

УДК 341.4

**ПРИНЦИПИ ТРАНСНАЦІОНАЛЬНОГО КРИМІНАЛЬНОГО ПРАВА У СВІТЛІ МІЖНАРОДНОГО ПРАВА**

**THE PRINCIPLES OF THE TRANSNATIONAL CRIMINAL LAW IN THE COURSE OF INTERNATIONAL LAW**

**ПРИНЦИПЫ ТРАНСНАЦИОНАЛЬНОГО УГОЛОВНОГО ПРАВА В СВЕТЕ МЕЖДУНАРОДНОГО ПРАВА**

**Попко В. В.**

Доцент кафедри порівняльного та європейського права Інституту міжнародних відносин Київського національного університету імені Тараса Шевченка, кандидат юридичних наук, vadympopko@gmail.com

**Popko V.**

Associate professor of the Department of Comparative Law and the European Law of the Institute of International Relations, Taras Shevchenko National University of Kyiv, Philosophy Doctor at International Law, vadympopko@gmail.com

**Попко В.**

Доцент кафедры сравнительного и европейского права Института международных отношений Киевского национального университета имени Тараса Шевченко, кандидат юридических наук, vadympopko@gmail.com

**Анотація.** У статті висвітлюються системні аспекти основних принципів транснаціонального кримінального права у світлі трансформації міжнародного права.

Стаття присвячена дослідженню фундаментальних принципів міжнародного права й, зокрема, міжнародного кримінального права, які розглядаються комплексно й системно у тісному зв'язку з принципами внутрішнього державного кримінального і кримінально-процесуального права. Зазначається необхідність юридичного закріплення доволі великої кількості його принципів. Розкрито зміст основоположних кримінально-правових принципів, зокрема, принцип «немає злочину без вказівки на те у законі», принцип індивідуальної кримінальної відповідальності, принцип недопустимості посилання на офіційне чи посадове становище особи, заборона повторного притягнення до відповідальності особи за здійснення одного й того ж злочину по міжнародному кримінальному праву, здійснення правосуддя тільки судом, гласність судового розгляду та право на захист, рівність осіб перед кримінальним законом і судом, принципи дії кримінального закону у часі та просторі (принцип незастосування строків давності, територіальний принцип дії міжнародного кримінального права) тощо. Особлива увага приділяється змісту принципу універсальної кримінальної юрисдикції стосовно транснаціональних кримінальних злочинів, закріплених у Конвенції Організації Об'єднаних Націй проти транснаціональної організованої злочинності 2000 р.

Автор доходить висновку, що принципи транснаціонального кримінального права узгоджені між собою і визначають основні характеристики транснаціонального кримінального права і напрямки кримінальної політики.

**Ключові слова:** принципи, транснаціональне кримінальне право, конвенція, закон, злочинність, юрисдикція.

**Annotation.** The article highlights systematic aspects of the major principles of transnational criminal law within the framework of international law transformation.

*The article is dedicated to the examination of the fundamental principles of international law and international criminal law, in particular, which are viewed systematically and in complex and tight connection with the principles of domestic criminal and criminal procedural law. The necessity of legal enshrinement of its principles is noted. The content of the fundamental principles of criminal law is overviewed, in particular, nullum crimen sine lege (No crime without a previous penal law), principle of individual criminal responsibility, principle of non-reference to the official or professional status of a person, prohibition of repetition of punishment for the same crime under international criminal law, execution of judicial power only by courts, equality of persons before the law and the court, local and temporal principles of criminal law (non-application of terms of limitation, territorial principle of criminal law etc.) Special attention is paid to the content of the universal criminal jurisdiction principle concerning transnational crimes, enshrined in the 2000 UN Convention against Transnational Organized Crime.*

*The author comes to the conclusion that the principles of transnational criminal law are coordinated as between themselves and determine the main characteristics of transnational criminal law and directions of criminal policy.*

**Key words:** *principles, transnational criminal law, convention, law, jurisdiction.*

**Аннотация.** *В статье освещаются системные аспекты основных принципов транснационального уголовного права в свете трансформации международного права.*

*Статья посвящена исследованию фундаментальных принципов международного права и, в частности, международного уголовного права, которые рассматриваются комплексно и системно в тесной связи с принципами внутреннего государственного уголовного и уголовно-процессуального права. Определяется необходимость юридического закрепления достаточно большого количества его принципов. Раскрыто содержание основоположных уголовно-правовых принципов, в частности, принцип «нет преступления без указания на него в законе», принцип индивидуальной уголовной ответственности, принцип недопустимости посылания на официальное или должностное положение лица, запрет повторного привлечения к ответственности лица за совершение одного и того же преступления по международному уголовному праву, совершения правосудия только судом, гласность судебного рассмотрения та право на защиту, равенство лиц перед уголовным законом и судом, принципы действия уголовного закона во времени и пространстве (принцип неприменения сроков давности, территориальный принцип действия международного уголовного права) и другие. Особенное внимание уделено содержанию принципа универсальной уголовной юрисдикции относительно транснациональных уголовных преступлений, закрепленных в Конвенции Организации Объединенных Наций против транснациональной организованной преступности 2000 г.*

*Автор приходит к выводу, что принципы транснационального уголовного права согласованы между собой и определяют основные характеристики транснационального уголовного права и направления уголовной политики.*

**Ключевые слова:** *принципы, транснациональное уголовное право, конвенция, закон, преступность, юрисдикция.*

**Постановка проблеми.** Найважливіші тенденції ХХІ ст. у розвитку сучасного світу – глобалізація та інтеграція в економічній, політичній, культурній, а також правовій сферах міждержавних відносин, вимагають оновленого погляду на роль міжнародно-правових принципів, які зазнають змін нормативного змісту.

Основоположні принципи міжнародного права властиві й для правового регулювання відносин у кримінальній сфері, проте, як і для кожної галузі права, для міжнародного кримінального права характерні свої засади регулювання. На держави у повному обсязі поширюються загальні принципи сучасного міжнародного права й ці

принципи не в однаковій мірі можуть застосовуватися у боротьбі з міжнародними злочинами.

У вітчизняній і зарубіжній міжнародно-правовій доктрині принципи міжнародного кримінального права у тій чи іншій мірі досліджувались у різних аспектах. Проте поза увагою залишилися такі явища, як системний підхід до вивчення транснаціонального кримінального права, його інститутів, засад, принципів відповідальності та здійснення правосуддя. Не дивлячись на окремі спроби опису транснаціональної злочинності, до останнього часу не створено всебічної характеристики цього явища. Полеміка, як правило, ведеться навколо поняття транснаціональної організованої злочинності, що дозволяє найбільш адекватно відобразити сутність даного феномену.

**Мета статті** – дослідити системний аспект принципів транснаціонального кримінального права, їх нормативне закріплення, зокрема в Конвенції ООН проти транснаціональної організованої злочинності 2000 р.

**Аналіз останніх досліджень та публікацій.** Дослідження принципів міжнародного кримінального права проводилась у науці міжнародного права неодноразово, зокрема у працях М.В. Буроменського, В.Г. Буткевича, О.Г. Волеводза, Н.А. Зелінської, Л.В. Іногамової-Хегай, О.Г. Кибальника, Ю.В. Климчука, М.І. Костенка, І.І. Лукашука, Т.Ш. Самедової та інших. Деякі фахівці фіксують поняття «принципи» у самому визначенні міжнародного права [10, 12; 16, 28].

Серед досліджень зарубіжних вчених виділяється праця професора кафедри германського і міжнародного кримінального права Берлінського університету ім. Гумбольдта *Герхарда Верле* «Принципи міжнародного кримінального права», виданій у м. Гаага (Нідерланди) у 2005 р. (видання російською мовою здійснено в м. Одесі у видавництві «Фенікс» спільно з російським видавництвом «ТрансЛіт» у 2011 р.) [11]. Ця праця представляє собою системне викладення Загальної і Особливої частин сучасного міжнародного кримінального права, виконане з позицій континентальної юридичної науки. У шести частинах праці викладено історію становлення, галузеві принципи і системоутворюючі інститути міжнародного кримінального права, а також детально висвітлені найбільш значущі міжнародні злочини.

Вченими запропонована класифікація численних принципів як міжнародного права у цілому, так й принципів кримінального права зокрема. Зокрема, Т.Ш. Самедова свій підхід до розуміння класифікації принципів міжнародного кримінального права обґрунтувала урахуванням юридичного оформлення принципів [18]. Вона виділила чотири групи принципів: 1) *основні принципи* міжнародного права (Статут ООН, Декларація про принципи міжнародного права, що стосуються дружніх відносин і співробітництва між державами 1970 р., Заключний Акт Наради з безпеки та співробітництва в Європі 1975 р.); 2) *загальні принципи* права (у тому числі й правові аксіоми) - Загальна Декларація прав людини 1948 р., Міжнародні пакти про права людини 1966 р., Європейська конвенція про захист прав людини і основоположних свобод 1950 р. та інші; 3) *спеціальні принципи* міжнародного кримінального права - Статут Нюрнберзького трибуналу 1945 р., Статут Токійського трибуналу 1946 р., Римський статут Міжнародного кримінального суду 1998 р., конвенції з питань міжнародного кримінального права та інші; 4) *принципи національного (внутрішньодержавного) права* – конституційні акти, кримінальні кодекси, кримінально-процесуальні кодекси окремих держав та інші документи.

**Виклад основного матеріалу дослідження.** Транснаціональне кримінальне право функціонує як складова частина системи міжнародного кримінального права, в основі якого закладено певний фундамент – *принципи міжнародного права*, які, поза сумнівом, є нормами *jus cogens* та містять зобов'язання *erga omnes*. Важливим постулатом вивчення транснаціонального кримінального права являється визнання

принципів міжнародного права, серед яких важливе місце посідають *принципи міжнародного кримінального права*.

Міжнародне кримінальне право, являючись самостійною галуззю сучасного міжнародного публічного права, у той же час знаходиться у тісному взаємозв'язку з багатьма інститутами як міжнародного права, так й внутрішнього державного кримінального і кримінально-процесуального права. Тому при дослідженні закріплених у різних нормативних актах принципів міжнародного кримінального права необхідно брати до уваги їх комплексний характер. Класифікація принципів міжнародного кримінального права основана на системному підході, оскільки принципи представляють собою найбільш загальні норми, що діють в усій сфері правового регулювання і поширюються на всіх суб'єктів, тому для з'ясування спірних в науці питань обсягу і змісту міжнародного кримінального права, а також практики застосування кримінально-правових норм так важливо визначення системи принципів цієї галузі. Основні принципи міжнародного права складаються із системи правових положень і норм, що закріплюють обов'язковий характер найбільш важливих її правил.

Перелік принципів може бути нормативно-правовою основою регулювання міжнародних кримінально-правових відносин лише при умові, яка буде представляти масив нормативних положень, позбавлений внутрішніх розбіжностей. У свою чергу, узгодженість елементів – одна із властивостей саме такого явища як система.

Основне значення системного підходу при визначенні принципів міжнародного кримінального права полягає у тому, щоб підкреслити взаємозв'язок і взаємозалежність принципів, що знайшли юридичне закріплення у різних міжнародних і внутрішньодержавних нормативних актах, що згруповані у групи (категорії) і представлені у певному ієрархічному порядку.

У теорії права принципами називають висхідні, визначальні ідеї, положення, установки, які складають духовну і організаційну основу розвитку і функціонування права [19, 151]. Їхня цінність полягає у тому, що принципи права являються трансляторами правової традиції, оскільки існують у правовому досвіді й правовій діяльності.

