

МАРИНІВ ІВАННА ІГОРІВНА

кандидат юридичних наук, доцент кафедри права
Європейського Союзу Національного юридичного
університету імені Ярослава Мудрого

АВЕРБАХ ДМИТРО ВАДИМОВИЧ

студент 3 курсу міжнародно-правового факультету
Національного юридичного університету імені
Ярослава Мудрого

УДК 341.01

DOI 10.37772/2518-1718-2023-4(44)-3

РЕТРОАКТИВНІСТЬ В ПРАВІ МІЖНАРОДНИХ ДОГОВОРІВ

Стаття присвячена дослідженню питання ретроактивної дії міжнародних договорів. Звернено увагу, що в умовах універсалізації міжнародно-правових стандартів питання темпоральної сфери дії міжнародних договорів набуває все більшого значення. Відсутність зворотної сили повинно забезпечувати визначеність та передбаченість договірних норм і зобов'язань. Кримінальні положення не можуть мати зворотної сили, відповідно до принципу *nullum crimen, nulla poena sine lege stricta* (немає злочину, немає покарання без закону). Це, свого часу, ставало предметом обговорення в процесах Нюрнберзького і Токійського Трибуналів та знаходить постійне відображення в дебатах щодо заходів міжнародного кримінального права.

Попри це, існує проблема із кваліфікацією ст. 28 Віденської Конвенції про право міжнародних договорів 1969 року (далі ВК), як принципу, або ж норми звичаєвого права. Від так, досліджено диспозитивний характер даної статті, яка передбачає відсутність зворотної дії договору, якщо інше не випливає з його положень або не встановлено в інший спосіб. Розтлумачено значення понять «дія», «факт» і «ситуація» у праві міжнародних договорів.

В умовах коли положення міжнародного договору, за загальним правилом, діють тільки *pro future* (на майбутнє), досліджено можливі випадки зворотної (ретроактивної) дії міжнародного договору. Від так проаналізовано практику держав, які визначили ретроактивність в самому договорі; ретроактивність, що випливає з природи договору, і, на сам кінець ту, яка випливає з тлумачення положень договору.

Здійснено дослідження міжнародних договорів які мають зворотню дію. Окремо розглянуто питання про ретроактивність Конвенції про запобігання злочину геноциду та покарання за нього 1948 року. Розглянуто практику міжнародних судових органів у справах, що стосуються зворотної дії міжнародних договорів.

Ключові слова: міжнародний договір, ретроактивність, дія міжнародного договору в часі, зворотна дія міжнародного договору, Віденська конвенція про право міжнародних договорів, *ratione temporis*.

Постановка проблеми. Одним з найбільш складних питань, які розглядаються у праві міжнародних договорів, є ретроактивна дія міжнародного договору. Принцип відсутності зворотної дії норми права визнається як у національних правових системах, так і в міжнародному праві. Він був закріплений у Віденській конвенції про право міжнародних договорів 1969 року, згідно з положеннями якої договір, якщо інше не випливає з самого договору або не встановлено в інший спосіб, не має зворотної дії. Диспозитивний характер цієї норми викликає труднощі та обумовлює необхідність вивчення даного питання з метою визначення передумов ретроактивності міжнародних договорів та дослідження практики у цій сфері.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Дослідженню питання зворотної дії міжнародних дого-

ворів присвячені роботи таких вчених як О. В. Пушняк, І.І. Лукашук, Р. А. Каламкарян, Ж. Г. Родас, М. Коцур, У. Шабас, А. Бьойсе, Г. В. Бріггс та інших. Необхідність подальшого вивчення даного питання обумовлена диспозитивним характером норми про відсутність зворотної дії міжнародного договору, який надає державам право діяти на власний розсуд, вносячи тим самим невизначеність у дане питання.

Мета статті – визначити підстави, за наявності яких міжнародний договір може мати зворотню дію; дослідити практику міжнародних судових органів в цій сфері.

