

Концепція відмови в правосудді

в практиці міжнародних інвестиційних арбітражів



Е. Л. Трегубов

здобувач Інституту держави і права
імені В. М. Корецького НАН України

У статті досліджується концепція відмови в правосудді в практиці міжнародних інвестиційних арбітражів. Автор аналізує рішення в окремих справах та досліджує положення вітчизняного законодавства у сфері міжнародних інвестиційних арбітражів.

Ключові слова: відмова в правосудді, міжнародний інвестиційний арбітраж.

В статье исследуется концепция отказа в правосудии в практике международных инвестиционных арбитражей. Автор анализирует решения в отдельных делах и исследует положение отечественного законодательства в области международных инвестиционных арбитражей.

Ключевые слова: отказ в правосудии, международный инвестиционный арбитраж.

In article the concept of denial of justice in practice of international investments arbitrations is researched. The author analyses decisions in different cases and researches the provisions of domestic legislation in the sphere of international investments arbitration.

Keywords: denial of justice, international investments arbitration.

Становлення України як демократичної, соціальної і правової держави неможливе без забезпечення справедливого правосуддя. Попри те, що в 2010 р. в Україні відбулася судова реформа, очевидно є потреба в подальшому вдосконаленні законодавства України в цій сфері відповідно до міжнародних стандартів. В аспекті вдосконалення адміністративного судочинства України такі стандарти повинні запозичуватися в тому числі й з практики міжнародних юрисдикційних органів, у яких держава Україна може виступати відповідачем у зв'язку з її неспроможністю забезпечити право на судовий захист. І якщо практика Європейського суду з прав людини отримала широке доктринальне осмислення в багатьох статтях, дисертаціях та монографіях, то рішення інших міжнародних юрисдикційних органів, зокрема міжнародних інвестиційних арбітражів, в частині формулювання вимог до належних стандартів судочинства, не були в достатній мірі досліджені вітчизняними науковцями.

Ця стаття присвячена дослідженню концепції відмови в правосудді (*denial of justice*), яка напрацьована в міжнародній інвестиційній арбітражній практиці та повинна враховуватися в практиці адміністративних судів України. Мета статті – дослідити правові підстави участі України в міжнародних інвестиційних арбітражах та з'ясувати сутність та сучасне розуміння концепції відмови в правосудді, яка є результатом багатой практики міжнародних інвестиційних арбітражів.

Окремі аспекти зазначеної проблематики досліджувалися в статтях таких вітчизняних науковців, як Ю. Притика, С. А. Войтович, М. М. Мальський, Т. В. Сліпачук, О. В. Шевчук, Ю. С. Черних. Більше уваги практиці міжнародних інвестиційних арбітражів приділяється іноземними вченими та практиками.

Одним з перших комплексних досліджень концепції відмови в правосудді, яке стало надзвичайно авторитетним у світовій доктрині, був трактат Альвіна Фрімана 1938 р. «Міжнародна відповідальність держав за відмову в правосудді». Не можна також не згадати праці Геральда Фіцмауріса «Значення терміна «Відмова в правосудді», 1932 р.

Однак, оскільки на початку XXI ст. в світі було укладено понад 2500 двосторонніх договорів про захист інвестицій, які передбачали можливість арбітражного врегулювання спорів, виникла потреба нового осмислення цієї концепції з огляду на сучасні реалії. Як наслідок, у 2005 р. в Кембриджському університеті було опубліковано дослідження Я. Паульсена «Відмова в правосудді в міжнародному праві», яке отримало широке визнання світовими експертами та науковцями. Посилання на вказану працю нерідко зустрічаються в заявах сторін арбітражу при мотивуванні власної позиції та навіть в окремих рішеннях інвестиційних арбітражів. З іншого боку, можна побачити значну кількість наукових статей та публікацій, у яких критикуються окремі підходи концепції Я. Паульсена.

Надзвичайно активний розвиток міжнародні інвестиційні арбітражі дістали в останні 25-30 рр. Активізація цих процесів мала помітні наслідки. З одного боку, відбулося переосмислення традиційних догм міжнародного права, згідно з якими тільки держава наділена повноваженнями захищати своїх громадян та юридичних осіб перед іншими державами. З другого, інтернаціоналізація права на доступ до правосуддя призвела до поступового розмиття кордонів між поняттями «права іноземців» та «права людини» [1]. Заявниками в інвестиційних арбітражах можуть бути недержавні організації, господарючі суб'єкти, фізичні особи.

