу в целом по международному экономическому праву, международному торговому праву, международному энергетическому праву и международному коммерческому арбитражу: К. Мауленов «Государственное управление и правовое регулирование в сфере иностранных инвестиций в Республике Казахстан»; Г. Битенов «Регулирование торговли нефтью и газом в режиме Всемирной Торговой Организации: торговые правила против реалий нефтегазовой индустрии»; М. Таимова «Гарантии иностранным инвесторам по законодательству Республики Казахстан»; Г. Ахмадиева «Правовое регулирование внешнеэкономических контрактов в Республике Казахстан»; Ж. Кулжабаева «Клаузула о наиболее благоприятствуемой нации»; С. Сарина «Разрешение споров международным коммерческим арбитражем»; А. Иржанов «Порядок разрешения межгосударственных экономических споров»; К. Шокенов «Правовое регулирование иностранных инвестиций в месторождения нефти и газа».

Нормативная база исследования. Нормативной основой исследования послужили ДЭХ и различные МИС, включая двусторонние инвестиционные договоры, многосторонние инвестиционные договоры и ДДТС, содержащие положения о защите инвестиций.

Практическая основа исследования. Практической основой исследования послужили решения международных арбитражных трибуналов: Международного центра по урегулированию инвестиционных споров (МЦУИС), специальных трибуналов (ad hoc) по правилам Комиссии ООН по праву международной торговли (ЮНСИТРАЛ) и Коммерческой Палаты Стокгольм. Практическая основа диссертации важна, поскольку нечеткая формулировка СРР была в значительной степени раскрыта именно трибуналами в РСИГ. Арбитражная практика по Североамериканскому соглашению о свободной торговле (НАФТА), ДЭХ и по другим МИС, включая большое количество решений и особых мнений, внесли свой вклад в толкование СРР и являются ценной практической основой диссертации.

Автор подкрепляет исследование практическими примерами из своего опыта, так как автор имеет многолетний опыт работы в нефтегазовом секторе Казахстана, в том числе представление Правительства Казахстана в международных инвестиционных и коммерческих арбитражах и переговорах.

Методы исследования. Для достижения цели исследования в данной диссертации использовались четыре метода исследования: историко-правовой, сравнительно-правовой, метод анализа и метод правового моделирования.

Во-первых, историко-правовой метод помог выявить ключевые исторические, политические и экономические факторы, повлиявшие на защиту инвесторов в энергетическом секторе. Результаты анализа

продемонстрировали развитие правил защиты инвестиций в МИС и, более конкретно, СРР в контексте МИС. Также, применяя этот метод, автор анализирует происхождения, доктринальную концепцию и применение норм СРР.

Во-вторых, был использован сравнительно-правовой метод для анализа норм СРР в различных МИС и решениях трибуналов. Использование сравнительно-правового метода было крайне важным. Данный метод позволил получить обзор на различное толкование положений других МИС и решений трибуналов при попытке решить аналогичные проблемы, касающихся СРР и мер государственного регулирования. Более того, данный метод позволяет увидеть каким образом положения о СРР и праве на осуществление регулирования интерпретируются трибуналами и комментаторами, что помогло определить их возможное применение в рамках ДЭХ.

В-третьих, для сбора и систематизации многочисленных решений судов, подготовительных материалов (*travaux preparatoires*) и трудов ученых был использован метод анализа (описательный). Используя метод анализа (описательный), для данного исследования были рассмотрены соответствующие протоколы, приложения, решения, понимания и заявления о СРР в рамках ДЭХ. Были сделаны ссылки на подготовительные материалы ДЭХ и историю переговоров по ДЭХ. Также были проанализированы, документы, разработанные после переговоров и ратификации ДЭХ, поскольку они помогли понять СРР в соответствии со Статьей 10 (1) ДЭХ [5; 16].

В-четвертых, был использован метод правового моделирования для проверки различных законных мер государственного регулирования в публичных интересах в рамках новой предложенной формулировки СРР.

В дополнение к вышеперечисленным методам в диссертации использованы основные правила толкования в соответствии со Статьями 31-32 Венской конвенции о праве международных договоров (далее - ВКПМД) для анализа текста ДЭХ и проверки предложенной формулировки СРР. Существует шесть официальных языковых версий ДЭХ: английская, французская, немецкая, итальянская, русская и испанская [17, ст. 50]. Статья 33 ВКПМД регулирует толкование договоров, официальная версия которых имеется на нескольких языках. Учитывая мой личный уровень владения языками, для понимания положений и толкования ДЭХ использовались английская и русская версии.