Виклад основного матеріалу. Відсутність зворотної дії є основоположним принципом у більшості внутрішніх правопорядків держав, а також у міжнародному публічному праві. Тому його прийнято

розглядати як «загальний принцип права, визнаний цивілізованими націями» у сенсі статті 38(1)(c) Статуту Міжнародного Суду ООН 1945 року [1].

Свій початок він бере ще з римського права, де основна увага приділялася в першу чергу забороні ретроактивного покарання. Важливість цього принципу полягала в тому, що особа повинна мати змогу покладатися на закон, будучи впевненою в тому, що держава, згодом, не буде втручатися в її права. Відомий він був також англосаксонській правовій сім'ї, що впливає з праць Г. Брактон, Е. Кока та інших [2].

У 1975 році, під керівництвом доповідача М. Сьоренсена, Інститут міжнародного права (ІМП) прийняв резолюцію щодо «Проблеми інтертемпоральності в міжнародному публічному праві». Загальний принцип викладено в статті 1 резолюції: «Якщо не зазначено інше, часова сфера застосування будь-якої норми міжнародного публічного права визначається відповідно до загального принципу права, згідно з яким будь-який факт, дія чи ситуація повинні оцінюватися у світлі норм, які діють одночасно з ними» [3].

Згідно статті 28 ВК, якщо інший намір не впливає з договору або не встановлений в інший спосіб, то положення договору не є обов'язковими для учасника договору щодо будь-якої дії чи факту, які мали місце до дати набрання договором чинності для зазначеного учасника, або щодо будь-якої ситуації, яка перестала існувати до цієї дати [4]. Положення цієї статті варто розглянути більш детально.

По-перше, необхідно з'ясувати що таке «дія», «факт» та «ситуація», про які йде мова у зазначеній нормі. Під «дією» варто розуміти певну поведінку, яка може бути приписана суб'єкту права. Така поведінка може бути як активною, так і пасивною. Стосовно «факту», то він являє собою або результат дії, або щось, що трапляється незалежно від волі суб'єкта права. «Ситуація», в свою чергу, може включати в себе як дії, так і факти. Відмінність полягає в тому, що ситуація триває певний період часу [5].

Окрім цього, складність викликає встановлення того чи перестала дія/факт/ситуація існувати до дати набрання договором чинності. Так, певна кількість послідовних дій/фактів/ситуацій можуть являти собою єдиний інцидент. У такому разі окремі дія/факт/ситуація могли припинити своє існування, в той час як інцидент досі триває. Так, якщо порушення складається з певної кількості одноманітних дій, то вони розглядаються не окремо одна від одної, а як одне, триваюче порушення [6].

Загалом, усі інциденти можна поділити на такі категорії: 1) минулі інциденти; 2) триваючі інциденти; 3) майбутні інциденти. Не викликає сумнівів той факт, що норма, закріплена у статті 28 Віденської

конвенції про право міжнародних договорів, передбачає незастосування положень договору до минулих ситуацій. Очевидним є також те, що положення договору будуть застосовуватися до інцидентів, які виникають після набрання договором чинності. Що стосується так званих триваючих інцидентів, то питання про застосування договору до них є менш однозначним [5]. Так, питання застосування Віденської конвенції до договорів, які були укладені державами до набрання нею чинності, однак продовжують діяти після цього, вирішується у статті 4. Згідно з її положеннями, Конвенція застосовується тільки до договорів, укладених державами після набрання нею чинності щодо цих держав. Таким чином, у самій Конвенції закріплено неможливість застосування її норм до «триваючих інцидентів», тобто до договорів, які були укладені до набрання нею чинності, проте термін дії яких не минув [4].

По-іншому вирішив це питання Комітет з прав людини ООН, який декілька разів заявляв, що не може розглядати ймовірне порушення прав людини, яке мало місце до моменту набрання чинності Міжнародним пактом про громадянські та політичні права для держав, які є його сторонами, окрім випадків коли таке порушення продовжується після цього моменту або має наслідки, які самі по собі є порушенням Пакту після цього моменту [7] (так званий «триваючий ефект»).

