

ratione materiae ratione materiae

ЮРИДИЧНА АНАЛІТИКА

Функціональні імунітети потенційних підозрюваних в міжнародних злочинах у національних судах

 TRUTH HOUNDS

Цитувати як: Коваль Д. (2024). Функціональні імунітети потенційних підозрюваних в міжнародних злочинах у національних судах. Truth Hounds, [URL](#)

Функціональні імунітети потенційних підозрюваних в міжнародних злочинах у національних судах

Автор: Дмитро Коваль к.ю.н.
Укладачі: Андрій Лациба, Лілія Лахнеш

ЮРИДИЧНА АНАЛІТИКА

Невеликі дослідницькі публікації Truth Hounds, що надають короткий огляд обраної проблематики та презентують основні висновки, пропозиції або рекомендації.

TRUTH HOUNDS

Українська громадська організація, яка спеціалізується на документуванні та розслідуванні міжнародних злочинів і серйозних порушень прав людини в Україні та інших постраждалих від конфліктів регіонах Східної Європи, Кавказу та Центральної Азії.

Постановка проблеми

1. Спроба притягнення до кримінальної відповідальності за міжнародні злочини в іноземній державі природньо ставить питання про можливі юрисдикційні винятки щодо окремих осіб, що згідно з міжнародним правом мають право на імунітет. Ці винятки можуть стосуватися осіб із персональним імунітетом (*ratione personae*) та функціональним імунітетом (*ratione materiae*). Метою даної аналітичної записки є відповідь на такі питання:
 - Які існують імунітети у міжнародному праві, та яке коло осіб вони охоплюють?
 - Чи можливо притягнути осіб, що скоїли міжнародний злочин, до відповідальності, попри постійно дійсний функціональний імунітет: розрізненість думок?
 - Акт на користь держави чи індивідуальний акт: де проходить межа?
 - Про що нам говорить практика інших національних судів та Європейського суду з прав людини стосовно аплікації функціонального імунітету?
 - Чи можуть українські суди переслідувати російських посадовців?

Імунітети у міжнародному праві

2. Як було зазначено, міжнародне право виділяє два види імунітетів від міжнародного переслідування за ймовірно скоєні міжнародні злочини: персональний та функціональні. Перший визнається за президентом держави, головою уряду та міністром закордонних справ (який прийнято називати імунітетом «*troika*»). Другий – за іншими представниками держави, що наділяються імунітетом задля ефективного виконання своїх функцій. На відміну від персонального імунітету, який припиняє свою дію з залишенням особою посади, функціональний імунітет є постійним. Саме тому в контексті збройного конфлікту між Російською Федерацією та Україною й спроби останньої притягнути до відповідальності підозрюваних у злочині агресії в національних судах, політичне та військове керівництво РФ може стверджувати, що функціональний імунітет, після втрати персонального, все одно запобігає їхньому кримінальному переслідуванню.¹

¹ *Immunities and a Special Tribunal for the Crime of Aggression against Ukraine*, (2023). Open Society Justice Initiative, p. 22, [URL](#)

3. Питання імунітетів представників держави, якщо вони не є дипломатичними представниками чи членами спеціальних місій, не кодифіковане у міжнародному праві. Це означає, що питання імунітетів регулюється виключно звичаєвим міжнародним правом.
4. Питання кримінальної відповідальності осіб, що мають персональний імунітет, вирішувалося Міжнародним Судом (МС) ООН у справі *Конго проти Бельгії*, що стосувалася спроби останньої притягнути до кримінальної відповідальності Міністра закордонних справ Конго. У цій справі МС ООН вказав, що особи з персональним імунітетом не можуть бути притягнуті до кримінальної відповідальності в іноземному суді, навіть якщо вони скоїли міжнародний злочин.
5. Разом із тим, МС ООН вказав на ситуації, за яких можливість притягнення таких осіб до кримінальної відповідальності може з'явитися:
 - a) відповідальність у країні громадянства;
 - b) зняття імунітету країною громадянства;
 - c) залишення посади, що дає право на персональний імунітет;
 - d) процес у міжнародному кримінальному суді що має відповідну юрисдикцію.²
6. Втім, рішення МС ООН не відповідає на питання щодо допустимості кримінального переслідування в іноземному суді осіб з функціональним імунітетом. Щодо цього питання існує багато, і часом протилежних, варіантів відповіді.