Іншою причиною стрімкого зростання кількості міжнародних інвестиційних ар-

бітражів С. А. Войтович називає широке визначення поняття «інвестиції» в міжнародних інвестиційних договорах, що може включати права грошової вимоги («claims to money»), права вимагати виконання («claims to performance»), права, встановлені законом чи контрактом («rights conferred by law or contract»). Таким чином, різниця між інвестиціями, які підпадають під захист, та звичайними комерційними транзакціями стає надзвичайно нечіткою, що призводить до розширення предмета потенційних інвестиційних спорів [2].

Як відзначає Я. Паульсен, значне посилення інвестиційних арбітражів спровокувало інтенсивну полеміку серед правників усього світу. Одні вважають, що «трибунал над рішеннями національних судів є нестерпною образою над суверенітетом держави». Інші ж, навпаки, захищають позицію, що діяльність міжнародних інвестиційних арбітражів є значним внеском у розвиток верховенства права [3].

Підставою для звернення інвестора до міжнародного інвестиційного арбітражу в багатьох випадках є двосторонній договір про захист інвестицій. Так, на сьогоднішній день Україною ратифіковано міжнародні конвенції та двосторонні договори у сфері захисту іноземних інвестицій з понад 50 країнами.

Україною також було ратифіковано міжнародну Конвенцію про порядок вирішення інвестиційних спорів між державами та іноземними особами (16.03.2000 Вашингтонська конвенція). Основною метою Вашингтонської конвенції є заснування Міжнародного центру з врегулювання інвестиційних спорів, до компетенції якого належить розгляд інвестиційних спорів.

Як зазначає Ю. Притика, інвестиційні спори можуть розв'язуватись як у державних судах, так і в порядку міжнародного інвестиційного арбітражу. Як правило, у двосторонніх угодах про визнання та взаємний захист інвестицій, які укладені Украї-

ною, передбачено, що спори між державою та іноземними інвесторами мають вирішуватись у міжнародному арбітражному суді ad hoc, який заснований згідно з Арбітражними правилами Комісії ООН з права міжнародної торгівлі (UNCITRAL). А якщо обидві країни – сторони двостороннього договору – стануть членами Конвенції про врегулювання інвестиційних спорів між державами та особами інших держав (Вашингтонської конвенції 1965 р.), спори на прохання інвестора можуть бути передані до Міжнародного центру врегулювання інвестиційних спорів (ICSID) [4].

Механізм арбітражного врегулювання спорів між інвестором та державою передбачається також багатосторонніми угодами, зокрема Європейською енергетичною хартією, яка була підписана в м. Гаага 17.12.1991 р. урядами 45 держав, у тому числі й урядом України. За юридичною природою Хартія не була зобов'язуючим документом, а мала декларативний характер, визначаючи добровільні пріоритети та прагнення представників сторін до загальноєвропейського і глобального співробітництва в сфері енергетичних відносин.

17.12.1994 року було укладено Договір до Енергетичної Хартії та Заключний акт до неї, які були ратифіковані Законом України «Про ратифікацію Договору до Енергетичної Хартії та Протоколу до Енергетичної Хартії з питань енергетичної ефективності і суміжних екологічних аспектів» № 89/98-ВР від 06.02.1998 р. Договором установлюються конкретні процедури врегулювання спорів між інвесторами та державами-учасниками, пов'язані з господарською діяльністю в енергетичному секторі. При цьому діяльність в енергетичному секторі тлумачиться надзвичайно широко, що дає змогу інвесторам посилатися на Договір навіть тоді, коли вони безпосередньо не беруть участі в діяльності у сфері енергетики.

Можливість арбітражного розв'язання спорів між інвестором та державою передба-

чається ст. 26 Договору. Спир за вибором інвестора, що є стороною в спорі, може передаватися для розв'язання: а) до судів або адміністративних трибуналів Договірної Сторони, яка є стороною в спорі; б) відповідно до будь-якої застосовної, раніше погодженої процедури розв'язання спору; або с) на міжнародний арбітраж чи примирення.