Научная новизна диссертации и ее вклад в науку. Диссертация представляет собой первое в Казахстане комплексное исследование теории и практики МИП в отношении СРР статьи 10 (1) ДЭХ с глубоким и критическим анализом источников, доктринальных концепций и нормативного содержания СРР и норм права на осуществление регулирования.

Научная новизна диссертации обусловлена разработанными и предложенными автором новыми подходами к применению доктринальных концепций СРР и норм права на осуществление регулирования с целью их согласованного взаимодействия в рамках нового ДЭХ.

Диссертация совершает осязаемый шаг вперед в установлении баланса между двумя конкурирующими доктринальными концепциями в рамках нового ДЭХ, в частности:

- определение и обоснование нормативного содержания СРР на основе доктринальной концепции о том, что СРР является самостоятельным договорным обязательством, таким образом, отделяя СРР от других источников/доктринальных концепций, таких как международное обычное право, общие принципы права, верховенство права (the rule of law);

- определение и предоставление нового смысла нормативному содержанию права на осуществление регулирования;

- определение и обоснование нового подхода в применении двух концепций, т. е. право на осуществление регулирования должно являться центральной нормой разрешительного характера, а не нормой защиты, следовательно, нормы права на осуществление регулирования должны ограничивать сферу применения СРР.

Таким образом, диссертация вносит вклад в:

- текущие научные дискуссии вокруг происхождения и доктринальных концепций СРР и права на осуществление регулирования (the right to regulate);

- современную научную дискуссию о нормативном содержании и правонарушениях СРР и праве на осуществление регулирования (the right to regulate) в соответствии с ДЭХ;

- применение на практике двух доктринальных концепций в отношении мер регулирования Договаривающихся Сторон ДЭХ;

- разработку норм МИП в отношении СРР и положений права на осуществление регулирования.

По мнению автора, предлагаемые новые подходы лучше защищают законные регулирующие меры Договаривающихся сторон ДЭХ. Предложенные нормы гипотетически апробированы при различных мерах регулирования и хорошо демонстрируют защиту регуляторных прав. Эти предлагаемые подходы в качестве образца можно было бы протестировать в рамках других международных инвестиционных соглашениях.

Положения, выносимые на защиту.

1. Отсутствие доктринальной концепции, обычного значения и нормативного содержания СРР, расширенное применение трибуналами расплывчатых норм СРР в Статье 10 (1) ДЭХ в свете арбитражной практики (прецедентов), толкование и признание декларативной части Статьи 10 (1) ДЭХ в качестве нарушения СРР требуют от Договаривающихся Сторон ДЭХ принять на себя «строгое» обязательство обеспечивать стабильную нормативно-правовую базу и защищать законные ожидания инвесторов в отношении стабильности национального законодательства. Такое применение СРР трибуналами привело к многомиллионным арбитражным решениям в соответствии с ДЭХ, которые поднимают фундаментальный доктринальный вопрос в МИП, касающийся ответственности государств за добросовестные (bona fide) регулятивные меры государства в публичных интересах. Таким

образом, необходимы конкретные меры, такие как определение доктринальной концепции СРР, кодификация, пересмотр текста договора и пересмотр подходов к праву регулирования и концепциям СРР, чтобы обеспечить баланс между регулирующими правами и защитой инвестиций.

2. В целях установления баланса между двумя конкурирующими концепциями, в диссертации обосновывается, что доктринальную концепцию СРР следует рассматривать с точки зрения самостоятельного договорного обязательства, согласованного между договаривающимися государствами. Это обосновывается тем, что СРР изначально был разработан двухсторонними инвестиционными соглашениями и ДДТС как норма *lex specialis*, а включение СРР в МИС было связано с устранением неопределенности в отношении МСО. Концепция СРР не должна быть связана с какими-либо другими доктринальными концепциями/источниками, такими как международное обычное право, МСО, общие принципы права и верховенство закона. Такая концепция о самостоятельном договорном обязательстве снижает риск расширения толкования.