Функціональний імунітет у міжнародному праві

7. Перший доповідач призначений Комісією міжнародного права ООН (КМП ООН) щодо питання імунітету представників держави в іноземних судах російський юрист Роман Колодкін стверджував, що в міжнародному праві існує абсолютний імунітет від іноземної юрисдикції для посадовців держави, як діючих, так і колишніх. Втім, така позиція не відповідає існуючій судовій практиці, яка є далекою від надання настільки універсальної відповіді на питання імунітету.
8. Другий доповідач КМП ООН зайняв іншу позицію, що наразі втілилася в затвердженому Комісією Проекті статей про імунітети представників держави в іноземних судах. Ця позиція полягає в невизнанні абсолютності імунітету для державних посадовців. Як впливає з частини 2 статті 1

² *Case Concerning the Arrest Warrant of 11 April 2000 (Democratic Republic of the Congo v. Belgium)*, No. 121, ICJ, 14 February 2002, para. 61

Проекту, положення, сформульовані в ньому, не поширюються на осіб, чий імунітет є визнаним у міжнародному праві, тобто на осіб з персональним імунітетом. Разом із тим, стаття 7 Проекту відзначає, що функціональний імунітет не буде діяти в національних судах у разі скоєння наступних злочинів за міжнародним правом:

- a) геноцид;
- b) злочини проти людяності;
- c) воєнні злочини;
- d) апартеїд;
- e) тортури;
- f) насильницькі зникнення.³

9. До переліку злочинів не включений і злочин агресії. Попри загальний консенсус у КМП ООН, стаття 7 Проекту, що стосується злочину агресії, була винесена на голосування (вперше за 69 років роботи інституції), і, як ствердили самі члени Комісії міжнародного права, політичний ризик додавання злочину агресії до переліку статті означав би, що стаття не була би затверджена й ухвалена зовсім.⁴ Пояснення цьому КМП ООН сформулювала в пункті 18 Коментаря до Проекту статей. Там виділено три причини, які визначили таку позицію Комісії:

- a) притягнення до відповідальності за злочин агресії означало б необхідність встановлення акту агресії однієї держави проти іншої національним судом;
- b) особливий політичний характер злочину агресії як злочину лідерів;
- c) відсутність на момент ухвалення Проекту статей рішення Асамблеї держав-учасниць Римського статуту про остаточну активацію злочину агресії.⁵

10. Останній аргумент КМП ООН уже втратив свою актуальність, бо на сьогодні злочин агресії активований для Міжнародного кримінального суду. Другий аргумент навряд чи є непереборним, адже політичний характер та переслідування лідерів можна знайти й в справах щодо інших міжнародних злочинів. Перший же аргумент є найбільш серйозним. Втім, його критичність може бути мінімізована у разі консолідованої міжнародної

³ *ILC Draft Articles on Immunity of State Officials from Foreign Criminal Jurisdiction*, (2017). UN General Assembly, p.176, [URL](#)

⁴ *Immunities and a Special Tribunal for the Crime of Aggression against Ukraine*, (2023). Open Society Justice Initiative, p. 23, [URL](#)

⁵ *ILC Draft Articles on Immunity of State Officials from Foreign Criminal Jurisdiction*, (2017). UN General Assembly, pp. 185-186 [URL](#).

позиції щодо скоєння агресії проти конкретної держави та рішень міжнародних організацій щодо цього.

11. Загалом, КМП ООН зумовлює такий виняток тим, що індивідуальна кримінальна відповідальність за злочин агресії без розгляду відповідальності самої держави-агресора суперечила б принципу «*par in parem non habet imperium*» («рівні [держави] не мають суверенітету одна над одною»).⁶ Деякі зазначають, що така логіка зумовлена насамперед питанням встановлення юрисдикції, однак коли вона вже встановлена, різниця між злочином агресії та іншими злочинами в контексті функціонального імунітету припиняє бути кричущою.⁷
12. Попри не включення злочину агресії до списку статті 7 Проекту статей, Комісія, у тому ж пункті 18, відзначає, що деякі держави світу наполягали на включенні злочину агресії до переліку та посилалися на широку світову криміналізацію цього злочину, а також його присутність в Проекті Кодексу злочинів проти миру та безпеки людства КМП ООН.⁸
13. У будь-якому разі, КМП ООН у пункті 8 Коментаря зазначає, що її висновки щодо функціонального імунітету не повинні сприйматися як кодифікація звичаєвого міжнародного права, але лише як позначення тренду на обмеження функціонального імунітету.⁹ Іншими словами, Комісія визнала відсутність на сьогодні уніфікованого підходу держав світу до розв'язання питання поширення функціонального імунітету на державних посадовців, що підозрюються у скоєнні міжнародних злочинів. Це означає, що в міжнародному звичаєвому праві відсутні як чіткі норми, які б однозначно вказували, що функціональний імунітет не є перешкодою для притягнення до відповідальності на національному рівні, так і норми, які б забороняли національне переслідування осіб, що користуються таким імунітетом.