У тому випадку, якщо інвестор обирає передання спору на розв'язання згідно з пунктом с), відповідно до Договору інвестор може обрати один з наступних механізмів розгляду спору:

1) Міжнародний центр з розв'язання інвестиційних спорів, заснований відповідно до Конвенції про розв'язання інвестиційних спорів між державами і громадянами інших держав, відкритої для підписання у Вашингтоні 18.03.1965 р. (далі – Конвенція ІКСІД), якщо Договірна Сторона інвестора і Договірна Сторона, що є стороною в спорі, обидві є учасницями Конвенції ІКСІД; або

2) Міжнародний центр з розв'язання інвестиційних спорів, заснований відповідно до Конвенції ІКСІД згідно з правилами, що регулюють функціонування Додаткового органу із здійснення процедур Секретаріатом Центру (далі – Правила Додаткового органу), якщо Договірна Сторона інвестора або Договірна Сторона, яка є стороною в спорі (але не обидві), є учасницею Конвенції ІКСІД;

3) одноособовий арбітр або арбітражний суд *ad hoc*, заснований відповідно до Арбітражного регламенту Комісії Організації Об'єднаних Націй з права міжнародної торгівлі (далі – «ЮНСІТРАЛ»); або

4) арбітражний розгляд при Арбітражному інституті Міжнародної торговельної палати в Стокгольмі.

Арбітражні рішення, які можуть включати рішення про сплату відсотків, є остаточними і обов'язковими для сторін у спорі. Арбітражне рішення щодо заходу, вжитого субнаціональними урядом або властями Договірної Сторони в спорі, має передба-

чати можливість сплати Договірною Стороною грошової компенсації збитків замість будь-якого іншого призначеного заходу. Кожна Договірна Сторона невідкладно виконує будь-яке таке рішення і передбачає забезпечення ефективного виконання таких рішень на її території.

Не дивлячись на те, що інвестиційні спори можуть розглядатися різними арбітражними інституціями, арбітражна інвестиційна практика більш інтенсивно універсалізується та уніфікується, ніж практика міжнародних комерційних арбітражів. Це зумовлено передусім тим, що однією зі сторін інвестиційного спору є держава, тобто публічний суб'єкт. Як наслідок зазначеного – більша кількість рішень перебуває у відкритому доступі, що дає змогу аналізувати та узгалянювати підходи в аналогічних справах та широко застосовувати прецеденти.

З огляду на мету, поставлену в цій статті, для нас становить інтерес концепція відмови в правосудді, яка дає змогу встановити критерії та мінімальні стандарти в сфері забезпечення доступу до правосуддя, що є міжнародним зобов'язанням України.

Доктор наук Університету Бургундії Карлос Андрес Хеккер Паділла визначає доступ до правосуддя як «право кожної людини на місце врегулювання спору, в якому можливо захищати порушені права та отримати відшкодування за це». Науковець виводить два компоненти цього поняття:

Право на доступ до судів.

Право на справедливу та неупереджену процедуру.

Таким чином, відмова в правосудді має розглядатися як «будь-яка нездатність держави виконувати свої зобов'язання щодо організації та забезпечення належних процедур для гарантування мінімального судового захисту» [5].

Франческо Франціоні відзначає, що концепція відмови в правосудді лежить в основі міжнародного права в сфері поведінки з іноземцями та іноземними інвесто-

рами. У той же час це поняття нерозривно пов'язане з більш широкою концепцією доступу до правосуддя, яка інтерпретується як право людини отримати захист з боку закону та наявність засобів правового захисту в суді чи іншому еквівалентному механізмі судового чи квазісудового захисту.

Учений зазначає, що, хоча доступ до правосуддя є *sine qua non* для будь-якої конституційної демократії, однак, історично доступ до правосуддя залишається більш проблематичним саме для іноземців [1].

На думку Я. Паульсена, сучасне розуміння концепції відмови в правосудді повинно ґрунтуватися на таких фундаментальних засадах:

1. Відмова в правосудді завжди носить процесуальний характер.
2. Міжнародним обов'язком держави є створення не ідеальної системи правосуддя, а такої, яка б давала змогу запобігти або виправити серйозні помилки.
3. Невід'ємним елементом відмови в правосудді є вичерпання внутрішніх засобів правового захисту.
4. Зміст відмови в правосудді не може зводитися до набору визначених та об'єктивних критеріїв [6].

Слід зауважити, що концепція відмови в правосудді не одразу була прийнята багатьма державами. Так, наприклад, країни Латинської Америки довгий час залишалися вірними т. зв. доктрині Кальво, яка була сформована аргентинським юристом Карлосом Кальво наприкінці XIX ст. За вказаною доктриною проголошувалося верховенство принципів національного суверенітету та юридичної рівності держав. Як наслідок, неприпустимою вважалася будь-яка спроба дипломатичними, збройними або будь-якими іншими засобами здійснити стягнення боргів з держави або отримання відшкодування за збитки, зазнані іноземцями.