3. Основываясь на доктринальной концепции самостоятельного договорного обязательства, в диссертации кодифицируются нарушения (деликты) СРР и предлагается новая конструкция СРР в соответствии с ДЭХ. Новая конструкция СРР должна содержать нарушения (деликты), которые в самом деле отражают смысл СРР, такие как отказ в правосудии, произвол или неразумность, дискриминация и неправомерное обращение. Обоснование данного предложения заключается в том, что Договаривающаяся Сторона ДЭХ может быть привлечена к ответственности только за нарушения ограниченного перечня правонарушений. Таким образом, новая конструкция повышает определенность и предсказуемость для Договаривающихся Сторон ДЭХ и инвесторов в применении норм СРР.

Обязательство стабильности и защита законных ожиданий должны быть исключены из норм СРР, и при необходимости такие обязательства и защита могут быть согласованы или предоставлены в ходе индивидуальных договорных переговоров между принимающим государством и инвестором или в национальном законодательстве.

4. В целях установления баланса между двумя конкурирующими концепциями, в диссертации предлагается интегрировать в ДЭХ применимые нормы право на осуществление регулирования в общественных/публичных интересах. В текущем ДЭХ отсутствуют применимые оговорки, которые защищают права государства на осуществления регулирования публичных интересов. После анализа различных оговорок, таких как общие исключения, изъятия и право на осуществление регулирования положения, в диссертации предлагается включить положение о «строгом» праве на осуществление регулирования в преамбуле ДЭХ и в отдельной статье ДЭХ, которое эффективно защищает публичные интересы.

Предлагаемая формулировка преамбулы выглядит следующим образом:

Формулировка преамбулы:

«ПРИЗНАВАЯ право Договаривающихся Сторон осуществлять регулирование на своей территории для достижения публичных целей регулирования, включая, помимо прочего, защиту окружающей среды, охрану здоровья, права потребителей, смягчение последствий изменения климата, энергетическую безопасность».

Формулировка отдельной статьей:

«Для большей определенности добросовестное осуществление (bona fide) [сноска] права Договаривающихся Сторон на осуществление регулирования на своей территории для достижения целей государственной политики, включая, помимо прочего, защиту окружающей среды, охрану здоровья, права потребителей, смягчение последствий изменения климата, энергетическую безопасность, не должно рассматриваться как нарушение обязательства справедливого и равноправного обращения».

«Формулировка сноски: определение того, является ли осуществление прав добросовестным (bona fide), требует рассмотрения в каждом конкретном случае и на основе фактов»

5. В диссертации предлагается новый подход к применению предложенных двух конкурирующих норм: СРР и права на осуществление регулирования. Гипотетически тестируя различные регулятивные меры государства в соответствии с предложенными нормами, в диссертации предлагается применять положение о праве на осуществление регулирования, которое носит разрешительный характер, а не нормой защиты, т.е. важнейшим элементом нового ДЭХ. Следовательно, нормы права на осуществление регулирования должны ограничивать сферу применения СРР. Таким образом, инвесторы могут ссылаться на нарушения (деликты) СРР только в том случае, если принимающее государство ненадлежащим образом применяет меры регулирования. Результаты проверки демонстрируют эффективность предложенной формулировки в установлении баланса прав государства и инвесторов.

Теоретическая значимость исследования. Диссертация предлагает альтернативный взгляд на ряд теоретических дискуссий вокруг норм СРР и доктринальных концепций и будущего построения баланса между правом осуществлять регулирование и защитой инвестиций в рамках норм СРР. Проведенное диссертационное исследование может стать полезным руководством для ученых в качестве теоретической основы для дальнейших исследований СРР.

Практическая значимость исследования. Проведенное диссертационное исследование может стать полезным руководством для:

1. практикующих юристов, желающих лучше понять сферу применения СРР;
2. государственных органов, особенно в Казахстане, желающих понять взаимосвязь между мерами регулирования государства и их взаимодействием с СРР;
3. Договаривающихся Сторонам ДЭХ в свете реформы модернизации ДЭХ;

4. правительств, если они хотят включить СРР в будущие МИС;
5. инвесторов для учета соответствующих мер регулирования и области правоприменения СРР для целей комплексной правовой оценки.