⁶ Alebeek R., Herik L., Ryngaert C., (2023). *Prosecuting Russian Officials for the Crime of Aggression: What About Immunities?* European Convention on Human Rights Law Review, p. 130

⁷ *Ibid.*

⁸ *ILC Draft Articles on Immunity of State Officials from Foreign Criminal Jurisdiction*, (2017). UN General Assembly, pp. 185-186 [URL](#).

⁹ *ILC Draft Articles on Immunity of State Officials from Foreign Criminal Jurisdiction*, (2017). UN General Assembly, p. 182 -183 [URL](#).

Розрізнення державних та персональних актів

14. Однією із ключових проблем пов'язаних з ідентифікацією того, чи має особа функціональний імунітет, є визначення межі між актом на користь держави (*jure imperii*), та приватним актом індивіда (*jure gestionis*). У міжнародному праві чи національній судовій практиці відсутня єдина теорія розмежування таких актів. Існуючі підходи зводяться до:
- a) Прирівнювання імунітету до атрибуції державі.¹⁰ У такому разі акт покривається імунітетом, якщо він здійснений органом держави (чи посадовою особою) навіть у випадках перевищення визначених повноважень останньою (*ultra vires*).
 - b) Орієнтація на природу конкретних актів.¹¹ У такому разі потрібно з'ясувати, чи був конкретний акт державним за своєю природою, чи він все ж таки був приватним. Найбільше проблем за такого підходу виникатиме зі злочином агресії, адже в цьому випадку викликає складнощі пов'язаність рішення про застосування сили та реалізація політики держави.
15. У справі про *Юрисдикційні імунітети держави* МС ООН, суддя Тріндаде, що завжди був новатором у «міжнародному суддівському активізмі» ("*judicial activism*") висловив категоричну думку про розмежування актів '*jure imperii*' та актів '*jure gestionis*', що як буде продемонстровано нижче, відгукнулася й іншим. Так, він зазначив, що розрізнення між такими актами не має жодного значення, коли мова йде про міжнародні злочини: «міжнародні злочини не є актами держави, а також не є «приватними актами»; злочин є злочином, незалежно від того, хто його вчинив».¹² Суддя пояснює це тим, що історично здійснення особою воєнних злочинів та злочинів проти людяності (відповідно, і злочину агресії) відбувається «за підтримки так званої державної «розвідки» (з усією її жорстокістю), зловживання мовою, матеріальними ресурсами та апаратом держави для реалізації державної політики».¹³ Тому, на його думку, проводити червоні лінії між актами '*jure*

¹⁰ *United Kingdom, House of Lords, Jones v Ministry of Interior for the Kingdom of Saudi Arabia and others*, 1 AC 270, UKHL 14 June 2006

¹¹ *Church of Scientology Case*, Federal Supreme Court, No. VI ZR 267/76, 26 September 1978, 65 ILR 193, 195-6.

¹² *Dissenting Opinion of Judge Cançado Trindade (Jurisdictional Immunities of the State (Germany v Italy: Greece intervening))*, ICJ, 3 February 2012, para. 178

¹³ *Ibid*, para. 182

imperii' та '*jure gestionis*' є недоречним через їхню неминучу неподільність на практиці.

16. Використання аксіоми про те, що скоєння міжнародного злочину не є актом держави.¹⁴ Цей підхід дозволяє обійти й обмеженість інших підходів у випадку зі злочином агресії. Він, по суті, дозволяє юрисдикцію іноземних судів, коли йдеться про акти, що *prima facie* мають ознаки міжнародного злочину.
17. В окремій думці Хіггінс, Куйманс і Бюргенталь у справі про *Arrest Warrant* Міжнародного суду ООН судді висловили тезу про те, що міжнародні злочини не можна вважати діями, які вчинені на користь держави ('official capacity') і, відповідно не можуть вважатися державними актами, тому що вони не є «нормальними» діями держави, і такі дії не можуть бути вчинені останньою (без приватних діянь окремих осіб) самостійно.¹⁵
18. Утім, така думка була також широко розкритикована. У практиці міжнародних та національних суддів було відмічено, що те, чи вважаються дії державних службовців «на користь держави», не залежить від «законності» таких дій, а від цілей, з якими ці акти було вчинено, і засобів, які допомогли відповідній посадовій особі їх здійснити. Крім того, думку про те, що міжнародні злочини за своєю природою є діяннями виключно приватного характеру важко узгодити з принципом, згідно з яким держава повинна нести відповідальність за міжнародно-протиправні дії, вчинені її органами.¹⁶

Окремі актуальні питання функціональних імунітетів

19. Для з'ясування того, чиї та які дії охоплюються функціональним імунітетом в українському контексті (зокрема з погляду можливого притягнення до відповідальності російських парламентарів), варто звернути увагу на кілька важливих сучасних прикладів судової та інституційної практики.

