

5. *Shackelford S., Fragile Merchandise: A Comparative Analysis of the Privacy Rights for Public Figures* / Shackelford Scott J. [Електронний ресурс]. — Режим доступу : <http://ssrn.com/abstract=1396378>.
6. *Von Hannover v. Germany* (Application № 59320/00) [Електронний ресурс]. — Режим доступу : <http://www.5rb.com/docs/von%20Hannover-v-Germany%20ECHR%2024%20June%202004.pdf>.
7. *Coors C. Headwind from Europe: The New Position of the German Courts on Personality Rights after the Judgment of the European Court of Human Rights* / Corinna Coors // *German Law Journal*. — 2010. — Vol. 11. — № 05. — P. 527–538.
8. *Bilney v. Evening Star Newspaper Co.* 406 A.2d 652 (Md. Ct. Appl. 1979) [Електронний ресурс]. — Режим доступу: [http://md.findacase.com/research/wfrmDocViewer.aspx/xq/fac.19791015\\_0040095.MD.htm/qx](http://md.findacase.com/research/wfrmDocViewer.aspx/xq/fac.19791015_0040095.MD.htm/qx).
9. *Sipple v. Chronicle Publishing Co.* (1984) 154 Cal.App.3d 1040 [Електронний ресурс]. — Режим доступу: <http://www.lawlink.com/research/caselevel3/60788>.
10. *Sexual Offences (Amendment) Act 1976* [Електронний ресурс]. — Режим доступу : <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1976/82?view=plain>.
11. *Cass. civ. 14 novembre 1975 (pourvoi № 294)* [Електронний ресурс]. — Режим доступу : [http://www.utexas.edu/law/academics/centers/transnational/work\\_new/french/case.php?id=1251](http://www.utexas.edu/law/academics/centers/transnational/work_new/french/case.php?id=1251).
12. *West's encyclopedia of American law: 13 volumes* / Jeffrey Lehman, editor, Shirelle Phelps, editor. — 2nd ed. — New Haven, Conn., Thomson Gale, 2005. — Vol. 8 : Po to San. — 478 p.
13. *Cass. civ. 20 novembre 1990 (pourvoi № 89-13049)* [Електронний ресурс]. — Режим доступу : <http://www.law.ed.ac.uk/ahrc/personality/francecases.asp#Expansion>.
14. *Cass. civ. 30.5.2000, JCP 2001. II, 10524* [Електронний ресурс]. — Режим доступу : [http://www.utexas.edu/law/academics/centers/transnational/work\\_new/french/case.php?id=1238](http://www.utexas.edu/law/academics/centers/transnational/work_new/french/case.php?id=1238).
15. *Phillipson G. Breach of confidence as a privacy remedy in the Human Rights act Era* / Phillipson G., Fenwick H. // *The Modern Law Review*. — 2000. — Vol. 63 — P. 660–693.
16. *A v. B & C* [2002] EWCA Civ 33 [Електронний ресурс]. — Режим доступу: <http://www.bailii.org/cgi-bin/markup.cgi?doc=/ew/cases/EWCA/Civ/2002/337.html>.

*Article deals with research the civil defense of the personal non-property rights of public figures under the Romanistic, Germanic and Anglo-American private law systems. The The grounds of legal modus of public figures, dividing of public figures into groups and conditions of legitimate interference in privacy of public figures are characterized.*

*Статья рассматривает гражданско-правовую защиту личных неимущественных прав публичных лиц в романской, германской и англо-американской системах частного права. Охарактеризованы основания возникновения правового модуса публичного лица, деление публичных лиц на виды и условия правомерного вмешательства в личную жизнь публичного лица.*

## **РОЛЬ Е. ЛАУТЕРПАХТА У ФОРМУВАННІ ІНСТИТУТУ ПАРАСОЛЬКОВОГО ЗАСТЕРЕЖЕННЯ (КЛАЗУЛИ) В МІЖНАРОДНОМУ ОБОРОТІ**

**Черних Ю.С.,**

*молодший науковий співробітник відділу міжнародного приватного права та порівняльного правознавства НДІ приватного права і підприємництва імені академіка Ф. Г. Бурчака НАПрН України, старший викладач факультету правничих наук Національного університету «Києво-Могилянська Академія»*

*Стаття присвячена витокам спеціального положення двосторонніх угод про захист інвестицій, що зобов'язує держави дотримуватися будь-яких обов'язків (переважно договірних) щодо інвестицій (так званої парасолькової клаузули), поява якого пов'язана із діяльністю британського юриста, професора Кембриджського університету сера Еліху Лаутерпахта.*

**Ключові слова:** міжнародний інвестиційний арбітраж, двосторонні договори про захист інвестицій, парасолькова клаузула.