Тож, якщо ситуація, що виникла в минулому, продовжує існувати після набрання договором чинності, вона «захоплюється» договором. «Триваючий ефект» не є винятком із принципу відсутності зворотної сили, оскільки обов'язкова сила договору починається виключно з дати набрання договором чинності і не стосується попередніх частин триваючої ситуації.

Виділяють три підстави, за наявності яких договір має зворотну дію: 1) це встановлено в положеннях самого договору; 2) це впливає з природи договору; 3) це впливає з тлумачення положень договору [6].

Розглядаючи першу підставу, коли ретроактивність стає винятком в презумпції відсутності зворотної дії договору, ми зіштовхуємося з волею сторін. Закріплюючи положення щодо зворотної сили, держави поширюють застосовність договору назад у часі, до певного моменту або періоду, до набрання договором чинності. Наприклад, дві держави можуть укласти угоду, яка регулює розрахунок і компенсацію витрат на соціальне забезпечення їхніх громадян, які проживають в іншій країні. З часом, сторони можуть погодитися адаптувати нові правила також до певних попередніх важких випадків, що виникли до набрання чинності угодою. Від так, держави можуть спростувати презумпцію статті 28 ВК і наділити положен-

ня договору зворотною силою, прямо зазначивши про це в самому договорі.

Одним з найбільш яскравих прикладів міжнародного договору, в якому безпосередньо передбачена можливість ретроактивної дії його положень, є Віденська конвенція про правонаступництво держав щодо договорів 1978 року. Попри те, що в ч.1 ст.7 цієї Конвенції закріплено, що вона застосовується виключно щодо правонаступництва держав, що наступило після її набрання сили. В той самий час, ч.2 ст.7 закріплює за державою-спадкоємницею, яка надала згоду на обов'язковість для неї Конвенції, право зробити заяву, що вона буде застосовувати її положення до свого власного правонаступництва держав, що наступило до набрання сили цією Конвенцією [8].

Значно важчим є питання ретроактивності міжнародного договору яка випливає з його природи. Як правило, виділяють дві категорії міжнародних договорів, з природи яких випливає їх зворотна дія. Перший вид – договори, спрямовані на тлумачення основного договору. Таким договором було визнано Договір про кордон між Сполученими Штатами Америки та Мексикою 1884 року. Статтю 1 цього Договору було передбачено, що будь-які зміни, спричинені поступовою ерозією та відкладенням алювію не змінюють кордон, прокладений по центру нормального русла Ріо-Гранде. Цей кордон було встановлено попередніми договорами 1848 та 1853 років. Таким чином, Договір 1884 року за своєю природою спрямований на тлумачення попередніх договорів [9].

Другий вид – договори, положення яких поширюються на ситуації, що мали місце до їхнього укладення. Для прикладу слід розглянути справу *Mavrommatis* щодо концесій у Палестині (*Mavrommatis Palestine Concessions case*). У своєму рішенні Постійна палата міжнародного правосуддя, звертаючись до Протоколу XII до Лозанського договору (1923), підкреслила, що даний протокол «був прийнятий для того, щоб зафіксувати умови, що регулюють визнання та застосування договірними сторонами певних поступок, наданих османською владою до укладення Протоколу». Попри те, що Протокол не містив положення щодо зворотної дії, його все одно було застосовано до минулих подій. Посилаючись на принцип *effet utile* (корисний ефект), Постійна палата міжнародного правосуддя визнала зворотню дію Протоколу, а саме щодо порушених прав, що мали місце до набрання ним чинності [10].

Прикладом договору, ретроактивна дія якого випливає з тлумачення його положень, є Конвенція про запобігання злочину геноциду та покарання за нього 1948 року. Відповідно до положень статті 5 зазначеної Конвенції, договірні сторони зобов'язуються,

відповідно до своїх конституційних процедур, прийняти необхідне законодавство, і передбачити, зокрема, ефективні міри, спрямовані на покарання осіб, винних у здійсненні геноциду або інших, перелічених у статті 3, злочинів [11].