Відмінною рисою міжнародного кримінального права являється юридичне оформлення доволі великої кількості його принципів [14, 63]. Основу цієї системи складають загальні принципи права та принципи міжнародного права, а специфіка галузі міжнародного кримінального права, безумовно, вимагає розробки і власної системи принципів.

Існування і правовий зміст принципів залежить від розвитку міжнародних відносин. Тому нормативний зміст принципів сучасного міжнародного права з плином часу зазнає змін й наповнюється новим змістом під впливом розвитку міжнародних суспільних відносин та змін у правовому регулюванні. Особливо різючі зміни у цьому відношенні відбуваються у міждержавних відносинах наприкінці ХХ ст. і в нинішньому столітті. Про це свідчить прийняття *Римського Статуту Міжнародного кримінального суду від 17 липня 1998 р.* [8] та ряду інших важливих документів, які привели до подальшого звуження сфери внутрішньої юрисдикції держав.

Трансформація міжнародного співтовариства після Другої світової війни з 1945 р. змінила акцент у міжнародному праві з міжнародного звичаєвого права з його семи основними принципами (суверенітет, визнання, згода, добра совість, свобода морів, відповідальність та самооборона) на принципи, встановлені у договірному праві – *Статуті Організації Об'єднаних Націй*.

Вперше принципи знайшли своє нормативне закріплення в *Статуті Міжнародного військового трибуналу для суду та покарання головних військових злочинців європейських країн осі* (Лондон, 8 серпня 1945 р.) [9]. Це був комплекс принципів матеріального і процесуального кримінального права. Вони були визнані Резолюцією Генеральної Асамблеї ООН 95(І) від 11 грудня 1946 р. «*Ствердження*

*принципів міжнародного права, визнаних Статутом Нюрнберзького Трибуналу», із вказівкою на необхідність їх включення до кодексу злочинів проти миру і безпеки людства, чи до міжнародного кримінального кодексу [7].*

Далі юридичне оформлення принципи міжнародного кримінального права отримали у Доповіді Комісії міжнародного права ООН «*Принципи міжнародного права, визнані Статутом Нюрнберзького трибуналу, й знайшли вираження у рішеннях цього трибуналу*» (1950) [17, 113]. У цьому документі, як зазначає О.Г. Кибальник [14, 64], дещо змішані принципи міжнародного матеріального права і принципи міжнародного кримінального процесу, проте серед принципів, що можуть бути віднесені до міжнародного кримінального права, можна виділити наступні: караність будь-якої особи, що здійснила будь-яке діяння, яке визнається, згідно норм міжнародного права, злочином; якщо держава по національному праву не встановлює злочинності і караності діяння, цей факт не звільняє винну особу від відповідальності по міжнародному праву; виконання наказу свого уряду чи начальника не звільняє особу від відповідальності по міжнародному праву, якщо усвідомлений вибір був фактично для нього можливий; співучасть у здійсненні злочину проти миру, воєнного злочину чи злочину проти людяності визнається міжнародно-правовим злочином.

Базовим документом сучасного міжнародного права у боротьбі з міжнародними злочинами являється *Декларація про принципи міжнародного права, що стосуються дружніх відносин та співробітництва між державами відповідно до Статуту Організації Об'єднаних Націй* [1], котра ухвалена на 25-й сесії Генеральної Асамблеї 24 жовтня 1970 р. (Резолюція 2625 (XXV) ГА ООН).

Провідною ідеєю цієї Декларації являється добросовісне дотримання принципів міжнародного права, які тісно між собою пов'язані, й передбачає дотримання дружніх відносин і співробітництва між державами та добросовісного виконання державами взятих зобов'язань у світлі інших принципів. У цій Декларації закріплено принципи міжнародного права, що у світлі сучасних політичних, соціальних та економічних змін у світі мають зростаюче значення й існує необхідність більш ефективного застосування в діяльності держав у боротьбі з міжнародними злочинами.

У період активного обговорення питання про необхідність підвищення ефективності співробітництва у боротьбі з міжнародною злочинністю і створення міжнародного органу правосуддя був прийнятий документ, в якому знайшли своє закріплення загальні принципи міжнародного кримінального права, - Римський статут Міжнародного кримінального суду від 17 липня 1998 р. [8], зокрема частина 3 «Загальні принципи кримінального права» (ст. 22-33). До числа таких принципів належать: немає злочину без вказівки на те в законі; немає покарання без вказівки на те в законі; відсутність зворотної сили закону; індивідуальний характер кримінальної відповідальності; недопустимість посилення на посадове становище та інші.

Крім цього, принципи міжнародного кримінального права містяться й в інших документах як загальносвітового, так й регіонального характеру. Серед них резолюції Генеральної Асамблеї ООН (зокрема, Резолюція ГА ООН 14 грудня 1990 р. № 45/107 «Міжнародне співробітництво у сфері попередження злочинності і кримінального правосуддя у контексті розвитку» [5], Резолюція ГА ООН від 18 грудня 1991 р. № 46/152 «Створення ефективної програми Організації Об'єднаних Націй у сфері попередження злочинності і кримінального правосуддя») [6] та договори (конвенції), які визнаються основним джерелом транснаціонального кримінального права. Серед них найбільш значущими назвемо: Міжнародна конвенція про припинення обігу порнографічних видань і торгівлі ними від 12 вересня 1923 р.; Міжнародна конвенція щодо боротьби з підробкою грошових знаків 20 квітня 1929 р.; Європейська конвенція про видачу правопорушників від 13 грудня 1957 р. з додатковими протоколами 1975 р. і 1978 р.; Конвенція про боротьбу із незаконним захопленням повітряних суден від 16 грудня 1970 р.; Європейська конвенція про взаємну правову допомогу у кримінальних

справах від 20 квітня 1959 р. з додатковим протоколом 1978 р.; Європейська конвенція про боротьбу з тероризмом від 27 січня 1977 р.; Конвенція про передачу осіб, засуджених до позбавлення волі, для відбування покарання в державі, громадянами якого вони є від 19 травня 1978 р.; Конвенція Організації Об'єднаних Націй по морському праву від 10 грудня 1982 р.; Конвенція про відмивання, пошук, арешт та конфіскацію доходів, одержаних злочинним шляхом від 8 листопада 1990 р.

Основоположний характер принципів міжнародного кримінального права, їх чисельність вимагають певної систематизації як нормативно-правових актів, так й прецедентних та звичаєвих норм, а також й інших соціальних правил поведінки (моральних, релігійних, культурних тощо). Генеральна Асамблея ООН своєю Резолюцією 177(II) від 21 листопада 1947 р. доручила Комісії міжнародного права сформулювати принципи, взявши за основу визнані Статутом Міжнародного воєнного трибуналу в Нюрнберзі та які знайшли вираження у його вироку. Одночасно Комісії було доручено підготувати проект Кодексу злочинів проти миру і безпеки людства (робота допоки не завершена). Кодифікація принципів і норм міжнародного кримінального права активно обговорюється в органах ООН, починаючи з 1947 р.

Самою значущою для з'ясування принципів транснаціонального кримінального права являється *Конвенція ООН проти транснаціональної організованої злочинності*, підписана 15 листопада 2000 р., ратифікована 4 лютого 2004 р. (Законом України набула чинності 21 травня 2004 р.) [2]. Дані принципи сформовані у систему і визначають загальні напрямки розвитку транснаціонального кримінального права, а також правила застосування його норм.

Одним із основоположних кримінально-правових принципів, й безсумнівно, транснаціонального кримінального права, являється принцип *nullum crimen sine lege* та *nullum poena sine lege* (класична римська формула «немає злочину без вказівки на те у законі»), що сягає корінням у давню римську юридичну практику. Згідно цього принципу ніхто не може бути притягнений до міжнародної кримінальної відповідальності за дію, яка на момент її здійснення не являлась міжнародним злочином. Даний принцип в якості основної умови для притягнення до відповідальності в рамках міжнародного кримінального права передбачає протиправність діяння суб'єкта міжнародного кримінального права, тобто дане діяння повинно бути прямо забороненим нормами діючого міжнародного кримінального права, що включає застосування міжнародного кримінального права по аналогії. Тому винність означає не тільки факт психічного ставлення особи до здійсненого діяння, але також необхідність довести наявність конкретного психічного ставлення особи – реалізація презумпції невинуватості. Із даного принципу випливає правило: немає покарання без вказівки на те в законі, тобто особа, визнана винною по міжнародному кримінальному праву, може понести лише те покарання, яке вказано в системі норм міжнародного кримінального права. Таким чином, недопустимою є практика призначення і застосування відносно відповідної особи покарання по суті більш строгого, ніж покарання, яке передбачалось на момент здійснення міжнародного злочину. Забороняється застосування кримінального закону по аналогії, будь-які сумніви в тлумаченні закону чи його застосуванні повинні бути витлумачені на користь обвинуваченої особи. Виключенням з цього принципу стало проведення суду над військовими злочинцями після Другої світової війни (у першу чергу, Нюрнберзький процес), коли особи були визнані винними у здійсненні воєнних злочинів, що на момент їх здійснення не визнавались такими, що було обумовлено особливою підвищеною суспільною небезпекою вказаних діянь для усієї світової спільноти, безпеки і суверенітету держав.

Проте, реалізація цього принципу утруднюється фактичною відсутністю у міжнародних нормативно-правових актах конкретних видів відповідальності за здійснення міжнародних злочинів чи злочинів міжнародного характеру. Виключенням

являється ст. 77 Римського Статуту, де позначені самі загальні види покарання, які можуть бути застосовані при здійсненні правосуддя. В усіх інших випадках норми міжнародного кримінального права застосовуються із зверненням до норм внутрішньодержавного кримінального права. При призначенні покарання суд не може застосувати до особи більш строгі покарання, ніж те, яке було на момент здійснення злочину. Необхідно також враховувати принцип Нюрнберзького трибуналу, згідно якого при відсутності у внутрішньому праві покарання за дії, що визнаються злочинами по міжнародному праву, особа не звільняється від відповідальності по міжнародному праву.

Відсутність зворотної сили, тобто особа не може бути притягнута до кримінальної відповідальності по закону, що вступив у силу після здійснення злочинного діяння, але якщо новий закон «більш сприятливий» для винного, то він може бути застосований при розгляді у справі, якщо остаточне рішення ще не було ухвалено; або у відповідності з ч. 2 ст. 11 Римського статуту державою-учасницею не буде зроблено заява про застосування положень Статуту щодо відносин, які виникли до вступу даного документу в юридичну силу для цієї держави.

Характерним для транснаціонального кримінального права являється *принцип індивідуальної кримінальної відповідальності*, який означає, що міжнародну кримінальну відповідальність несуть тільки фізичні особи і тільки індивідуально. Слід відмітити, що цей принцип має велике значення при вирішенні спору щодо суб'єктів міжнародного кримінального права, коло яких до цього часу, на думку вчених, остаточно не визначено (мова йде про кримінальну відповідальність юридичних осіб та держави) [13, 22-26].

Принцип індивідуальної відповідальності по міжнародному кримінальному праву з'явився у практиці міжнародного кримінального права після Нюрнберзького процесу, прийшовши на зміну існуючій до цього *теорії Бріана і Келлога*, відповідно до якої відповідальність у системі міжнародного кримінального права несли тільки суверенні держави і, як правило, за здійснення агресії, що визнавалось основним видом міжнародного злочину.