Детальний аналіз історичних передумов появи парасолькової клаузули у двосторонніх угодах про захист інвестицій дає змогу зрозуміти як власне значення положення, так і в цілому закономірності розвитку міжнародного приватного та публічного права. Адже до цього часу не визначено загального підходу щодо можливості інтернаціоналізації контрактних спорів, немає чіткого розмежування визначення компетенції органу розв'язання спорів, визначеного у договорі на приватному рівні, із компетенцією арбітражу, що вирішує міжнародний інвестиційний спір тощо.

Проблематику парасолькової клаузули досліджували Антоні Сінклер, Катя Яннака-Смол, Монік Сассон та інші. Більшість авторів, називаючи Еліху Лаутерпахта як одного із засновників парасолькової клаузули, не розкривають юридичних, соціальних та інших передумов для її запровадження. А саме встановлення і вивчення останніх і дозволяє на сьогодні адекватно оцінювати цей інструмент та вивчати його регулятивний потенціал і вплив на розвиток міжнародного приватного та міжнародного публічного права.

Парасолькова клаузула або парасолькове застереження є положенням багатьох двосторонніх угод про захист інвестицій, яке зобов'язує державу дотримуватися будь-яких зобов'язань (переважно договірних) щодо інвестицій. Невиконання цих зобов'язань може вважатися порушенням не лише договірної (контрактної) рівня, а й також зобов'язань за двосторонніми угодами про захист інвестицій. Як правило, парасолькове застереження вважається таким, що містить матеріально-правові норми та не є юрисдикційним за своєю природою, хоча й має юрисдикційні наслідки [1, с. 236]. Іншими словами, парасолькове застереження може трансформувати контрактний позов у позов на підставі двосторонньої угоди про захист інвестицій.

Серед невеликої кількості публікацій щодо історичного контексту появи парасолькової клаузули варто згадати розгорнуту статтю Антоні Сінклера [2, с. 411–434]. Під час написання статті він працював юристом в англійській юридичній компанії та був особисто знайомий із професором Кембриджського університету сером Еліху Лаутерпахтом. Антоні Сінклер вперше зазначив про витоки парасолькового застереження та роль Еліху Лаутерпахта. Стаття ще й досі має надзвичайно високий індекс академічного цитування.

Певною спробою узагальнити проблематику парасолькового застереження, включаючи історичний аспект, зробила у 2006 р. Катя Яннака-Смол у робочому звіті, підготовленому в межах її роботи в Організації з економічного співробітництва та безпеки [3]. Окремий розділ звіту із значним посиланням на статтю Антоні Сінклера присвячений історичному аспекту розвитку парасолькового застереження. Зокрема, Катя Яннака-Смол називає статтю Антоні Сінклера *«повним історичним описом парасолькового застереження»*.

Аналіз процесів трансформації міжнародного публічного та міжнародного приватного права на історичному прикладі зробила Монік Сассон у монографії *«Матеріальне право у міжнародному інвестиційному арбітражі: неврегульовані відносини між міжнародним та національним правом»* [4].

Усі зазначені автори появу парасолькового застереження пов'язують із професором Кембриджського університету – сером Еліху Лаутерпахтом, проте не розкривають особливостей та значення соціально-економічного розвитку, що передували появі парасолькового застереження, тому метою цієї статті є на прикладі історичного ракурсу появи парасолькової клаузули підкреслити тенденції зближення міжнародного приватного та міжнародного публічного права як поступових закономірних процесів. Матеріали, використані для проведення цього дослідження, було надано автору сером Еліху Лаутерпахтом особисто під час зустрічі в університеті Кембриджу.

Сер Еліху Лаутерпахт (дата народження – 13 липня 1928 р.) – відомий британський науковець, професор Кембриджського університету, засновник Центру Лаутерпахта з міжнародного права (Lauterpacht Centre for International Law), син Херша Лаутерпахта, який походить з України і народився в Львівській області.

У 50-х рр. XX ст. сер Еліху Лаутерпахт як баристер палати 3 Essex Court брав участь у підготовці юридичних висновків та рекомендацій для Англо-Іранської нафтової компанії на тлі націоналізації останньої та спроб урегулювати проблему шляхом переговорів та укладення мирової угоди. Націоналізація нафтової промисловості була здійснена Іраном у 1951 р., внаслідок чого іранська нафта була піддана міжнародному ембарго. Для урегулювання конфліктної ситуації було запропоновано організувати консорціум з великих нафтових компаній та укласти низку угод між консорціумом та Іраном. Завданням сера Лаутерпахта було запропонувати ефективний механізм, який максимально би захищав інтереси Англо-Іранської нафтової компанії від ймовірних повторних націоналізацій.