Так, у своєму консультативному висновку щодо застережень, зроблених відносно Конвенції, Міжнародний суд ООН зазначив, що: «принципи, які лежать в основі Конвенції є такими, що визнаються цивілізованими націями як такі, що зобов'язують держави незалежно від договірних зобов'язань». Це дає підстави стверджувати, що такі принципи застосовувалися і в минулому, ще до моменту прийняття зазначеної Конвенції. Окрім цього, преамбула Конвенції вказує на те, що «протягом всіх етапів історії геноцид завдавав значної шкоди людству».

Звичайно, це твердження не викликає жодних сумнівів. А як вказав Верховний Суд Ізраїлю у справі *A. Eychman*, ані Конвенція 1948 р., ані резолюція 96 (1) Генеральної Асамблеї ООН 1946 р. «Злочин геноциду» - не створюють нового злочину, а закріплюють існуючий. Це підтверджено і у справі про геноцид у Боснії та Герцеговині (*Bosnia and Herzegovina Genocide case*), за якою Сербія стала першою державою за порушення злочину геноциду, попри те, що заперечувала свою участь у Конвенції 1948 року. Міжнародний суд ООН вирішив, що має юрисдикцію за статтею IX Конвенції навіть якщо інциденти сталися до набрання чинності відповідним договором [12].

Таким чином, ретроактивне застосування Конвенції до злочинів, що були вчинені протягом Другої світової війни та після не викликає жодних сумнівів, в той час як поширення її дії на геноцид вірменського народу на території Османської імперії, який мав місце у 1915 році, піддається сумнівам з боку дослідників [13].

Якщо в ситуації злочину геноциду ретроактивність діє в силу *jus cogens*, то в ряді інших випадків практика міжнародних трибуналів, в переважній більшості випадків орієнтована на дію міжнародного договору *pro future*. Так, у справі *Blečić v Croatia*, ЄСПЛ встановив, що він не має юрисдикції розглянути заяву в тій частині, в якій вона стосується фактів, що мали місце до дати ратифікації Європейської конвенції про захист прав людини і основоположних свобод Хорватією [14].

Суд Правосуддя Європейського Союзу також категоричний в питаннях ретроактивності. У справі *Kirka (case Regina v. Kent Kirk)* Суд постановив, що «така ретроактивність у будь-якому випадку не може мати наслідком визнання постфактум національних заходів кримінального характеру, які встановлюють покарання за діяння, яке фактично не підлягало покаранню в той час, коли це було скоєно» [15].

Висновки. За загальним правилом, яке закріплено у положеннях статті 28 Віденської конвенції про право міжнародних договорів, договори не мають зворотної сили. Проте, з огляду на диспозитивний характер цієї норми, питання про ретроактивність того чи іншого міжнародного договору повинно ви-

рішуватися окремо. Для цього правозастосувний орган повинен в кожному випадку детально проаналізувати як дію/факт/ситуацію, до якої має бути застосований такий договір, так і сам договір, з метою встановити чи впливає ретроактивність договору з його природи, положень або тлумачення.