Як відмічає Г. Верле: Першим кроком до встановлення індивідуальної кримінальної відповідальності по міжнародному праву був Версальський мирний договір від 28 червня 1919 р., ст. 227(1), в якому зазначалось: «Союзні і держави, що об'єдналися, пред'являють Вільгельму II Гогенцоллерну, колишньому Германському Імператору, публічне обвинувачення у вищій зневазі міжнародної моралі і священної сили договорів» [11, 5]. Зазначимо, що ідея індивідуальної кримінальної відповідальності, сформульована у Версальському договорі, не буда здійснена, міжнародний трибунал не був створений. Колишній німецький кайзер отримав політичний притулок у Нідерландах і не був відданий кримінальному правосуддю.

У сучасному міжнародному кримінальному праві даний принцип найбільш чітко був сформульований у ч. 1 ст. 25 Римського Статуту, згідно якої до відповідальності можуть бути притягнені виключно фізичні особи. При цьому необхідно враховувати, що до такої відповідальності може бути притягнута лише особа, яка вже досягнула 18-річного віку.

Цей принцип поширюється на злочинні діяння, що підлягають кваліфікації як міжнародний злочин, якщо особа, яка притягується до такої відповідальності, - безпосередній виконавець або являється співучасником такого злочину, рівно як якщо здійснено посягання на здійснення такого злочину. Таким чином, згідно даного принципу в міжнародному кримінальному праві поняття «суб'єкт злочину» і «суб'єкт відповідальності» рівні між собою за змістом і смислом, тобто тотожні.

*Принцип недопустимості посилання на офіційне чи посадове становище особи* з'явився після Нюрнберзького трибуналу. Його основний зміст можна виразити формулою: ніякий офіційний статус особи не може бути підставою для звільнення від

кримінальної відповідальності за міжнародні злочини, навіть якщо ця особа – глава держави. Цей принцип означає, що норми міжнародного кримінального права застосовуються у рівній мірі до всіх осіб незалежно від їх офіційного чи посадового становища. Статус особи також не виступає підставою для пом'якшення кримінальної відповідальності. Це свого роду вираження принципу рівності всіх перед законом. Накази начальника чи приписи закону не звільняють особу від кримінальної відповідальності, якщо особа діяла за розпорядженням уряду чи наказу начальника, але покарання може підлягати пом'якшенню в інтересах правосуддя. При цьому накази про здійснення злочину геноциду чи злочинів проти людяності являються явно незаконними. Слід відмітити, що цей принцип має велике значення не тільки в контексті кримінального права при вирішенні питання про кримінальну відповідальність особи, але й для оцінки законності дій посадових осіб при застосуванні ними сили, дій працівників правоохоронних органів тощо [12, 35-45]. Згодом основні висновки діяльності Нюрнберзького трибуналу були визнані на універсальному рівні – в Резолюції 95 (I) «Підтвердження принципів міжнародного права, що визнані Статутом Нюрнберзького трибуналу» 1946 р. – було підтверджено «принципи міжнародного права, визнання Статутом Нюрнберзького трибуналу і знайшли вираження у рішенні цього трибуналу». Це свідчить на користь того, що основні висновки діяльності Нюрнберзького трибуналу, у тому числі положення про недопустимість посилання обвинуваченого на своє посадове положення як підставу звільнення від відповідальності, складають частину діючого міжнародного права [20, 669].

Пізніше розвиток і конкретизація даного нормативного припису відбулась із його закріпленням в установчих документах міжнародних трибуналів *ad hoc* - Міжнародного трибуналу для судового переслідування осіб, відповідальних за серйозні порушення міжнародного гуманітарного права, здійснені на території колишньої Югославії з 1991 р., МТКЮ (1993) і Міжнародного трибуналу по Руанді, МТР, (1994), створених на основі резолюцій Ради Безпеки ООН (ст. 7 Статуту МТКЮ, ст. 6 Статуту МТР), а також Спеціального суду по С'єрра-Ліоне, заснованого у 2002 р. на основі двосторонньої угоди між ООН і урядом С'єрра-Ліоне (ст. 6 Статуту Суду).

У тексті Римського статуту Міжнародного кримінального суду вказано: «1. Чинний Статут застосовується у рівній мірі до всіх осіб без розбору на основі посадового положення. Зокрема, посадове положення як глави держави чи уряду ні в якому випадку не звільняє особу від кримінальної відповідальності згідно цього Статуту і не являється само по собі підставою для пом'якшення вироку. 2. Імунітети чи спеціальні процесуальні норми, які можуть бути пов'язані з посадовим положенням особи, будь-то згідно національному чи міжнародному праву, не повинні чинити перепони здійсненню Судом його юрисдикції відносно такої особи» (ст. 27 Статуту).

Стаття 7 Проекту Кодексу злочинів проти миру і безпеки людства від 1 січня 1995 р. [4], підготовленого Комісією міжнародного права ООН, передбачає: «офіційний статус особи, яка здійснює злочин проти миру і безпеки людства, навіть якщо вона діяла як глава держава чи уряду, не звільняє його від кримінальної відповідальності й не являється обставиною, що пом'якшує покарання».

Всі установчі акти органів міжнародної кримінальної юстиції, інші міжнародно-правові документи передбачають можливість притягнення до відповідальності за здійснення міжнародних злочинів посадових осіб, у тому числі глав держав, урядів; при цьому їх статус не може розглядатися як підстава імунітету від кримінальної юрисдикції.

Конвенція ООН проти транснаціональної організованої злочинності 2000 р. у ст. 15 закріпила принцип *універсальної кримінальної юрисдикції стосовно транснаціональних злочинів*.



Під юрисдикцією держави розуміються права судових та адміністративних органів держави по розгляду і вирішенню справ відповідно до їх компетенції. У доктрині міжнародного права розрізняють *територіальну* і *особисту (національну)* юрисдикцію. Перша здійснюється у межах певної території. У межах своєї території держава володіє повною юрисдикцією, за виключенням тих випадків, коли відповідними міжнародними угодами передбачається інше. Особиста (національна) юрисдикція здійснюється державою стосовно своїх громадян, що знаходяться межами її території, наприклад, у відкритому морі. У випадках, передбачених національним законодавством, юрисдикція держави поширюється на громадян даної держави і тоді, коли вони знаходяться на іноземній території, але здійснюватися ця юрисдикція може тільки на території своєї держави, якщо інше не передбачено міжнародною угодою. У випадках існування конкуруючих юрисдикцій питання про застосування юрисдикції тієї чи іншої держави вирішується на підставі відповідних міжнародних договорів чи міжнародно-правових звичаїв. Юрисдикція держави відносно транснаціонального злочину встановлюється за загальним правилом, якщо злочин здійснений на території цієї держави.

Конвенція 2000 р. передбачає й інші випадки можливого встановлення кримінальної юрисдикції держави стосовно транснаціонального злочину, проте обов'язковою умовою являється дотримання суверенітету іншої держави. До таких відносяться випадки, коли:

- злочин здійснено проти громадянина цієї держави;
- злочин здійснено громадянином цієї держави або особою без громадянства, яка зазвичай проживає на її території;
- злочин здійснено за межами його території з метою здійснення злочину на його території.

Крім того, юрисдикція держави може поширюватися стосовно транснаціональних злочинів, коли особа, підозрювана у здійсненні злочину, знаходиться на її території, і вона не видає її.

Якщо держава-учасниця, що здійснює свою юрисдикцію, отримує повідомлення чи іншим чином дізнається про те, що одна чи кілька інших держав-учасниць здійснюють розслідування, кримінальне переслідування чи судовий розгляд у зв'язку з тим же діянням, компетентні органи цих держав-учасниць проводять консультації один з одним з метою координації своїх дій.

Видача особи, причетної до здійснення тяжкого чи особливо тяжкого злочину транснаціональною організованою групою і знаходиться на території держави, здійснюється на підставі відповідного запиту при умові, що діяння у зв'язку з яким запитується видача, являється кримінально карним згідно внутрішнього законодавства як запитуваної так і держави, що запитує. Запити про правову допомогу і матеріали до них повинні направлятися разом із засвідченим (завіреном) перекладом на іншу мову.

За правилами екстрадиції, якщо держава, на території якої знаходиться особа, підозрювана у скоєнні злочину, не видає його на тій підставі, що вона являється його громадянином, воно зобов'язано на прохання запитуючої видачу держави передати справу компетентним органом для здійснення кримінального переслідування. Зацікавлені держави у таких випадках співробітничать одна з одною по процесуальним питанням і питання доказування для забезпечення ефективності кримінального судочинства. У виконанні прохання про видачу не може бути відмовлено на підставі, що злочин вважається також пов'язаний з податковими питаннями.

Крім того, Конвенція 2000 р. не виключає здійснення будь-якої кримінальної юрисдикції, встановленої державою у відповідності зі своїм внутрішнім законодавством, що однак не суперечить нормам загального міжнародного права.

Щодо принципу універсальної юрисдикції слід врахувати одне застереження: він не застосовується відносно одного виду міжнародного злочину – агресії. Притягнення до міжнародної кримінальної відповідальності фізичної особи повинно передувати постановленню Ради Безпеки ООН факту агресії однієї держави проти іншої. Суд спочатку повинен вирішити питання визначення агресії однієї держави проти іншої, а лише потім притягувати фізичну особу в якості винної. Звичайно, ні один національний суд не може звинуватити в агресії іншу державу. Інше питання, чи може зробити це міжнародний суд? На сьогодні це питання залишається відкритим, адже Міжнародний кримінальний суд заснований як орган, перед яким несуть міжнародну кримінальну відповідальність фізичні особи, а не суб'єкти міжнародного права.

У транснаціональному кримінальному праві визнаються й інші принципи міжнародного кримінального права, серед них: принцип *ne bis in idem* (заборона повторного притягнення до відповідальності особи за здійснення одного й того ж злочину по міжнародному кримінальному праву), кожна особа, звинувачена у міжнародному злочині чи злочині міжнародного характеру, має право на справедливий розгляд своєї справи в суді; здійснення правосуддя тільки судом; гласність судового розгляду та право на захист; рівність осіб перед кримінальним законом і судом; принципи дії кримінального закону у часі та просторі (принцип незастосування строків давності, територіальний принцип дії міжнародного кримінального права тощо).

Щодо принципу незастосування строків давності також існує застереження. Цей принцип вперше був проголошений в Конвенції про не застосування строку давності до воєнних злочинів і злочинів проти людства від 26 листопада 1968 р. [3] і має значення тільки для зазначених у Конвенції категорії злочинів з огляду на їх особливу небезпеку для всієї світової спільноти [15, 93-95]. Ст. 19 Римського Статуту встановлює, що цей принцип діє тільки відносно злочинів, що підпадають під юрисдикцію Суду, визначених у ст. 5 і обмежених самими серйозними злочинами, що викликають стурбованість всієї світової спільноти.

**Висновки.** Таким чином, для транснаціонального кримінального права характерна система принципів, зміст яких обумовлений специфікою предмета і рівня (міжнародний) регульованих відносин, політичними, економічними, соціальними умовами життя конкретної держави і якістю/рівнем взаємодії суверенних держав. Всі принципи транснаціонального кримінального права можна згрупувати у кілька крупних формацій (основоположні, загальні, спеціальні, принципи національного права); можна виділити групу принципів, спрямовану на захист прав людини; попередження злочинності тощо. При цьому всі принципи узгоджені між собою і визначають основні характеристики транснаціонального кримінального права і напрямки кримінальної політики. Їх закріплення у джерелах права, послідовне і ретельне дотримання правозастосувачами дозволяє гарантувати успішне вирішення завдань транснаціонального кримінального права і проведення результативної глобальної кримінальної політики.