¹⁴ *Letelier v. Chile*, 748 F.2d 790, United States Court of Appeals, 20 November 1984, 63 ILR 378, 388.

¹⁵ *Dissenting Opinion of Judges Higgins, Kooijmans and Buergenthal (Arrest Warrant of 11 April 2000 (Democratic Republic of the Congo v. Belgium))*, ICJ, 14 February 2002, para. 85

¹⁶ *Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts* (Article 4). International Law Commission

20. У лютому 2021 року Федеральний верховний суд Німеччини виніс рішення у справі про скоєння воєнних злочинів колишнім афганським солдатом, де прокоментував питання функціонального імунітету в наступному ключі:¹⁷

- a) Слідом за МС ООН Федеральний суд наголосив на відмінності концепцій державного імунітету та імунітету від кримінальної юрисдикції. Це означає, що кримінальні провадження проти осіб, що потенційно захищені імунітетом, не порушують норм міжнародного права щодо імунітету держави в цілому.¹⁸
- b) Дослідив практику судів минулого, включно з судами після Другої світової війни (що особливо важливо в контексті потенційних справ в Україні щодо агресії, адже суди після Другої світової війни торкалися цих злочинів), аби наголосити на тому, що тогочасна судова практика не може ігноруватися у справах, де постає питання функціонального імунітету. Вона не може захищати потенційних винуватців у скоєнні міжнародних злочинів.
- c) Прокоментував Проект статей про імунітети представників держави в іноземних судах в тому ключі, що цей документ важливий, але поки не є свідченням появи нових норм звичаєвого міжнародного права. Утім, висновок про неможливість посилання на функціональний імунітет суд підтримав і підтвердив, що це відповідає й позиції німецького уряду щодо Проекту статей.
- d) Таким чином, це рішення є важливим нещодавнім прикладом оминання функціонального імунітету з посиланням, між іншим, на практику пост-Нюрнберга та Проект статей.

21. У січні 2020 року Районний суд Гааги прийняв рішення у цивільній справі про застосування функціонального імунітету до всіх актів представників держави:¹⁹

- a) Суд відзначив, що Проект статей КМП – це право майбутнього, а не сучасне право.
- b) Вказав, що в міжнародному праві відсутні норми, які б однозначно скасовували функціональний імунітет коли йдеться про скоєння міжнародних злочинів.

¹⁷ Kress C., (2021). *On Functional Immunity of Foreign Officials and Crimes under International Law*. Just Security, [URL](#).

¹⁸ *Jurisdictional Immunities of the State (Germany v Italy: Greece intervening)*, ICJ, 3 February 2012, para. 91

¹⁹ Ryngaert C., (2020). *Functional immunity of foreign State officials in respect of international crimes before the Hague District Court: A regressive interpretation of progressive international law*. EJIL: Talk, [URL](#).

- c) Не провів відмінності (хоча це було можливо, враховуючи сутність спору на розгляді) цивільними та кримінальними позовами проти осіб з функціональним імунітетом.
- d) Таким чином, суд не сприйняв тренд, позначений КМП, як фактор для відхилення від, як суд вважав, існуючих у міжнародному праві норм про функціональний імунітет. Разом із тим, справа на розгляді суду стосувалася цивільного позову, а не кримінального переслідування. Враховуючи відмінність між цивільними та кримінальними справами у контексті імунітетів, рішення Гаазького суду не обов'язково суперечить ідеї про відсутність функціональних імунітетів у кримінальних справах про міжнародні злочини.