Сер Еліху Лаутерпахт склав декілька юридичних висновків для Англо-Іранської нафтової компанії. Чимало матеріалів того часу було надано автору даної статті безпосередньо сером Лаутерпахтом. Незважаючи на те, що юридичні висновки стосуються конкретної ситуації та конкретних завдань, вони є безумовним документарним свідченням того, що ідея парасолькової клаузули була вперше виражена та обґрунтована у прикладному аспекті саме сером Еліху Лаутерпахтом у 1953–1954 рр. Сер Еліху Лаутерпахт був першим, хто запропонував ідею так званого *«паралельного захисту»* та вперше використав термін *«парасолькова»*, щоправда, «угода», а не «застереження».

Саме сер Еліху Лаутерпахт 60 років тому зазначив проблеми, які й досі не є остаточно вирішеними в міжнародному публічному та приватному праві щодо природи та принципів застосування парасолькової клаузули. Це стосується, зокрема, співвідношення юрисдикції між визначеним у договорі способом вирішення спору та тим, що є доступним із застосуванням парасолькової клаузули (у випадку, який пропонувався сером Еліху, «парасолькової угоди»), а також так званої можливої інтернаціоналізації контрактних позовів. Зазначене може бути свідченням об'єктивного розвитку та взаємного проникнення міжнародного публічного та міжнародного приватного права, а також об'єктивних процесів необхідності інтернаціоналізації міжнародних контрактів за участю державних підприємств та інших державних структур.

Зупинимось на основних ідеях, покладених у висновки.

Перш за все, потрібно пояснити, що сером Лаутерпахтом була запропонована ідея не окремого положення, а цілої «парасолькової угоди», укладеної між урядами Великої Британії та Іраном, яка б містила посилання на дотримання положень консорціуму (мирової угоди) та відповідальність Ірану за порушення умов консорціуму. Це є цілком зрозумілим, адже пропозиції 1953–1954 рр. передували укладенню першої двосторонньої угоди про захист інвестицій у 1959 р. між Німеччиною та Пакистаном [5, с.1] та в них не могло йтися в принципі про включення певного положення із функцією парасолькової клаузули до якоїсь існуючої міждержавної угоди, адже такої угоди на той час не існувало.

Якщо точніше, парасолькова угода мала трансформувати будь-яке порушення угоди про консорціум у порушення своїх власних положень – *ipso facto*, тобто виходячи виключно з факту їх настання. Йшлося про

окрему угоду публічно-правового характеру, яка б виступала своєрідною гарантією дотримання положень консорціуму і робила будь-яке порушення умов консорціуму одночасно і порушенням власне цієї парасолькової угоди, іншими словами, мала б відбуватися інтернаціоналізація предмета спору.

Надзвичайно цінним є глибокий аналіз за системою координат міжнародного права та сумніви, які супроводжували сера Лаутерпахта у 1953–1954 рр. Саме вони є актуальними наразі при аналізі парасолькової клаузули, оскільки їй досі не знайшли остаточної та однозначної відповіді в сучасній науці міжнародного публічного та приватного права та в практиці інвестиційного арбітражу.

Так, наразі не вирішеними проблемами є:

- відсутність загальноприйнятої теорії інтернаціоналізації контрактних спорів;
- розмежування компетенції форуму, визначеного у контракті, із компетенцією арбітражу, що вирішує міжнародний інвестиційний спір;
- обсяг та функції парасолькової клаузули.

У цілому сер Лаутерпахт підкреслював новизну та новаторський характер запропонованої ним парасолькової угоди, а також відмінність від звичайного розуміння, яке мусило б запропонувати лише єдиний безальтернативний спосіб вирішення спорів замість двох або класичну гарантію. Незважаючи на різні недоліки, підкреслювалась тактична перевага запропонованого варіанту, що полягала у можливості безпосередньо британського уряду втрутитись майже до кожного спору – свобода та можливість, яка була важлива для консорціуму. Тобто, пропонувався не політико-дипломатичний захист, а конкретний правовий, який лише б трансформував будь-які порушення угоди про консорціум, учасниками якої не були держави, у міжнародні порушення міждержавної угоди. Таким чином, окрім гарантії надавалась можливість розглянути трансформований спір на іншому рівні.

Функціями парасолькової угоди було визначено дві:

(1) стабілізаційна, аби гарантувати, що положення консорціуму не будуть змінені в односторонньому порядку іранським урядом, а також щоб унеможливити застосування національного права Ірану та будь-якої іншої держави;

(2) юрисдикційна, аби надати ефективну систему вирішення спорів, яка полягала б в альтернативних один одному двох способах вирішення: арбітражі *ad hoc* та у Міжнародному суді справедливості. Принципово було те, що сер Еліху Лаутерпахт не вважав, що незначні («*minor disputes*») спори мають бути вирішені в арбітражі *ad hoc*, а не в Міжнародному суді справедливості, також вичерпання національних засобів захисту не було обов'язковою умовою.