#### **Список використаних джерел:**

1. Декларація про принципи міжнародного права, що стосуються дружніх відносин та співробітництва між державами відповідно до Статуту ООН від 24 жовтня 1970 р. // [Електронний ресурс]. – Режим доступу: [http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/995\\_569](http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/995_569)
2. Конвенція ООН проти транснаціональної організованої злочинності підписана 15 листопада 2000 р. // [Електронний ресурс]. – Режим доступу: [http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995\\_789](http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_789)
3. Конвенція про незастосування строку давності до воєнних злочинів і злочинів проти людства від 26 листопада 1968 р. // [Електронний ресурс]. – Режим доступу: [http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/995\\_168](http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/995_168)

4. Проект Кодексу злочинів проти миру і безпеки людства від 1 січня 1995 р. // [Електронний ресурс]. – Режим доступу: [http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/995\\_710](http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/995_710)
5. Резолюція Генеральної Асамблеї ООН 14 грудня 1990 р. № 45/107 // [Електронний ресурс]. – Режим доступу: [http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/995\\_832](http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/995_832)
6. Резолюція Генеральної Асамблеї ООН від 18 грудня 1991 р. № 46/152 // [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <https://undocs.org/ru/A/RES/46/152>
7. Резолюция Генеральной Ассамблеи ООН 95 (I) «Подтверждение принципов международного права, признанных Статутом Нюрнбергского трибунала» от 11 декабря 1946 г. // [Електронний ресурс]. – Режим доступу: [http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995\\_910](http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_910)
8. Римський Статут Міжнародного кримінального суду від 17 липня 1998 р. із змінами. Чинна редакція від 16 січня 2002 р. Документ 995\_588 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: [http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995\\_588](http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_588)
9. Статут Міжнародного військового трибуналу для суду та покарання головних військових злочинців європейських країн осі від 8 серпня 1945 р. // [Електронний ресурс]. – Режим доступу: [http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/998\\_201](http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/998_201)
10. *Бирюков П.Н.* Международное право: Учебное пособие. – 2-е изд., перераб. и доп. – М.: Юристъ, 2000. – 685 с.
11. *Верле Г.* Принципы международного уголовного права: учебник / Герхард Верле; пер. с англ. С.В. Саяпина. – Од.: Фенікс; М.: ТрансЛит, 2011. – 910 с.
12. *Зимин В.П.* Правомерное неисполнение приказа: доктрина «умных штыков» // Правоведение, 1993, № 2. – С. 35-45.
13. *Кибальник А.Г.* Принципы международного уголовного права // Уголовное право, 2002, № 3. – С. 22-26.
14. *Кибальник А.Г.* Современное международное уголовное право: понятие, задачи и принципы / Ассоц. «Юрид. центр». – СПб.: Издательство «Юридический центр Пресс», 2003. – 252 с.
15. *Костенко Н.И.* Международный уголовный суд (юрисдикционные аспекты) // Государство и право, 2000, № 3. – С. 93-95.
16. *Маланчук П.* Вступ до міжнародного права за Ейкхерстом: підручник: Пер. з англ. / П. Маланчук. Відп. ред. М.В. Буроменський. – 8-е вид., перероб. – Х. : Консум, 2000. – 591 с.
17. Международное уголовное право в документах: учебное пособие. – Том 2 / Сост. Р. М. Валеев, и др. – Казань: Статут, 2010. – 860 с.
18. *Самедова Ш.Т.* Система принципов международного уголовного права // [Электронний ресурс]. – Режим доступу: <http://static.bsu.az/w8/Heberler%20Jurnali/sosial%202005%202/27-36.pdf>
19. Теория государства и права: Курс лекций / Под ред. Н.И. Матузова и А.В. Малько. – 2-е изд., перераб. и доп., учеб. – М.: Юрист, 2005. – 672 с.
20. *Shaw M.N.* International Law. – 6-th edition. – Cambridge University Press, 2008. – P. 669.

## References

1. Декларатиія про прынтыпы мизhnародноho права, shcho stosuіutsia družnykh vidnosyn ta spivrobotnytstva mizh derzhavamy vidpovidno do Statutu OON vid 24 zhovtnia 1970 r. // [Elektronnyi resurs]. – Rezhym dostupu: [http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/995\\_569](http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/995_569)
2. Konventsіia OON proty transnatsionalnoi orhanizovanoi zlochynnosti pidpysana 15 lystopada 2000 r. // [Elektronnyi resurs]. – Rezhym dostupu: [http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995\\_789](http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_789)

3. Konventsiiia pro nezastosuvannia stroku давности do voiennykh zlochyniv i zlochyniv proty liudstva vid 26 lystopada 1968 r. // [Elektronnyi resurs]. – Rezhym dostupu: [http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/995\\_168](http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/995_168)
4. Proekt Kodeksu zlochyniv proty myru i bezpeky liudstva vid 1 sichnia 1995 r. // [Elektronnyi resurs]. – Rezhym dostupu: // [http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/995\\_710](http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/995_710)
5. Rezoliutsiia Heneralnoi Asamblei OON 14 hrudnia 1990 r. № 45/107 // [Elektronnyi resurs]. – Rezhym dostupu: [http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/995\\_832](http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/995_832)
6. Rezoliutsiia Heneralnoi Asamblei OON vid 18 hrudnia 1991 r. № 46/152 // [Elektronnyi resurs]. – Rezhym dostupu: <https://undocs.org/ru/A/RES/46/152>
7. Rezolyutsiya Generalnoy Assamblei OON 95 (I) «Podtverzhdenie printsipov mezhdunarodnogo prava, priznannykh Statutom Nyurnbergskogo tribunala» ot 11 dekabrya 1946 g. // [Elektronnyi resurs]. – Rezhym dostupu: [http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995\\_910](http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_910)
8. Rymnyi Statut Mizhnarodnogo kryminalnogo sudu vid 17 lystopada 1998 r. iz zminy. Chynna redaktsiia vid 16 sichnia 2002 r. Dokument 995\_588 [Elektronnyi resurs]. – Rezhym dostupu: [http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995\\_588](http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_588)
9. Statut Mizhnarodnogo viiskovoho trybunalu dlia sudu ta pokarannia holovnykh viiskovykh zlochyntsv yevropeiskykh krain osi vid 8 serpnia 1945 r. // [Elektronnyi resurs]. – Rezhym dostupu: [http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/998\\_201](http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/998_201)
10. Biryukov P.N. Mezhdunarodnoe pravo: Uchebnoe posobie. – 2-e izd., pererab. i dop. – M.: Yurist', 2000. – 685 s.
11. Verle G. Printsipy mezhdunarodnogo ugovnogo prava: uchebnik / Gerhard Verle; per. s angl. S.V. Sayapina. – Od.: FenIks; M.: TransLit, 2011. - 910 s.
12. Zimin V.P. Pravomernoe neispolnenie prikaza: doktrina «umnykh shtyikov» // Pravovedenie, 1993, # 2. - S. 35-45.
13. Kibalnik A.G. Printsipy mezhdunarodnogo ugovnogo prava // Ugolovnoe pravo, 2002, # 3. - S. 22-26.
14. Kibalnik A.G. Sovremennoe mezhdunarodnoe ugovnoe pravo: ponyatie, zadachi i printsipy / Assots. «Yurid. tsentr». - SPb.: Izdatelstvo «Yuridicheskiy tsentr Press», 2003. – 252 s.
15. Kostenko N.I. Mezhdunarodnyy ugovnyy sud (yurisdiktsionnyie aspekty) // Gosudarstvo i pravo, 2000, # 3. - S. 93-95.
16. Malanchuk P. Vstup do mizhnarodnogo prava za Eikkherstom: pidruchnyk: Per. z anhl. / P. Malanchuk. Vidp. red. M.V. Buromenskyi. - 8-e vyd., pererob. - Kh. : Konsum, 2000. – 591 s.
17. Mezhdunarodnoe ugovnoe pravo v dokumentah: uchebnoe posobie. – Tom 2 / Sost. R. M. Valeev, i dr. – Kazan: Statut, 2010. – 860 s.
18. Samedova Sh.T. Sistema printsipov mezhdunarodnogo ugovnogo prava // [Elektronnyi resurs]. – Rezhym dostupu: <http://static.bsu.az/w8/XeberlerJurnali/sosial20052/27-36.pdf>
19. Teoriya gosudarstva i prava: Kurs lektsiy / Pod red. N.I. Matuzova i A.V. Malko. - 2-e izd., pererab. i dop., ucheb. - M.: Yurist, 2005. – 672 s.
20. Shaw M.N. International Law. - 6-th edition. - Cambridge University Press, 2008. - P. 669.

УДК 341.61/62

## ПРАКТИКА МІЖНАРОДНИХ ІНВЕСТИЦІЙНИХ АРБІТРАЖІВ ЩОДО РЕАЛІЗАЦІЇ ОКРЕМИХ ПОЛОЖЕНЬ ДОГОВОРУ ДО ЕНЕРГЕТИЧНОЇ ХАРТІЇ

## PRACTICE OF INTERNATIONAL INVESTMENT ARBITRATIONS ON IMPLEMENTATION OF CERTAIN PROVISIONS OF THE ENERGY CHARTER TREATY

## ПРАКТИКА МЕЖДУНАРОДНЫХ ИНВЕСТИЦИОННЫХ АРБИТРАЖЕЙ ПО РЕАЛИЗАЦИИ ОТДЕЛЬНЫХ ПОЛОЖЕНИЙ ДОГОВОРА К ЭНЕРГЕТИЧЕСКОЙ ХАРТИИ

### Тропін З.В.

Кандидат юридичних наук, доцент, доцент кафедри міжнародного права Інституту міжнародних відносин Київського національного університету імені Тараса Шевченка. E-mail: zakhar.tropin@gmail.com

### Tropin Z.V.

PhD (Law), associate professor, associate professor of the Chair of International Law, Taras Shevchenko National University of Kyiv, Institute of International Relations. E-mail: zakhar.tropin@gmail.com

### Тропин З.В.

Кандидат юридических наук, доцент, доцент кафедры международного права Института международных отношений Киевского национального университета имени Тараса Шевченко. E-mail: zakhar.tropin@gmail.com

**Анотація.** В статті розкривається практика міжнародних арбітражів в частині реалізації інвестиційних положень Договору до Енергетичної Хартії («ДЕХ»). Розглянуто деякі інвестиційні спори, що виникли на ранньому етапі дії цього міжнародного договору, через що вони є цікавими з точки зору прогнозування застосування положень ДЕХ у майбутньому. В роботі проаналізовані рішення арбітражних трибуналів у справах *Ioannis Kardossopoulos (Греція) v. Грузія, Petrobart Ltd. (Гібралтар) v. Киргизія, Plama Consortium Ltd. (Кипр) v. Болгарія та Nykomb Synergetics Technology Holding AB (Швеція) v. Республіка Латвія*. Серед іншого автором досліджено такі проблемні питання реалізації інвестиційних положень ДЕХ, як: відповідальність держави за порушення, вчинені державними підприємствами; співвідношення юрисдикції національних судів та міжнародних арбітражів в частині вирішення міжнародних спорів за ДЕХ; тимчасове застосування ДЕХ та можливість розгляду факту порушення інвестиційних положень на стадії розгляду питання юрисдикції. Автор демонструє, що інвестиційні арбітражі на основі ДЕХ діють в руслі загальних тенденцій вирішення інвестиційних спорів, однак, враховуючи особливості та значущість ДЕХ, відповідні рішення можуть стати знаковими для загальної практики вирішення інвестиційних спорів.