ЛІТЕРАТУРА

1. Statute of the Court of Justice. International Court of Justice. URL: <https://www.icj-cij.org/statute>.
2. Moelker N. Law only for the Future: Nonretroactivity as a Fundamental Principle of International Law. *Gonzaga Journal of International Law*. 2022. URL: <https://ssrn.com/abstract=4005353>.
3. Institut de Droit International Resolution, «The Intertemporal Problem in Public International Law». Session of Wiesbaden - 1975 (n 9) 536.) URL: https://www.idi-iil.org/app/uploads/2017/06/1975_wies_01_en.pdf.
4. Віденська конвенція про право міжнародних договорів : Конвенція Орг. Об'єдн. Націй від 23.05.1969 р.: станом на 13 черв. 1986 р. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_118#Text.
5. Tams C. J., Zimmermann A., Tzanakopoulos A. Research handbook on the law of treaties. Cheltenham, UK : Edward Elgar, 2014. 661 p.
6. Vienna Convention on the Law of Treaties : A Commentary / ed. by O. Dörr, K. Schmalenbach. 2nd ed. Springer, 2018. 1535 p.
7. Ibrahima Gueye et al. v. France, Communication No. 196/1985, U.N. Doc. CCPR/C/35/D/196/1985 (1989). URL: <http://hrlibrary.umn.edu/undocs/session35/196-1985.html>.
8. Віденська конвенція про правонаступництво держав щодо договорів : Конвенція Орг. Об'єдн. Націй від 23.08.1978 р. : станом на 17 верес. 1992 р. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_185#Text.
9. João Grandino Rodas. The Doctrine of Non-Retroactivity of International Treaties. P. 341–360. URL: <https://core.ac.uk/download/pdf/268355415.pdf>.
10. The Mavrommatis Palestine Concessions PCIJ Rep Series A No 2. URL: https://www.icj-cij.org/sites/default/files/permanent-court-of-international-justice/serie_A/A_02/06_Mavrommatis_en_Palestine_Arret.pdf.
11. Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide. 1948. United Nations. URL: https://www.un.org/en/genocideprevention/documents/atrocities-crimes/Doc.1_Convention%20on%20the%20Prevention%20and%20Punishment%20of%20the%20Crime%20of%20Genocide.pdf.
12. Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, Preliminary Objections, Judgment, I. C. J. Reports 1996, p. 595. URL: <https://www.icj-cij.org/sites/default/files/case-related/91/091-19960711-JUD-01-00-EN.pdf>.
13. Schabas W. Retroactive application of the Genocide Convention. University of St. Thomas Journal of Law & Public Policy. 2010. Vol. 4, no. 2. P. 36–59. URL: <https://ir.stthomas.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1047&context=ustjlpp>.
14. Final Decision as to the admissibility of Application no. 59532/00 by Krstina BLEČIĆ against Croatia of European Court of Human Rights of 30.01.2003. URL: <https://hudoc.echr.coe.int/app/conversion/docx/?library=ECHR&id=001-23030&filename=BLECIC%20v.%20CROATIA.docx&logEvent=False>.
15. Case 63/83 Regina v Kent Kirk [1984] ECR 2689, 2718. URL: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:61983CJ0063>.

REFERENCES

1. Statute of the Court of Justice. International Court of Justice. Rediverted from: <https://www.icj-cij.org/statute>.
2. Moelker, N. (2022). Law only for the Future: Nonretroactivity as a Fundamental Principle of International Law. *Gonzaga Journal of International Law*. Rediverted from: <https://ssrn.com/abstract=4005353>.
3. Institut de Droit International Resolution, «The Intertemporal Problem in Public International Law». Session of Wiesbaden - 1975 (n 9) 536.) Rediverted from: https://www.idi-iil.org/app/uploads/2017/06/1975_wies_01_en.pdf.
4. Vienna Convention on the Law of Treaties: UN Convention from 1969, May 23 (entry into force for Ukraine: 1986, June 13). Rediverted from: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_118#Text (date of access: 17.11.2023) [in Ukrainian].
5. Tams, C. J., Zimmermann, A. & Tzanakopoulos, A. (2014). Research handbook on the law of treaties. Cheltenham, UK : Edward Elgar.