Попри напрацювання теоретиків та вчених, найкращим джерелом пізнання сучас-

ного змісту поняття «відмова в правосудді» є практика міжнародних інвестиційних арбітражів.

На неприпустимість відмови в правосудді вказується у рішенні трибуналу в справі Мондев проти США, у якому відзначається, що цей принцип є стандартом поведіння з іноземцями щодо рішень судів та трибуналів приймаючої держави [7]. Попри поразку заявника в цій справі, певною мірою революційним є згадка в арбітражному рішенні положень Конвенції про захист прав людини та основоположних свобод в аспекті визначення стандартів справедливого судочинства, хоча для жодної зі сторін цей акт не має юридичної сили.

Як зазначає С. А. Войтович, арбітражні трибунали частіше за все не називають принцип неприпустимості відмови в правосудді нормою звичаєвого міжнародного права. Проте в окремих рішеннях прослідковується зв'язок між правилом неприпустимості відмови в правосудді та «мінімальним стандартом». Міжнародні трибунали розглядають тільки такі явні та суттєві порушення у внутрішньодержавній судовій системі на рівні судів вищої інстанції, які можуть бути кваліфіковані як порушення міжнародно-правових зобов'язань держави відносно належного судового захисту іноземних інвесторів, та не можуть бути усунені в межах самої внутрішньодержавної судової системи в порядку апеляції чи касації [2].

У справі Чеврон проти Еквадору формулюється висновок, що необґрунтовано довгий розгляд справи (*undue delay*) може бути кваліфікований як відмова в правосудді [8]. Однак це правило не є аксіомою, оскільки в кожному конкретному випадку заявникові необхідно довести, що «затримка в розгляді справи є відмовою», оскільки зумовлена не об'єктивними причинами, а небажанням властей захистити права заявника. Арбітражна практика засвідчує, що відмову в правосудді конструює не тільки затримка в розгляді справи, але й за-

тримка у прийнятті заяви, затримка в ухваленні рішення, затримка в апеляційному перегляді справи. У будь-якому разі держава має гарантувати інвестору, що строки розгляду його справи будуть розумними. Межі розумності залежать від обставин справи, її складності, поведінки сторін та самого суду. Жоден строк затримки не становить автоматично відмови в правосудді.

Відмова в правосудді може мати місце також у випадках «явного та навмисного зловживання законом». При цьому, як випливає з рішення у справі Паульсон та Азініан проти Мексики, не обов'язковим є надання прямих доказів умисного порушення [9]. Стороні достатньо довести факт ухвалення явно несправедливого та некомпетентного судового рішення, яке суперечить вимогам закону. Водночас в інших арбітражних рішеннях указується, що не є відмовою в правосудді та не тягне відповідальності держави судова помилка, допущена без зовнішнього тиску, якщо судовий процес не відбувався упереджено, нечесно або неуповноваженим судом. Під відмову в правосудді також підпадає «явна несправедливість, яка виражається у відсутності належної правової процедури, що веде до спотворення юридичної обґрунтованості» [10].

Термін «відмова в правосудді» означає, що судова система в цілому не забезпечила заявнику захисту його прав. Як зазначається у згадуваній справі Чеврон проти Еквадору, «відмова в правосудді сама по собі включає в себе повне вичерпання національних засобів правового захисту». Держава бере на себе зобов'язання забезпечити справедливе та ефективне правосуддя в цілому, а не те, що ніколи не буде випадків юридичних помилок. Держава не несе відповідальності за випадки ухвалення незаконних судових рішень у випадках, коли не було здійснено спроби їх оскаржити. Усталеною є позиція, що арбітраж не є апеляційною інстанцією щодо рішень місцевих судів. Перегляд судових

рішень – це суверенне право судової системи кожної держави.

Одним зі стандартів, яких мають дотримуватися держави, є ефективність судового захисту. Ця категорія також є доволі широкою за своїм тлумаченням та включає різноманітні дії держави, що впливають на здатність інвестора звертатися зі скаргами та захищати свої права. Необхідно зауважити, що забезпечення ефективності правових засобів захисту є позитивним зобов'язанням держави, тобто таким, яке вимагає активних дій, а не утримання від втручання у діяльність таких засобів захисту.