**Ключові слова:** Договір до Енергетичної Хартії, інвестиційні спори, міжнародне інвестиційне право, міжнародне енергетичне право, міжнародний арбітраж.

**Abstract.** Practice of international arbitrations on implementation of investment provisions of Energy Charter Treaty («ECT») is considered in the article. Certain investment disputes which appeared on the earliest period of operation of this international agreement are considered. Respectively they are interesting when one would like to forecast application of ECT's provisions. Conclusions of arbitration tribunals in cases *Ioannis Kardossopoulos*

*(Greece) v. Georgia, Petrobart Ltd. (Gibraltar) v. Kirgizia, Plama Consortium Ltd. (Cyprus) v. Bulgaria and Nykomb Synergetics Technology Holding AB (Sweden) v. Republic of Latvia are analyzed in the article. Among other things author investigates such problematic issues of implementation of ECT investment provisions as: responsibility of state for the violations performed by state enterprises; interrelation of jurisdiction of national courts and international arbitration tribunals on settlement of international disputes under the ECT; provisional application of ECT and possibility to consider violation of investment provisions on the jurisdictional stage. An author shows that ECT investment arbitrations act on the general trend of investment dispute settlement. On the other hand and taking into account peculiarities and importance of ECT respective decisions may become significant for the general practice of investment dispute settlement.*

**Key words:** *Energy Charter Treaty, investment disputes, international investment law, international energy law, international arbitration.*

**Аннотация.** *В статье раскрывается практика международных арбитражей в части реализации инвестиционных положений Договора к Энергетической Хартии («ДЭХ»). Рассмотрены инвестиционные споры, которые имели место на раннем этапе действия данного международного договора. Поэтому они являются интересными с точки зрения прогнозирования применения положений ДЭХ в будущем. В работе проанализированы решения арбитражных трибуналов по делам Ioannis Kardossopoulos (Греция) v. Грузия, Petrobart Ltd. (Гибралтар) v. Киргизия, Plama Consortium Ltd. (Кипр) v. Болгария и Nykomb Synergetics Technology Holding AB (Швеция) v. Республика Латвия. Среди прочего автором исследованы такие проблемные вопросы реализации инвестиционных положений ДЭХ, как: ответственность государства за нарушения, совершенные государственными предприятиями; соотношение юрисдикции национальных судов и международных арбитражей в части разрешения международных споров по ДЭХ; временное применение ДЭХ и возможность рассмотрения факта нарушения инвестиционных положений на стадии рассмотрения вопроса юрисдикции. Автор демонстрирует, что инвестиционные арбитражи на основании ДЭХ действуют в русле общин тенденций разрешения инвестиционных споров. Однако, учитывая особенности и значимость ДЭХ, соответствующие решения могут стать знаковыми для общей практики разрешения инвестиционных споров.*

**Ключевые слова:** *Договор к Энергетической Хартии, инвестиционные споры, международное инвестиционное право, международное энергетическое право, международный арбитраж.*

**Постановка проблеми.** В сучасному міжнародному праві основним багатостороннім міжнародним договором, який регулює відносини в енергетичній сфері, є Договір до Енергетичної Хартії («ДЕХ»). Враховуючи стратегічну значущість енергетичного сектора економіки [9] Україна є учасником цього договору з 1998 року. Зазначеному міжнародно-правовому документу не приділялась істотна увага у вітчизняній науці міжнародного права, зокрема це ж стосується і механізму вирішення спорів за ДЕХ, який не лише став узагальненням практики міжнародно-правового регулювання відносин в енергетичній сфері [11, с. 257-264], але і є прикладом однієї з найбільш розроблених систем вирішення міжнародних спорів сучасного міжнародного права. Провідне місце у цьому механізмі посідають засоби вирішення інвестиційних спорів, існуюча практика реалізації яких свідчить не лише про популярність механізму вирішення міжнародних спорів за ДЕХ, але й про спроби дати відповідь на певні актуальні питання сучасного міжнародного права в частині врегулювання міжнародних інвестиційних відносин. Після заяви Російської Федерації про своє небажання бути учасником ДЕХ [19] деякі фахівці висловлювали побоювання щодо життєздатності

цього міжнародного договору та процесів уніфікації регулювання енергетичних відносин, які ним закладались. Водночас практика інвестиційних спорів, а саме їх значна кількість [20], продемонстрували те, наскільки цей документ є актуальним саме в частині можливості захисту прав інвесторів в енергетичній сфері, це й не дивно, адже ДЕХ в загальному вигляді закріплює доцільну рівновагу між інтересами іноземних інвесторів та держав-реципієнтів [14, с. 63]. З іншого боку, у випадку порушення зобов'язань інвестором, держави обмежені домовленостями з таким інвестором та своїм національним законодавством. Така асиметричність в праві захисту значно відрізняє ДЕХ від аналогічних положень інших міжнародних договорів [15]. Відповідно, ДЕХ справедливо можна назвати єдиною багатосторонньою діючою угодою щодо захисту прав інвесторів із такою значною кількістю учасників, яка, крім того, відповідає загальним тенденціям щодо надання переваги міжнародним засобам ад'юдикації у вирішенні міжнародних економічних спорів [10, с. 5].

Інвестиційні спори є дуже складними за своєю природою, що зумовлено відсутністю єдиного теоретичного підходу до вирішення проблем, які виникають під час їх врегулювання [12, с. 6], а ДЕХ за своєю структурою, як і весь пакет документів процесу Європейської енергетичної хартії, не є простим. Тому не дивно, що в межах інвестиційних арбітражів неодноразово піднімалися питання його практичного застосування. І саме позиції інвестиційних арбітражі із цих питань є важливими з точки зору розуміння та прогнозування реалізації ДЕХ як міжнародного договору, що особливо стосується самих ранніх справ, коли ДЕХ лише починав «тестуватись» під час розгляду інвестиційних спорів. Зазначене є вкрай актуальним для України, яка була відповідачем по чотирьох справах на підставі ДЕХ (дві з яких досі тривають) в міжнародних арбітражних інституціях, задля аргументації своєї правової позиції в інвестиційних спорах.

Відповідно **метою** цієї статті є з'ясування особливостей застосування проблемних положень ДЕХ інвестиційними арбітражами, задля прогнозування можливих варіантів застосування таких положень державами та міжнародними арбітражами в майбутньому.

**Аналіз останніх досліджень і публікацій.** Дослідженню положень ДЕХ та пов'язаних з ним документів присвячено велика кількість закордонних праць, зокрема роботи Б.М. Кремадеза, К. Рібейро, Л. Гуїф, Т. Вейлера, Т. Вельде, Я. Паульссона, тощо. Водночас зазначені дослідження в більшості своїй зорієнтовані на теоретичних аспектах дії ДЕХ. Практика ж інвестиційних спорів за цим договором досліджувалась доволі фрагментарно. В Україні питанням застосування ДЕХ, але лише в контексті інвестиційних спорів, які ініціювались проти України, присвячені дослідження А.Г. Алексєєва, С.А. Войтовича та інших.

**Виклад основного матеріалу дослідження.** Одним з питань, яке доволі часто постає під час вирішення спорів за тим чи іншим інвестиційним договором, є питання співвідношення юрисдикції національних судів та міжнародних арбітражі в частині права розглядати відповідний спір. Якщо проаналізувати статтю 26 ДЕХ, стане очевидним, що національні суди можуть розглядатись лише як одна з альтернативних юрисдикцій і в жодному разі як попередня стадія щодо врегулювання інвестиційних спорів, що має передувати зверненню до міжнародних засобів ад'юдикації. Неоднозначним є питання наявності можливості для інвестора відмовитись від засобів інвестиційного арбітражу, передбачених в ДЕХ, в угоді з державою – місця здійснення інвестицій. В цьому контексті у справі *Nykomb Synergetics Technology Holding AB (Швеція) v. Республіка Латвія («Справа Nykomb»)* визначення співвідношення юрисдикції національних судів та міжнародного інвестиційного арбітражу за ДЕХ мало дещо специфічні обставини. Справа в тому, що договір будівництва електростанції, що став предметом провадження, був укладений між SIA Windau (дочірнім підприємством *Nykomb Synergetics Technology Holding AB*, яке і виступило позивачем по справі) та



Латвенерго і містив положення про передачу всіх спорів щодо нього під юрисдикцію національних судів Латвії. Арбітражний трибунал фактично відмовився розглядати питання співвідношення юрисдикції національних судів та міжнародного інвестиційного арбітражу за ДЕХ, зазначивши, що наявність положення про виключну юрисдикцію латвійських судів в договорі не є перепорою для Nykomb Synergetics Technology Holding AB для звернення до арбітражу, оскільки Nykomb Synergetics Technology Holding AB не є стороною цього договору [3, с. 9]. Таким чином, арбітражний трибунал, скориставшись обставинами справи, фактично уникнув дослідження відповідно проблемного положення ДЕХ.

Особливими також були обставини визначення співвідношення юрисдикції національних судів та міжнародного інвестиційного арбітражу за ДЕХ у справі *Plama Consortium Ltd. (Кіпр) v. Болгарія* («Справа Plama»). Ускладнення в цій справі полягало в тому, що в національних судах Болгарії провадився спір відносно права власності на компанію *Nova Plama AD* (колишня *Plama AD*), фінансові борги якої і виступали предметом арбітражного розгляду. Відповідно Болгарія заявила, що наявність спору щодо власності на акції в національних судах означає, що *Plama Consortium Limited* (позивач і власник *Nova Plama AD*) відмовилась від можливості арбітражного розгляду у світлі відповідних положень ДЕХ. Арбітражний трибунал відкинув це заперечення Болгарії, зазначивши, що: «наявність невирішених спорів, які ще будуть розглядатись місяцями, якщо не роками, самі по собі не можуть означати, що керівництво та радники позивача вчинили відмову від арбітражу» [6]. Така позиція є цілком слушною, оскільки у справі фактично йшлося про два абсолютно різні позови, хоча й пов'язані між собою: в національних судах розглядалась справа про право власності на акції *Nova Plama AD* (тобто мовою ДЕХ – про право власності на інвестицію); в інвестиційному ж арбітражі розглядалась справа про перешкоджання Болгарією діяльності *Nova Plama AD* (тобто мовою ДЕХ – про перешкоджання державними органами діяльності інвестиції).

У справі *Petrobart Ltd. (Гібралтар) v. Киргизія* («Справа Petrobart») взагалі на момент розгляду справи існувало вже два винесених рішення між тими ж сторонами: рішення місцевого суду Республіки Киргизія та рішення арбітражу, заснованого за регламентом ЮНСІТРАЛ [5]. Відповідно Республіка Киргизія заявила, що претензії *Petrobart Limited* мають бути відхилені на підставі принципу *res judicata* (наявності рішення по тій самій справі), оскільки вже мали місце рішення Бішкекського суду та арбітражу ЮНСІТРАЛ по тій самій справі. Арбітражний трибунал заявив, що розгляд справи в суді Бішкеку та арбітражі ЮНСІТРАЛ не мають сили *res judicata*, оскільки провадження в суді Бішкека було ініційовано Республікою Киргизія та стосувалось лише тлумачення та застосування національного законодавства Киргизії, а арбітраж ЮНСІТРАЛ базувався лише на Законі «Про іноземні інвестиції» Республіки Киргизія, відповідно предмет цих двох проваджень різнився від цього арбітражу, який здійснювався на підставі положень ДЕХ. Таким чином, ця позиція арбітражного трибуналу підтвердила неодноразово зазначені ознаки подібності справ [17], а саме, що спори мають бути між тими самими сторонами, з того самого предмета та з тих самих підстав, оскільки в цій справі була відсутня остання з наведених кваліфікуючих ознак: арбітражний трибунал не визнав принципу *res judicata* фактично з тієї причини, що підстави проваджень у всіх трьох випадках були різними.