Апробация результатов исследования. Результаты исследования отражены в следующих статьях и конференциях:

1. Статья «The Energy Charter Treaty reform: Why and how to reach a consensus on fair and equitable treatment?» Журнал «Energy Policy», 163 том, Апрель 2022 (квартиль 1 Scopus);
2. Статья «Regulatory Space as a Factor of Change of International Investment Treaty Regime» Вестник Юриспруденция КазНУ Аль-Фараби, No.2 (98) 2021, 15 июнь 2021;
3. Статья «The standard of fair and equitable treatment in the new environment» Вестник Право ЕНУ Гумилева, No.1 (134)/2021, 26 март 2021;
4. Статья «Проблемы Стандарта Справедливого и Одинакового Режима в Договоре к Энергетической Хартии», Вестник Института законодательства и информации Республики Казахстан, No.2 (65)-2021, 30 июнь 2021;
5. Международная конференция на тему «Договора к Энергетической Хартии: что вызывает озабоченность у Договаривающихся Сторон», Российская Федерация, 15 мая 2020.

Структура диссертации. Диссертация построена следующим образом.

В Главе 1 анализируется развитие обязательств защиты иностранных инвестиций в соответствии с международным правом по трем периодам: период до ДЭХ, период ДЭХ и настоящее время, когда происходит текущий пересмотр положений ДЭХ. Период до ДЭХ охватывает раннюю эволюцию дипломатической защиты, появление МСО, *lex petrolea* и двусторонних инвестиционных договоров. Период ДЭХ сосредоточен на политических, исторических и экономических аспектах ДЭХ и защите инвестиций. Текущий период модернизации охватывает текущие сдвиги в системе МИС и устойчивом развитии, а также новые регулятивные меры Договаривающихся Сторон ДЭХ на основе исследования нормативной базы ЕС и Казахстана. Результаты Главы 1 используются в Главе 3.

Далее, Глава 2 является центральной исследовательской частью, включающей обзор и анализ вопросов доктринальных подходов к нормативному содержанию и источникам СРР и вопросов текущей формулировки СРР в рамках ДЭХ. Глава 2 охватывает определение нормативного содержания СРР и его интерпретацию в ДЭХ. Эта часть в основном основана на анализе академических исследований и арбитражной практики, которые необходимы для разработки новых предложений по пересмотренному СРР в рамках ДЭХ, которые обсуждаются в Главе 3.

Глава 3 является важной частью диссертации, в которой излагается новая конструкция формулировки СРР в соответствии с ДЭХ, применимые нарушения и формулировка права на осуществление регулирования. В этой Главе также рассматривается применимость нового СРР и положения о праве

на осуществление регулирования к возникающим мерам регулирования государства. В настоящей Главе гипотетически тестируются различные меры регулирования в соответствии с предлагаемыми оговорками для оценки эффективности предложений.

Благодарности. Автор признателен многим людям, без поддержки которых эта диссертация не была бы завершена. Прежде всего, автор выражает благодарность и признательность своему главному научному руководителю доктору Зангару Ногайбаю за его руководство, время, академическое руководство, поддержку и поощрение.

В частности, автор особенно благодарен научному руководителю/международному консультанту доктору Борзу Сабахи (Georgetown University), который согласился работать в качестве научного руководителя/международного консультанта и провел много часов с автором, предоставляя академическое руководство, поддержку, а также обсуждая и оспаривая идеи автора, и рецензируя различные черновики диссертации. Автор многому научился, приобрел обширные знания, улучшил качество исследований и получил удовольствие от работы с доктором Борзу Сабахи.

Автор хотел бы поблагодарить нескольких человек: профессора Питера Кэмерона (Университет Данди) и Нору Галлахер (Лондонский университет Королевы Марии) за рецензирование и комментарии к ранним проектам диссертации; Доминика Роутона (Quinn Emanuel) и Джерома Лехучера (Squire Patton Boggs) за рецензирование/улучшение текста; Жатканбаевой Айжан Ержановой (Конституционный Суд) за поддержку; Сулейменову Майдан Кунтуаровичу, Ильясовой Куляш Муратовной, Казиевой Гулжаухар Турсунхановной за рецензию; Ешниязову Нуржан Сергалиевичу (КАЗГЮУ), Калиевой Эльмире (Верховный Суд) и Баймурат Сагидолла (КАЗГЮУ) за ценные комментарии; Ибрашеву Диасу Бауыржановичу, Ваисову Даниель Мереевичу, Рыжковой Елене, Мухитдинову Аскарму Нажимединовичу, Мусрепову Копжану, Алтынбековой Асель (КАЗГЮУ), Абирбек Сауркы, которые на этом пути помогали и поддерживали автора.

В заключение, автор благодарен членам своей семьи (особенно покойной маме Светлане Зейнуллоевне) за их доверие, терпение и поддержку.