Сер Лаутерпахт усвідомлював новизну своєї пропозиції у тому, що пропонувався не єдиний механізм вирішення спорів, а два альтернативні без достатньо чіткого (на тому етапі) та зрозумілого розмежування, та в тому, що порушення сторонами умов консорціуму могло одночасно кваліфікуватись як порушення міждержавного договору – парасолькової угоди. Водночас сер Еліху констатував існуючі випадки так званої інтернаціоналізації контрактів, які випадали із загальної системи розуміння регулювання міжнародного приватного права того часу та, варто зазначити, і сьогодні, коли приватноправові контракти піднімались із сфери національного права у сферу міжнародну, не ставши при цьому міжнародною міждержавною угодою самі по собі. Так, сер Еліху згадував справу *Abu Dhabi (Petroleum Dev (Trucial Coast) Ltd v Sheikh of Abu Dhabi)*, де арбітр Лорд Есквіс застосував міжнародні принципи права при вирішенні спору, незважаючи на те, що до спору з концесійної угоди більш природно застосовувалось би право Абу Дабі [6, с. 247–261].

Традиційно контракти розглядалися як такі, що цілком і повністю засновані на певному національному праві. Нафтові контракти поступово набували ознак, що давали можливість інтернаціоналізувати окремі елементи, тобто вивести контракти з цілкової точки тяжіння національної системи права. Спочатку це відбувалося на рівні погодження застосування загальних принципів права («принципів права цивілізованих націй»), *lex mercatoria* чи навіть міжнародного права. Пізніше інтернаціоналізація виражалася у положеннях щодо припинення контрактних зобов'язань та вирішення спорів. Парасолькова клаузула пішла дещо далі, запропонувавши власне механізм повної інтернаціоналізації, тобто можливості розгляду контрактних позовів на міжнародному рівні у системі координат міжнародного інвестиційного арбітражу.

Інвестиційний арбітраж є проявом вирішення спорів переважно приватного характеру із суб'єктом міжнародного публічного права на міжнародному рівні. Інвестиційні контракти в сучасній практиці є повністю інтернаціоналізованими, тобто такими, що захищаються на міжнародному рівні. Це і є відображенням поступового зближення в окремих моментах міжнародного публічного та міжнародного приватного права.

Таким чином, дослідження історії появи парасолькової клаузули дає можливість пов'язати її із розвитком та взаємним проникненням міжнародного публічного та міжнародного приватного права, а також із інтернаціоналізацією контрактних позовів, тобто із можливістю розгляду контрактних за природою спорів у міжнародних інвестиційних форумах. Подальше дослідження історичного аспекту виникнення та поширення посилення парасолькової клаузули власне у двосторонніх угодах про захист інвестицій містить у собі потенціал більш повного розкриття суті даного положення та його міжгалузевої ролі.

#### **СПИСОК ВИКОРИСТАНОЇ ЛІТЕРАТУРИ:**

1. *The ICSID Convention: A Commentary*, The Cambridge University Press, 2009, 2<sup>nd</sup> edition. –1596 p.
2. *Anthony C. Sinclair* The Origins of the Umbrella Clause in the International Law of Investment Protection // *20 Arbitration International*, Issue 4, 2004 – P. 411–433.

3. *Katia Yannaca-Small*, Working papers on international investment, Number 2006/3, Interpretation of the Umbrella Clause in Investment Agreements, October 2006 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.oecd.org/investment/internationalinvestmentagreements/37579220.pdf> (доступне станом на 9.01.2014 р.)
4. *Sasson Monique* Substantive Law in Investment Treaty Arbitration: The Unsettled Relationship Between International Law and Municipal Law (International Arbitration Law Library), Kluwer Law International, 2010. – 264 p.
5. *Rigo Sureda Andrès* Investment treaty arbitration: judging under uncertainty (Hersch Lauterpacht Memorial Lectures). Cambridge University Press, 2012 – P.1.
6. *International and Comparative Law Quarterly*, Volume 1, Issue 02, April 1952. – P. 247–261.

*The article describes the origins of the special provision of bilateral investment treaties that oblige the state to adhere to any undertaking (mostly contractual) in relation to investments - umbrella clause, introduction of which is connected with the activities of the British lawyer and professor at the University of Cambridge, Sir Elihu Lauterpacht.*

*В статье анализируются истоки специального положения двусторонних соглашений о поощрении и взаимной защите инвестиций, обязывающего государство соблюдать все обязательства (преимущественно договорные) по инвестициям – зонтичной клаузулы, чье появление связано с деятельностью британского юриста, профессора Кембриджского университета сэра Элиху Лаутерпахта.*