Слід зазначити, що питання просторової та темпоральної дії міжнародного договору мають дуже велике значення для міжнародного права, оскільки стосуються застосування одного з основних джерел сучасного міжнародного права [13, с. 167-176]. Відповідно це питання є значущим і для розуміння особливостей застосування ДЕХ, особливо, якщо взяти до уваги, що він містить детально прописану процедуру щодо його тимчасового застосування, яка досі сама по собі викликає велику кількість дискусій серед юристів-міжнародників. Так, у справі *Petrobart* арбітражним трибуналом вперше були проаналізовані положення щодо тимчасового застосування ДЕХ.



Компанія Petrobart Limited (заявник по справі) була зареєстрована на території Гібралтару. В свою чергу Великобританія підписала ДЕХ 17 грудня 1994 року та зробила заяву на підставі пункту 1 статті 45 ДЕХ, що його тимчасове застосування розповсюджується на Сполучене Королівство Великобританії і Північної Ірландії та на інші території Великобританії, зокрема Гібралтар. 13 грудня 1996 року Великобританія ратифікувала ДЕХ щодо Сполученого Королівства Великобританії і Північної Ірландії, округу Джерсі та Острова Мен. В межах інвестиційного спору Республіка Киргизія заявила про те, що Великобританія не ратифікувала ДЕХ стосовно Гібралтару і відповідно ДЕХ не може бути застосований до Petrobart Limited. Арбітражний трибунал заявив, що ДЕХ продовжує застосовуватись щодо Гібралтару на тимчасовій основі відповідно до пункту 1 статті 45 ДЕХ, оскільки Великобританія не зробила повідомлення про відмову в тимчасовому застосуванні відповідно до пункту 3(а) статті 45 ДЕХ та не зробила жодної заяви щодо цього питання при ратифікації.

Що ж стосується безпосередньо дії ДЕХ в часі, то у справі Nykomb арбітражний трибунал фактично підтвердив думку багатьох науковців щодо розповсюдження дії ДЕХ на інвестиції, зроблені до його вступу в дію. Трибунал відкинув аргумент Республіки Латвія, що Nykomb Synergetics Technology Holding AB намагається застосувати положення ДЕХ у зворотному у часі порядку, оскільки договір постачання електроенергії (порушення якого з боку Латвії фактично і стало предметом провадження) був укладений до набрання ДЕХ чинності, зазначивши, що дійсно ДЕХ набув чинності після того, як договір постачання електроенергії був підписаний, однак порушення сталось після того, як ДЕХ набув чинності [3, с. 35], тож ця справа є прийнятною для арбітражного розгляду.

Найбільш детальне дослідження питання тимчасового застосування положень ДЕХ було здійснено у справі Ioannis Kardossopoulos (Греція) v. Грузія [2] («Справа Kardossopoulos»). У цій справі Грузія (відповідач по справі) заявила, що ДЕХ та Двосторонній інвестиційний договір не вступили в силу на час заявлених порушень. Нагадаємо, що спір відбувався між Ioannis Kardossopoulos (громадянином Греції) та Грузією і мав ту особливість, що зобов'язання Грузії за ДЕХ розглядались у тісному контакті із зобов'язаннями Грузії за двостороннім інвестиційним договором між Грузією та Грецією.

Арбітражний трибунал, дослідивши положення пункту 6 статті 1 ДЕХ, визначив, що для того щоб інвестиція могла користуватись захистом ДЕХ, вона має відповідати двом вимогам: «вона має існувати на чи бути здійсненою після Дати Набуття Чинності» та «Договір застосовується лише щодо питань, що стосуються такої інвестиції після Дати Набуття Чинності» [2]. Обидві сторони погодились, що за загальним правилом відповідно до статті 44 ДЕХ датою набуття чинності ДЕХ є 16 квітня 1998 року. Сторони різнилились у своєму розумінні щодо того, чи є дата початку тимчасового застосування «Датою Набуття Чинності» у світлі положень пункту 6 статті 1 ДЕХ [2]. Іншими словами, чи означає тимчасове застосування набуття ДЕХ чинності. Арбітражний трибунал, застосовуючи звичаєве міжнародне право та провівши значний аналіз положень щодо тимчасового застосування (в тому числі статті 25 Віденської конвенції про право міжнародних договорів та Коментаря Комісії з міжнародного права до проекту Конвенції про право міжнародних договорів), дійшов висновку, що тимчасове застосування та набуття договором чинності не одне й теж саме, але тимчасове застосування означає саме застосування договору, тому арбітражний трибунал не погодився з Грузією, що тимчасове застосування означає лише намір держав і не несе зобов'язань [2]. Таким чином, держави зобов'язані застосовувати ДЕХ в цілому, а не в окремії його частині. Однак таке тимчасове застосування означає застосування ДЕХ «таким самим шляхом, ніби ДЕХ набрав чинності» [2]. Тому термін «Дата Набуття Чинності», що міститься в пункті 6 статті 1 ДЕХ, означає дату, з якої розпочинається тимчасове застосування [2].

В контексті висновку, що тимчасове застосування має здійснюватись державою «в тій мірі, в якій таке тимчасове застосування не суперечить її конституції, законам чи нормативним актам» [1], арбітражний трибунал підняв питання: чи достатньо, щоб ДЕХ тимчасово застосовувався лише однією стороною, чи необхідно щоб обидві держави на основі принципу взаємності застосовували його. Арбітражний трибунал вирішив, що принцип взаємності не може бути застосованим до цієї справи, оскільки він означає: «взаємні відносини, коли дії однієї сторони залежать або є реакцією на дії іншої сторони» [2], що, на думку трибуналу, абсолютно не може бути застосовано до інвестиційних відносин в межах національного права. Однак, виходячи з тексту пункту 6 статті 1 ДЕХ, арбітражний трибунал дійшов висновку, що необхідно, щоб положення ДЕХ тимчасово застосовувались обома державами, щоб він був дійсним у відносинах між ними.

Крім того, трибунал відкинув позицію, що, якщо держава не зробила заяву про відмову від тимчасового застосування відповідно до частини 2 статті 45, вона фактично продемонструвала, що тимчасове застосування ДЕХ є сумісним з її національним законодавством. Арбітражний трибунал вирішив, що тягар доказування щодо відсутності тимчасового застосування у зв'язку з його невідповідністю національному законодавству лежить на стороні, яка посилається на цей аргумент [2]. В цьому контексті арбітражний трибунал не підтримав докази Грузії щодо невідповідності тимчасового застосування ДЕХ законодавству Грузії та Греції та вирішив, що він тимчасово застосовувався Грузією та Грецією з моменту підписання і набрання ДЕХ чинності. Отже, щодо інвестицій, які існували на момент підписання ДЕХ, він застосовується з моменту такого підписання (17 грудня 1994 року) у відносинах між державами, які не заперечили проти його тимчасового застосування.

Поряд з розглядом проблемних аспектів застосування положень ДЕХ арбітражні трибунали іноді приділяли увагу процедурним питанням, які хоча й не стосуються безпосередньо засобів вирішення інвестиційних спорів за ДЕХ, однак мають значення для підвищення ефективності вирішення інвестиційних спорів. Так, під час розгляду справи *Plama* арбітражний трибунал провів досить значне дослідження питання, чи необхідно вивчення факту наявності порушення, що становить предмет позову, на стадії вирішення юрисдикції, і якщо так, то в якій мірі. Це питання є доволі істотним та суперечливим в практиці міжнародних інвестиційних арбітражів. Нагадаємо, що відповідно до поширеної практики розгляду інвестиційних спорів питання юрисдикції інвестиційного арбітражу може розглядатись двома шляхами: як попереднє питання і до розгляду справи по суті, або разом з розглядом справи по суті. Разом з тим під час розгляду питання юрисдикції арбітражного трибуналу як попереднього питання не можна оминати розгляду наявності порушення державою місця здійснення інвестицій своїх інвестиційних зобов'язань, що повною мірою має відбуватись лише на стадії розгляду справи по суті. Це й стало проблемою під час стадії вирішення юрисдикції арбітражного трибуналу по справі *Plama*. Ситуація ускладнюється тим, що відповідна практика міжнародних інвестиційних арбітражів є неоднозначною з цього питання. В той час як в одних прикладах трибунали ставали на позицію того, що вони мають лише сприймати факти та їх бачення, викладені інвестором (який в будь-якому випадку виступає заявником по справі), для визначення своєї юрисдикції (*IBM World Trade Corporation v. Republic of Ecuador*, ICSID Case No. ARB/02/10, Decision on Jurisdiction, 2003 WL 24031615, December 22, 2003, par. 17; *Pope & Talbot, Inc v. Canada*, «Measures Relating to Investment», January 26, 2000, par. 25 і т.д.), в інших справах трибунали у тій чи іншій мірі досліджували питання наявності порушення, що становить предмет позову, для визначення своєї юрисдикції (*Joy Mining Machinery Limited v. The Arab Republic of Egypt*, ICSID Case No. ARB/03/11, Award on Jurisdiction, 2004 WL 3237544, August 6, 2004). Фактично арбітражний трибунал по справі *Plama* підтримав перший підхід та на підтвердження своєї позиції послався на позицію Розалін Хігінс у справі

Міжнародного Суду ООН Oil Platforms Case, висловлену нею в окремій думці: «Суд має встановити, чи можуть дії [Відповідача], що є предметом оскарження, становити порушення положень Договору (п.33), відповідно до наданих [Позивачем] фактів ... Ніщо в цьому підході не ставить під загрозу зобов'язання Суду відмежовувати стадію вирішення питання юрисдикції від стадії вирішення справи по суті ... та забезпечувати цілісність стадії вирішення справи по суті ... на стадії ж розгляду справи по суті (і те, що залишається недоторканим у цьому підході вирішення питання юрисдикції) саме вирішується, які факти мають місце і чи, будучи остаточно з'ясованими, підтверджують вони порушення ... [договору] і, якщо так, – чи є виправдання цим порушенням ... Іншими словами, саме під час розгляду справи по суті встановлюється, «чи дійсно мало місце порушення» [4, с. 803].

Майже таку ж позицію висловив арбітражний трибунал по справі Kardossopoulos: «На цій стадії провадження від Трибуналу не вимагається вирішувати, наскільки вимоги Позивача за Договором є виправданими. Це має бути здійснено на стадії розгляду справи по суті. Для Трибуналу цілком достатньо встановити, що заяви Позивача належним чином підтверджені, тоді Трибунал матиме право їх розглядати» [7]. Тому арбітражний трибунал вирішив тимчасово визнати факти, представлені Ioannis Kardossopoulos, та розглядати заперечення Грузії саме в цьому контексті, за винятком деяких заяв Ioannis Kardossopoulos щодо двостороннього інвестиційного договору між Грецією та Грузією [2], який розглядався поряд з ДЕХ як ще одна підстава арбітражного провадження.