Важливим елементом забезпечення справедливого правосуддя з точки зору арбітражних судів є недискримінація. У справі Левен Груп проти США відзначається, що рішення, які мають дискримінаційний характер щодо іноземних інвесторів, є несправедливими, тобто такими, що можуть розглядатися як відмова в правосудді [10].

У справі Паульсон та Азініан проти Мексики формулюється позиція, згідно з якою відмова в правосудді має місце у випадках, коли:

- уповноважені судові органи відмовляються приймати позов;
- справа розглядається у необґрунтовано довгий строк;
- справа розглядається явно неадекватним шляхом;
- допускається явне та навмисне зловживання законом [9].

Остання форма відмови в правосудді підпадає під термін «обман форми», тобто бажання суду замаскувати порушення норм міжнародного права.

Відомо, що практика міжнародних арбітражів містить чимало оцінних категорій, які залежно від суб'єктивної системної оцінки обставин справи можуть призвести до визнання держави винною у відмові в правосудді. Такі підходи є незвичними для представників пострадянської право-

вої думки, які багато в чому продовжують відчувати спадок позитивного права та захищають позицію щодо необхідності чіткого регулювання на рівні нормативних актів, що є порушенням з боку держави, а що ні.

Становлення доктрини відмови в правосудді відбувалося протягом багатьох років та продовжується донині. Універсальні підходи до тлумачення її змісту вимагають пошуку балансу між вузькою інтерпретацією, коли вважається, що з моменту прийняття судом заяви до розгляду відмова в правосудді стає неможливою та широкою – коли будь-які порушення щодо іноземців, які відбулися за допомогою чи внаслідок дій судових органів, сприймаються як відмова в правосудді.

Протягом 2010 року Україна програла дві справи в міжнародних інвестиційних арбітражах. Кількість справ проти України, що розглядаються в арбітражах, з кожним роком збільшується, що завдає шкоди не тільки репутації України та її інвести-

ційній привабливості, але й може спричинити цілком реальні матеріальні втрати у вигляді компенсацій та відшкодувань у досить значних розмірах. Це має стати сигналом для того, щоб юридична спільнота та науковці більше уваги приділяли проблемі неприпустимості відмови в правосудді, що особливо актуальним є для адміністративних судів, які розглядають спори, що виникають між іноземними інвесторами та суб'єктами владних повноважень.

Узагальнюючи викладене, можна зробити висновок, що концепція відмови в правосудді є сучасною системою стандартів та вимог, що висуваються до судової системи держави, яка сформувалася в результаті діяльності міжнародних інвестиційних арбітражів та вимагає від держави забезпечення доступності та справедливості правосуддя. Подальше ґрунтовне дослідження цієї концепції має як теоретичне, так і значне практичне значення, що засвідчує актуальність та новизну цієї проблематики.

Список використаної літератури

1. *Francesco Francioni*. Access to Justice, Denial of Justice and International Investment Law // *The European Journal of International Law*. – 2009. – Vol. 20. – № 3. – P. 729-747.
2. *Войтович С. А.* Международно-правовые обычаи и общие принципы права в практике Международного центра по урегулированию инвестиционных споров (ИКСИД) // «Международное публичное и частное право» (Москва). – № 6. – 2004. – С. 8-14.
3. *Jan Paulsson*. Denial of Justice in International Law // Cambridge University Press. – 2005. – 306 p.
4. Практичний погляд на інвестиційні проблеми // Правовий тиждень. – 2010. – № 29 (207).
5. *Carlos Andrés Hecker Padilla*. Denial Of Justice To Foreign Investors // *Cuadernos de Derecho Transnacional* (Marzo 2011). – Vol. 3. – № 1. – P. 296-301.
6. *Jan Paulsson*. Denial of Justice in International Law / Andrew Newcombe // *The European Journal of International Law*. – 2006. – №17. – P. 689-698.
7. *Mondev International Ltd. v. United States of America* (ICSID Case No. ARB(AF)/99/2) [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://italaw.com>
8. *Chevron Corporation (USA) and Texaco Petroleum Company (USA) v. The Republic of Ecuador, UNCITRAL, PCA Case No. 34877 (US/Ecuador BIT)* [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://italaw.com>
9. *Robert Azinian and others v. United Mexican States* (ICSID Case No. ARB(AF)/97/2) [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://italaw.com>
10. *Loewen Group, Inc. and Raymond L. Loewen v. United States*, ICSID Case No. ARB(AF)/98/3 (NAFTA) [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://italaw.com>