6. Dörr, O. & Schmalenbach, K. (Ed.). (2018). Vienna Convention on the Law of Treaties : a commentary. 2nd ed. Springer.
7. Ibrahima Gueye et al. v. France, Communication No. 196/1985, U.N. Doc. CCPR/C/35/D/196/1985 (1989). Rediverted from: <http://hrlibrary.umn.edu/undocs/session35/196-1985.html>.
8. Vienna Convention on Succession of States in Respect of Treaties: UN Convention from 1978, August 23 (entry into force for Ukraine: 1992, September 17). Rediverted from: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_185#Text [in Ukrainian].
9. Rodas, J. G. (1973). The Doctrine of Non-Retroactivity of International Treaties. P. 341–360. Rediverted from: <https://core.ac.uk/download/pdf/268355415.pdf>.
10. The Mavrommatis Palestine Concessions PCIJ Rep Series A No 2. Rediverted from: https://www.icj-cij.org/sites/default/files/permanent-court-of-international-justice/serie_A/A_02/06_Mavrommatis_en_Palestine_Arret.pdf.
11. Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide. (1948). United Nations. Rediverted from: https://www.un.org/en/genocideprevention/documents/atrocity-crimes/Doc.1_Convention%20on%20the%20Prevention%20and%20Punishment%20of%20the%20Crime%20of%20Genocide.pdf.
12. Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, Preliminary Objections, Judgment, I. C. J. Reports (1996). Rediverted from: <https://www.icj-cij.org/sites/default/files/case-related/91/091-19960711-JUD-01-00-EN.pdf>.
13. Schabas, W. (2010). Retroactive application of the Genocide Convention. University of St. *Thomas Journal of Law & Public Policy*, Vol. 4, No. 2, 36–59. Rediverted from: <https://ir.stthomas.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1047&context=ustjlpp>.
14. Final Decision as to the admissibility of Application no. 59532/00 by Krstina BLEČIĆ against Croatia of European Court of Human Rights of 30.01.2003. Rediverted from: <https://hudoc.echr.coe.int/app/conversion/docx/?library=ECHR&id=001-23030&filename=BLECIC%20v.%20CROATIA.docx&logEvent=False>.
15. Case 63/83 Regina v Kent Kirk [1984] ECR 2689, 2718. Rediverted from: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:61983CJ0063>.

MARYNIV IVANNA

PhD in Law, Associate Professor at the Department of European Union Law
of the Yaroslav Mudryi National Law University

AVERBAKH DMYTRO

3-year student of the Faculty of International Law of the Yaroslav Mudryi National Law University

RETROACTIVITY IN THE LAW OF TREATIES

Problem setting. One of the most ambiguous issues in the law of treaties is retroactivity of international treaties. The principle of non-retroactivity of legal norms is recognized both in national legal systems and in international law. This principle is codified in the Vienna Convention on the Law of Treaties, which states that a treaty, unless a different intention appears from the treaty or is otherwise established, does not have retroactive effect. The dispositive nature of this norm causes difficulties, which makes it necessary to study this issue in order to determine the prerequisites for the retroactivity of international treaties and to analyze practice in this area.

Analysis of recent researches and publications. Scholars such as O.V. Pushnyak, I.I. Lukashuk, R.A. Kalamkaryan have studied this issue. However, there is the need for further study of this issue due to the dispositive nature of the provisions on the non-retroactivity of an international treaties, which gives states the right to act at their own discretion, thereby causing uncertainty in this matter.

Purpose of research is to determine the grounds in the presence of which international treaty may have retroactive effect; examine the practice of international tribunals on this matter.

Article's main body. This study examines history of the principle of non-retroactivity of legal norms and its codification in the Vienna Convention on the Law of Treaties. Provisions of article 28 of forecited Convention are precisely analyzed. Meaning of the terms “act”, “fact” and “situation” is set. Three main grounds in the presence of which

international treaty may have retroactive effect are defined, for each of them examples of such treaties are provided. Attention is given to the examination of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide and its retroactivity. Practice of international tribunals on this matter is examined.

Conclusions and prospects for the development. According to the general rule, which is codified in the provisions of article 28 of the Vienna Convention on the Law of Treaties, treaties do not have retroactive effect. However, given the dispositive nature of this norm, issue of the retroactivity of this or that international treaty should be studied separately. For this purpose tribunal must in each case analyze in detail both the action/fact/situation to which treaty should be applied, as well as the treaty itself, in order to decide whether the retroactivity of the treaty is expressly formulated in its provisions, results from the interpretation of a treaty or emanates from the nature of the treaty.

Key words: retroactivity, law of international treaties, retroactive effect, Vienna Convention on the Law of Treaties, Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide.

За ДСТУ 8302:2015 цю статтю слід цитувати:

Маринів І. І., Авербах Д. В. Ретроактивність в праві міжнародних договорів. *Право та інновації*. 2023. № 4 (44). С. 21–26.