Слід зазначити, що однією з особливостей участі держави в енергетичних відносинах є те, що вона майже в усіх країнах здійснюється через відповідні уповноважені державні підприємства, які безпосередньо реалізують державну політику в енергетичній сфері як на національному, так і на міжнародному рівнях. Водночас постає питання: в разі вчинення таким підприємством порушення інвестиційних зобов'язань держави, хто має відповідати - держава чи таке державне підприємство? Ця проблема стала предметом розгляду: під час розгляду справи Nukomb питання, чи може Республіка Латвія бути відповідальною за дії Латвенерго, стало одним з найбільш обговорюваних [16, с. 23].

Нагадаємо, що відповідно до статті 26 ДЕХ інвестор має право звертатись до засобів арбітражного захисту, передбачених цим договором, лише у випадку порушення державою своїх зобов'язань відповідно до Частини 3 ДЕХ (інвестиційні положення) [1]. Nukomb Synergetics Technology Holding AB (інвестор, який подав прохання про арбітраж) заявляла, що пункт 1 статті 22 є застосовуваною нормою, що містить гарантії держав, які повинні забезпечити виконання їхніми державними підприємствами зобов'язань, які містяться в інвестиційних положеннях ДЕХ. Натомість Республіка Латвія заявила, що пункт 1 статті 22 є незалежним положенням, яке міститься в Частині 4 ДЕХ, і тому є поза предметом арбітражної юрисдикції, який обмежений лише Частиною 3 ДЕХ.

Як зазначає Томас Вальде, щодо вирішення питання відповідальності держави за дії державних та привілейованих підприємств за ДЕХ існує дві основні можливості: вдатись до тлумачення статті 22 ДЕХ чи застосувати положення звичаєвого міжнародного права щодо цього питання [18]. Якщо тлумачити статтю 22 з метою встановлення відповідальності держави за дії державних підприємств, то, дійсно, постає питання щодо застосовуваності цього положення щодо інвестиційних положень ДЕХ, оскільки стаття 22 міститься в Частині 4 ДЕХ, а інвестиційний арбітраж відповідно до статті 26 ДЕХ може бути застосований лише щодо порушення положень Частини 3 ДЕХ. При такому вузькому тлумаченні дії статті 22 очевидно, що дії державних підприємств та привілейованих осіб не можуть бути предметом інвестиційного арбітражу на підставі статті 26 ДЕХ. Інший підхід до цього положення був запропонований Томасом Вальде, який запропонував розглядати положення статті

22 ДЕХ як кодифікацію звичаїв міжнародного права щодо відповідальності держави за дії її державних підприємств та інших привілейованих осіб [18]. Вважаємо за необхідне нагадати, що відповідно до тексту пункту 1 статті 22 ДЕХ: «Кожна Договірна Сторона слідує за тим, щоб будь-яке державне підприємство, яке вона підтримує чи створює, здійснювало свою діяльність щодо продажу чи постачання товарів та послуг на її Території у відповідності до зобов'язань Договірної Сторони, які покладаються частиною 3 цього Договору» [1]. Таким чином, очевидно, що на державні підприємства покладаються зобов'язання за Частиною 3 ДЕХ щодо «продажу чи постачання товарів та послуг». Більше того, відповідно до пункту 3 статті 22 ДЕХ: «Кожна Договірна Сторона, якщо вона створює будь-який суб'єкт чи підтримує його та надає йому нормативні, адміністративні чи інші владні повноваження, слідує за тим, щоб такий суб'єкт здійснював такі повноваження у відповідності із зобов'язаннями Договірної Сторони за цим Договором» [1]. Таким чином, ДЕХ чітко розділяє державні підприємства, що діють у комерційному порядку, та інші суб'єкти (під якими, на наш погляд, розуміються органи влади, а також державні підприємства, що виконують певні функції публічної влади). У першому випадку на державні підприємства за ДЕХ покладається обов'язок дотримуватись лише положень Частини 3 ДЕХ і лише щодо продажу чи постачання товарів та послуг, у другому ж випадку на будь-який суб'єкт, наділений публічною владою, покладається обов'язок дотримуватись всіх зобов'язань держави за ДЕХ. В цьому контексті постає також загальне питання щодо пунктів 1 та 3 статті 22 ДЕХ, оскільки в них є спільне посилання на державне підприємство та суб'єкт, «що підтримується чи створюється» в частині обсягу поняття «підтримується», тому що на відміну від двосторонніх інвестиційних договорів та рішень арбітражів, де мова йшла про контроль з боку держави, тут застосовується поняття, яке ще не застосовувалось у міжнародному праві для регулювання інвестиційних відносин. На наш погляд, під терміном «підтримується» розуміються будь-які дії держави, які означають, що держава може істотно впливати на діяльність такого підприємства чи іншого суб'єкта.

Іншим шляхом вирішення питання відповідальності держави за дії державних підприємств та інших привілейованих суб'єктів є застосування звичаєвих норм міжнародного права. Як зазначає Томас Вальде, при вирішенні цього питання суб'єкт, дії якого розглядають як такі, що можуть становити дії держави, має відповідати двом кваліфікаційним ознакам: структурній та функціональній [18]. Відповідно до першої ознаки суб'єкт, дії якого під питанням, має контролюватись державою. Відповідно до другої ознаки такий суб'єкт має бути пов'язаний із здійсненням публічної влади, тобто його діяльність за своєю суттю має ототожнюватись з діяльністю державних органів. Саме визначення наявності другої ознаки становить основну проблему при вирішенні інвестиційних спорів. Наприклад, при розгляді справи *Maffezini II* арбітражний трибунал розділив дії суб'єкта, які були предметом спору, на три окремі дії: в двох з них не було виявлено ознак дій публічного характеру, а в третій (використання державним підприємством повноважень щодо контролю над фінансовими установами) такі ознаки були виявлені і трибунал виніс рішення та присудив відшкодування шкоди інвестору саме за вчинення цієї окремої дії [18]. З цієї позиції вважаємо слушною точку зору Томаса Вальде, що основним критерієм відмежування публічного характеру дій суб'єкта є їх мета – якщо мета таких дій в своїй більшості є комерційною, то дії такого суб'єкта не можуть розглядатись як такі, що мають публічний характер, в той час, якщо мета дій чи діяльності суб'єкта в основному становить забезпечення публічних інтересів, то такий суб'єкт має розглядатись як суб'єкт, наділений публічними повноваженнями. В цьому контексті слід також відрізнити дійсні дії, направлені на забезпечення публічних інтересів, від обов'язків публічного характеру, що покладаються на приватних осіб відповідно до законодавства певних країн. Останні доволі часто мають декларативний характер і жодним чином не пов'язані з реальною

реалізацією інтересів держави чи суспільства (наприклад, соціальна діяльність підприємств відповідно до статті 62 Господарського кодексу України [8]).

У Справі *Nykomb* арбітражний трибунал уникнув тлумачення частини 1 статті 22 та її впливу на статтю 26 ДЕХ та вирішив питання шляхом застосування принципів звичаєвого міжнародного права, тобто пішов шляхом, який висловлював Томас Вальде. Він вирішив, що поведінка Латвенерго є поведінкою Республіки Латвія як підприємства, що перебуває в державній власності та діяло некомерційним шляхом, оскільки взагалі не було переговорів щодо договору придбання електроенергії (саме відмова Латвенерго сплачувати подвійну ставку за електроенергію, передбачену цим договором, була предметом спору) і він був укладений на основі законодавства та політики уряду: «Латвенерго не може розглядатись як незалежне комерційне підприємство, але воно явно є складовою частиною організації електроенергетичного ринку Республіки і є засобом реалізації рішень Республіки щодо встановлення цін на електроенергію» [3, с. 31]. Крім того, арбітражний трибунал наголосив, що уряд Латвії був повністю обізнаний з відмовою Латвенерго сплачувати ціну за подвійною ставкою і що він не вжив жодних заходів задля того, щоб захистити інвестицію, «і цим фактично було дозволено продовження порушення прав Windau, що було викликано нездатністю уряду виправити ситуацію» [3, с. 31]. Результатом такого ототожнення стало те, що зобов'язання Латвенерго були визнані як зобов'язання Республіки Латвія, і цим арбітражний трибунал визнав свою юрисдикцію та відкинув заперечення Республіки Латвія щодо цього питання. Отже, арбітражний трибунал фактично відмовився застосовувати статтю 22 ДЕХ і вирішив це питання на підставі норм звичаєвого права, застосувавши положення частини 6 статті 26 ДЕХ, відповідно до якого арбітражний трибунал може вирішувати спори на підставі положень ДЕХ та застосовуваних норм і принципів міжнародного права [1].

**Висновки.** 1. Як видно з рішень по вищезазначених інвестиційних спорах, що виникли на підставі ДЕХ, арбітражні трибунали тою чи іншою мірою розглядали питання співвідношення юрисдикції національних судів та міжнародних засобів ад'юдикації. Водночас найбільш актуальна проблема, а саме – чи можлива відмова інвестором від засобів вирішення інвестиційних спорів, передбачених ДЕХ, в угоді з державою – місця здійснення інвестицій, не була досліджена у цих справах, а в деяких випадках арбітражні трибунали фактично навмисно оминули це питання, скориставшись обставинами відповідних спорів.

2. Досліджені рішення арбітражних трибуналів продемонстрували, що ратифікація ДЕХ щодо певних частин території держави не означає відмову у тимчасовому його застосуванні стосовно територій, які не були зазначені під час ратифікації, але щодо яких ДЕХ застосовувався тимчасово і до ратифікації. Щодо загального правила часового розповсюдження дії положень ДЕХ, інвестиційні трибунали підтвердили позицію про те, що визначальним в цьому випадку є момент вчинення державою порушення: якщо це було зроблено після вступу в дію ДЕХ, інвестор може користуватись можливостями захисту передбаченими цим договором. В частині ж тимчасового застосування ДЕХ арбітражні трибунали зазначили, що тимчасове застосування означає застосування ДЕХ таким самим шляхом, ніби ДЕХ набрав чинності.

3. Хоча проблема процедури врегулювання інвестиційних спорів безпосередньо не стосується положень ДЕХ, однак стабільність арбітражних трибуналів, заснованих для вирішення інвестиційних спорів за цим договором, в цьому питанні, свідчить, що вони не стали заручниками діаметрально протилежних рішень інвестиційних арбітражів за іншими міжнародними договорами щодо визначення моменту з'ясування наявності порушення інвестиційних положень. Тому очевидно, що при вирішенні наступних інвестиційних спорів на підставі ДЕХ навряд арбітражні трибунали відійдуть від позиції, висловленої трибуналами по справах *Plama* та *Kardossopoulos* щодо

необхідності попереднього вивчення факту наявності порушення, що становить предмет позову, на стадії вирішення юрисдикції арбітражу.

4. Поява положення про відповідальність держави за дії державних органів та державних підприємств в текстуальному вигляді в ДЕХ становить значний крок вперед щодо захисту інвесторів, оскільки раніше у двосторонніх інвестиційних договорах цього положення не було і відповідний захист від дій таких суб'єктів здійснювався на основі звичаєвих норм міжнародного права. Водночас, як видно з вищенаведеного аналізу, положення про відповідальність держави за дії державних органів та державних підприємств у тому вигляді, як воно закріплене в ДЕХ, не зовсім відповідає звичаям міжнародного права, які склалися з цього питання, тому не дивно, що реалізація відповідного положення ДЕХ стикнулася з певними ускладненнями. Тому, виходячи з обставин справи *Nykomb*, вважаємо за доцільне те, що арбітражний трибунал звернувся до звичаєвих норм щодо відповідальності держави за дії державних органів та державних підприємств і оминув тлумачення статті 22 ДЕХ. Хоча це не означає усталеність такого підходу і є очевидним, що в майбутньому арбітражні трибунали по інвестиційним спорам за ДЕХ ще неодноразово піддадуть дослідженню відповідні положення.