22. Практика ЄСПЛ, по суті, визнає наявність у представників парламенту функціонального імунітету, який не захищає від відповідальності у певних випадках:

- a) ЄСПЛ розглядав справи, які стосувалися потенційних порушень прав людини представниками парламентів країн в контексті судових проваджень у державі громадянства парламентарів.
- b) Загалом ЄСПЛ вважає допустимою практику надання імунітетів парламентарям.²⁰ Суд вбачає у функціональному імунітеті два складники: *non-accountability* (захист від відповідальності у зв'язку з професійною діяльністю) та *inviolability* (захист поза межами такої діяльності).²¹
- c) Разом із тим, надання імунітету, що захищає від судового переслідування, має бути пропорційним до тих інтересів суспільства та держави, які досягаються його впровадженням.²²
- d) Пропорційність можливо вивести з вивчення того, чи конкретний акт парламентаря пов'язаний з його парламентською функцією.²³
- e) Таким чином, практика ЄСПЛ не може слугувати вказівником щодо допустимості кримінального переслідування осіб із функціональним імунітетом в іноземних юрисдикціях. Однак, аргументи ЄСПЛ можуть бути вбудовані в різні юридичні конструкції, що обґрунтовують концепцію обмеженого функціонального імунітету.

²⁰ *Cordova v Italy*, No. 45649/99, ECtHR, 30 January 2003

²¹ *Kart v Turkey*, No. 8917/05, ECtHR, 3 December 2009

²² *Syngelidis v Greece*, No. 24895/07, ECtHR, 11 February 2011

²³ *Tsalkitzis v Greece*, No. 11801/04, ECtHR, 16 November 2006

Елементи стратегії для українських правоохоронців

23. Підсумовуючи окреслене тут міжнародно-правове регулювання функціональних імунітетів, відзначимо, що на сьогодні не існує єдиного підходу до його інтерпретації. Це дає змогу говорити про допустимість, принаймні у деяких випадках, переслідування представників держави з функціональним імунітетом в іноземних судах. Як видається, наступні аргументи могли б бути покладені в основу юридичної позиції про допустимість переслідування в Україні російських посадовців:
- a) КМП ООН відзначила відсутність універсального розуміння функціональних імунітетів та їх обмежень. Це означає, що на сьогодні навряд чи можливо говорити про те, що всі держави світу приймають абсолютність імунітетів.
 - b) Злочин агресії має бути серед тих злочинів, що допускають виключення з застосування функціонального імунітету, адже Проект статей КМП ООН був затверджений до вступу в силу Кампальських поправок та без врахування практики часів Нюрнберга.
 - c) Національне провадження щодо іноземця з функціональним імунітетом можливе тоді, коли існує обґрунтована підозра, що така особа скоїла міжнародний злочин.
 - d) Функціональний імунітет походить від ідеї про недопустимість переслідування агентів іноземної держави, що діють в рамках своїх офіційних обов'язків.
 - e) Альтернативно, функціональний імунітет не походить від універсальних звичаєвих норм та регулюється регіональними, відмінними одна від одної нормами.²⁴
 - f) Як наслідок, він не є абсолютним за своєю природою та може бути обмежений (включно для кримінального переслідування в іноземній юрисдикції).
 - g) ЄСПЛ передбачає можливим обмеження функціонального імунітету. Це важливо в контексті потенційної можливості звернення до РФ за зняттям імунітету з її представників для їх переслідування в Україні. Таке звернення приречене на невдачу. Це пов'язано з надміру широким тлумаченням імунітету в РФ, що не дозволяє захищати права людини, в тому числі російських громадян (які, можливо, також є жертвами міжнародного злочину – найперше, агресії).

²⁴ Pisillo Mazzeschi R., (2015). *The functional immunity of State officials from foreign jurisdiction: A critique of the traditional theories*. Questions of International law, [URL](#).

Висновки

24. Сформована доктрина міжнародного, зокрема, звичаєвого права та міжнародна й національна судові практики не можуть надати однозначної й одногосної відповіді на питання щодо можливості переслідування державних акторів за ймовірно скоєні ними міжнародні злочини в національних судах. Попри однотайність думок щодо персонального та темпорального застосування персонального імунітету, чимало відкритих питань стоять щодо аплікації функціонального імунітету: чи може держава, до прикладу, уникнути відповідальності за діяння її посадових осіб, ствердивши, що останні вийшли за межі окреслених ними повноважень, чи все-таки індивідуальні акти, що становлять міжнародний злочин, є нерозривними з державою? Чи відрізняється злочин агресії від геноциду у політизованих аргументах щодо «неможливості» однієї суверенної держави чинити «суд» над іншою? Всі ці питання не є вирішеними й, можливо, не матимуть відповіді на них ще чималий час. Утім, попри контроверсійну судову практику, українські правоохоронці все ще мають у своїх руках необхідні правові механізми для переслідування російських посадовців у національних судах.