5. Досліджені вище позиції арбітражних трибуналів по інвестиційних спорах, які виникли на підставі положень ДЕХ, засвідчують те, наскільки явно трибунали намагаються продемонструвати, що вони перебувають у загальному руслі тенденції міжнародної інвестиційної юриспруденції. Навіть при тому, що відсутній формально закріплений обов'язок слідувати вже прийнятим рішенням, арбітражні трибунали майже завжди беруть до уваги висновки інших трибуналів по аналогічних справах. Крім того, відкритість рішень арбітражних трибуналів та публічний доступ громадськості до них вимагають від арбітрів дуже обережного формулювання текстів своїх рішень, оскільки майже у всіх випадках після їх винесення вони стають доступними для світової юридичної спільноти і тому мають бути аргументовані таким чином, щоб не бути об'єктом істотної критики з боку юристів-теоретиків та практиків. Зазначене призводить до високої якості рішень арбітражних трибуналів по розгляду інвестиційних спорів за ДЕХ, що, в свою чергу, зумовить їх авторитетність в діяльності міжнародних інвестиційних арбітражі.

#### **Список використаних джерел**

1. Договор к Энергетической Хартии и связанные с ним документы. [Електронний ресурс]. – Режим доступу :<https://energycharter.org/fileadmin/DocumentsMedia/Legal/ECT-ru.pdf>
2. Ioannis Kardassopoulos v. Georgia, Decision on Jurisdiction, ICSID Case No. ARB/05/18 : 6 July 2007 [Електронний ресурс]. – Режим доступу :  
<https://energycharter.org/fileadmin/DocumentsMedia/Disputes/ISDSC-009dj.pdf>
3. Nykomb Synergetics Technology Holding AB v. Republic of Latvia, Arbitral award, The Arbitration Institute of SCC : 16 December 2003 [Електронний ресурс]. – Режим доступу :  
<https://energycharter.org/fileadmin/DocumentsMedia/Disputes/ISDSC-002a.pdf>.
4. Oil Platforms Case (Islamic Republic of Iran v. United States of America), Preliminary Objection, Judgment, Separate Opinion of Judge Higgins, I.C.J. Reports 1996 [Електронний ресурс]. – Режим доступу :  
<https://www.icj-cij.org/files/case-related/90/090-19961212-JUD-01-03-EN.pdf>.
5. Petrobart Ltd. v. Kyrgyz Republic, Arbitral award, The Arbitration Institute of SCC : 29 March 2005 [Електронний ресурс]. – Режим доступу :  
<https://energycharter.org/fileadmin/DocumentsMedia/Disputes/ISDSC-004a.pdf>

6. Plama Consortium Ltd. v. Republic of Bulgaria, Decision on Jurisdiction, ICSID Case No ARB/03/24 : 8 February 2005 [Электронный ресурс]. – Режим доступа : <https://energycharter.org/fileadmin/DocumentsMedia/Disputes/ISDSC-003a.pdf>.
7. Siemens AG v. Argentina, Decision on Jurisdiction, ICSID Case No. ARB/02/8 : 4 August 2004 [Электронный ресурс]. – Режим доступа : [http://icsidfiles.worldbank.org/icsid/ICSIDBLOBS/OnlineAwards/C7/DC508\\_En.pdf](http://icsidfiles.worldbank.org/icsid/ICSIDBLOBS/OnlineAwards/C7/DC508_En.pdf)
8. Господарський кодекс України [Электронный ресурс]. – Режим доступа : <http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/436-15>
9. Енергетична стратегія України на період до 2030 року: Розпорядження Кабінету Міністрів України № 145-р : від 15 березня 2006 р. [Электронный ресурс]. – Режим доступа : <http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/n0002120-13>.
10. Алфеева Ю. В. Урегулирование международных экономических споров в современном международном праве : автореф. дис. на соискание научн. степени канд. юр. наук : спец. 12.00.10 „Международное право” / Ю. В. Алфеева. – Казань, 1998. – 22 с.
11. Договор к Энергетической Хартии: путь к инвестициям и торговле для Востока и Запада / под ред. Т. Вальде, А. А. Конопляника. – М. : Международные отношения, 2002. – 632 с.
12. Крупко С. И. Инвестиционные споры между государством и иностранным инвестором : учебно–практическое пособие / С. И. Крупко. – М. : БЕК, 2002. – 272 с.
13. Международный центр по урегулированию инвестиционных споров (ИКСИД): некоторые вопросы юрисдикции и арбитражного производства / А. Г. Алексеев, С. А. Войтович, Д. И. Грищенко, О. В. Шевчук. – К. : Юридическая практика, 2005. – 304 с.
14. Фархутдинов И. З. Международное инвестиционное право: теория и практика применения / И. З. Фархутдинов. – М. : Волтерс Клувер, 2005. – 432 с.
15. Bond S. Negotiating Dispute Settlement in the International Petroleum Industry // International Oil & Gas Policies: Moving Eastwards / T. Waelde, G. Ndi (eds.) / S. Bond. – London : Graham and Trotman, 1994. – P. 165–178.
16. Clarisse Ribeiro (ed.) Investment Arbitration and the Energy Charter Treaty / Clarisse Ribeiro (ed.). – N.Y. : Juris Publishing, 2006. – 684 p.
17. Collier J. The Settlement of Disputes in International Law: Institutions and Procedures / J. Collier, V. Lowe. – Oxford : Oxford University Press, 1999. – 424 p.
18. Waelde T. W. Investment under the Energy Charter Treaty: An Overview of Key Issues [Электронный ресурс] / T. W. Waelde // Transnational Dispute Management. – 2004. – Vol. 1, Issue 2. – Режим доступа до журн. : <http://www.transnational-dispute-management.com/samples/freearticles/tv1-2-article224b.htm>.
19. О Договоре к Энергетической Хартии [Электронный ресурс]. – Режим доступа : [http://www.mid.ru/drugie-otraslevye-organizacii/-/asset\\_publisher/km9HkaXMTium/content/id/2517386](http://www.mid.ru/drugie-otraslevye-organizacii/-/asset_publisher/km9HkaXMTium/content/id/2517386)
20. List of all Investment Dispute Settlement Cases [Электронный ресурс]. – Режим доступа : <https://energycharter.org/what-we-do/dispute-settlement/all-investment-dispute-settlement-cases/>

## References

1. Dogovor k Energeticheskoj Hartii y svyazannye s nim documenty. – Available at : <https://energycharter.org/fileadmin/DocumentsMedia/Legal/ECT-ru.pdf>
2. Ioannis Kardassopoulos v. Georgia, Decision on Jurisdiction, ICSID Case No. ARB/05/18 : 6 July 2007. – Available at : <https://energycharter.org/fileadmin/DocumentsMedia/Disputes/ISDSC-009dj.pdf>

3. Nykomb Synergetics Technology Holding AB v. Republic of Latvia, Arbitral award, The Arbitration Institute of SCC : 16 December 2003. – Available at : <https://energycharter.org/fileadmin/DocumentsMedia/Disputes/ISDSC-002a.pdf>.
4. Oil Platforms Case (Islamic Republic of Iran v. United States of America), Preliminary Objection, Judgment, Separate Opinion of Judge Higgins, I.C.J. Reports 1996. – Available at : <https://www.icj-cij.org/files/case-related/90/090-19961212-JUD-01-03-EN.pdf>.
5. Petrobart Ltd. v. Kyrgyz Republic, Arbitral award, The Arbitration Institute of SCC : 29 March 2005. – Available at : <https://energycharter.org/fileadmin/DocumentsMedia/Disputes/ISDSC-004a.pdf>
6. Plama Consortium Ltd. v. Republic of Bulgaria, Decision on Jurisdiction, ICSID Case No ARB/03/24 : 8 February 2005. – Available at : <https://energycharter.org/fileadmin/DocumentsMedia/Disputes/ISDSC-003a.pdf>.
7. Siemens AG v. Argentina, Decision on Jurisdiction, ICSID Case No. ARB/02/8 : 4 August 2004. – Available at : [http://icsidfiles.worldbank.org/icsid/ICSIDBLOBS/OnlineAwards/C7/DC508\\_En.pdf](http://icsidfiles.worldbank.org/icsid/ICSIDBLOBS/OnlineAwards/C7/DC508_En.pdf)
8. Hospodarskyi codeks Ukrainy. – Available at : <http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/436-15>
9. Energetichna strategiya Ukrainy na period do 2030 roku: Rosporyadzhennya Kabinetu Ministriv Ukrainy No145-r vid 15 berezhnya 2006 roku. – Available at : <http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/n0002120-13>.
10. Alfeeva U.V. Uregulirovanie mezhdunarodnyh ekonomicheskikh sporov v sovremennom mezhdunarodnom prave: avtoref. dis. na soiskanie nauch. stepeni kand. yur. nauk : spec. 12.00.10 „Mezhdunarodnoe pravo ” / U.V. Afeeva. – Kazan, 1998. – 22 s.
11. Dogovor k Energeticheskoy Hartii: put k investitsiyam i trgovle dlya vostoka i zapada / pod red. T. Waelde, A.A. Konoplyanyka. – M. : Mezhdunarodnye otnosheniya, 2002. – 632 s.
12. Krupko S.I. Investitsionnye spory mezhdru gosudarstvom y inistrannym investorom : uchebno-prakticheskoe posobie / S.I. Krupko. – M. : BEK, 2002. – 272 s.
13. Vezhdunarodnyi tsentr po uregulirovaniu investitsionnyh sporov (ICSID): nekotorye voprosy urisdiksiii i arbitzhnogo proizvodstva / A. G. Alekseev, S. A. Voytovich, D.I. Grishenko, O.V. Shevchuk. – K. : Yuridicheskaya praktika, 2005. – 304 s.
14. Farhutdinov I.Z. Mezhdunarodnoe investitsionnoe pravo: teoriya I praktika primeneniya / I.Z. Farhutdinov. – M. : Volters Kluver, 2005. – 432 s.
15. Bond S. Negotiating Dispute Settlement in the International Petroleum Industry // International Oil & Gas Policies: Moving Eastwards / T. Waelde, G. Ndi (eds.) / S. Bond. – London : Graham and Trotman, 1994. – P. 165–178.
16. Clarisse Ribeiro (ed.) Investment Arbitration and the Energy Charter Treaty / Clarisse Ribeiro (ed.). – N.Y. : Juris Publishing, 2006. – 684 p.
17. Collier J. The Settlement of Disputes in International Law: Institutions and Procedures / J. Collier, V. Lowe. – Oxford : Oxford University Press, 1999. – 424 p.
18. Waelde T. W. Investment under the Energy Charter Treaty: An Overview of Key Issues / T. W. Waelde // Transnational Dispute Management. – 2004. – Vol. 1, Issue 2. – Available at : <http://www.transnational-dispute-management.com/samples/freearticles/tv1-2-article224b.htm>.
19. O Dogovore k Energeticheskoy Hartii. – Available at : [http://www.mid.ru/drugie-otraslevye-organizacii/-/asset\\_publisher/km9HkaXMTium/content/id/2517386](http://www.mid.ru/drugie-otraslevye-organizacii/-/asset_publisher/km9HkaXMTium/content/id/2517386)
20. List of all Investment Dispute Settlement Cases. – Available at : <https://energycharter.org/what-we-do/dispute-settlement/all-investment-dispute-settlement-cases/>.