

Імунітети та Спеціальний Трибунал щодо злочину агресії проти України

Лютий 2023 р.

Зміст

1. Вступ	3
2. Персональний імунітет.....	5
2.1. Сфера дії персонального (особистого) імунітету	5
2.1.1. Тільки члени трійки.....	5
2.1.2. Широкий захист під час перебування на посаді, у тому числі за вчинення агресії.....	6
2.2. Персональний (особистий) імунітет у міжнародних судах.....	9
2.2.1. Незастосування у деяких міжнародних судах.....	9
2.2.2. Ключові критерії міжнародного суду.....	11
2.2.3. Різні типи міжнародних судів	14
2.3. Персональний імунітет перед Спеціальним трибуналом	16
2.3.1. Модель ГА ООН.....	17
2.3.2. Повністю Регіональна модель	19
2.3.3. Багатостороння модель	21
2.3.4. Інтернаціоналізована модель.....	22
2.3.5. Суд, який згодом стане міжнародним	24
3. Функціональний імунітет	25
3.1. Імунітет за офіційні дії	25
3.2. Виняток для міжнародних злочинів	26
3.3. Функціональний імунітет перед спеціальним трибуналом	27

1. Вступ

З моменту початку військового вторгнення Росії в Україну в лютому 2022 року в Україні та на міжнародному рівні зростає кількість закликів до створення Спеціального Трибуналу щодо злочину агресії проти України (Special Tribunal ("Спеціальний Трибунал")). Європейський Парламент¹ і парламентські асамблеї Ради Європи,² НАТО³ і Організації з безпеки і співробітництва в Європі⁴ підтримують створення Спеціального Трибуналу.

Оскільки дискусії тривають у кількох столицях, одним із важливих моментів є питання імунітетів згідно з міжнародним правом. Правова ініціатива Фонду Відкритого суспільства та Міжнародний фонд «Відродження» мають на меті сприяти обґрунтованому розгляду переваг і недоліків різних моделей Спеціального Трибуналу та їх здатності переслідувати та судити членів вищого російського керівництва. Судова практика у цій області часто розгалужена і не врегульована, що породжує суперечки і залишає значну свободу для тлумачення. Наша мета полягає не в тому, щоб усунути різні прогалини, конфлікти і двозначності, а скоріше у тому, щоб узагальнити положення права і їх потенційні наслідки для політиків — і тих, хто консультує їх в уряді та громадянському суспільстві, — прагнуть забезпечити юридичну відповідальність за злочин агресії.

У цьому інформаційному документі міститься невичерпний огляд застосування імунітету до судового переслідування за злочин агресії в

-
- 1 Європейський Парламент, Резолюція «The establishment of a tribunal on the crime of aggression against Ukraine», 19 January 2023 (Заснування трибуналу щодо злочину агресії проти України), 19 січня 2023 року (2022/3017[RSP]); Резолюція «Боротьба з безкарністю за воєнні злочини в Україні», 19 травня 2022 року (2022/2655[RSP]).
 - 2 Парламентська асамблея Ради Європи, «Агресія Російської Федерації проти України: забезпечення відповідальності за серйозні порушення міжнародного гуманітарного права та інші міжнародні злочини», 28 квітня 2022 року, Резолюція 2436 (2022).
 - 3 Парламентська асамблея НАТО, Декларація «Солідарність з Україною», 30 травня 2022 року, 111 SESP 22 E Розд.1.
 - 4 Парламентська асамблея ОБСЄ, «Агресивна війна Російської Федерації проти України та її народу та її загроза безпеці в усьому регіоні ОБСЄ», Резолюція, 6 липня 2022 року, AS (22) DE.

Спеціальному Трибуналі. Особлива увага приділяється потенційному застосуванню імунітету до глави російської держави, глави уряду та міністра закордонних справ.

Переслідування російських посадових осіб за межами Росії без згоди Росії може спричинити застосування двох видів імунітету за міжнародним правом:

- Персональний (особистий) імунітет (імунітет *lat - ratione personae*): імунітет, який поширюється на певних високопоставлених державних чиновників через конкретну посаду, яку вони зараз займають.
- Функціональний імунітет (імунітет *lat - ratione materiae*): імунітет, який надається державним посадовим особам у більш загальному плані щодо дій, вчинених в офіційній якості.

Ми розглянемо, як ці два типи імунітету могли б застосовуватися у різних моделях Спеціального Трибуналу:

- (a) Спеціальний Трибунал, який засновується відповідно до резолюції Генеральної Асамблеї Організації Об'єднаних Націй (ГА ООН) щодо Угоди між ООН та Україною або між Україною та регіональною організацією, а саме Європейським союзом (ЄС) та/або Радою Європи (РЄ) (**Модель ГА ООН**).
- (b) Спеціальний Трибунал, заснований угодою між Україною та ЄС та / або Радою Європи без резолюції ГА ООН (**Повністю регіональна модель**).
- (c) Спеціальний Трибунал, заснований угодою між Україною та іншими державами (**Багатостороння модель**).
- (d) Спеціальний Трибунал, що створюється як український суд з міжнародним елементом / інтернаціоналізований суд (**Інтернаціоналізована модель**).

2. Персональний (особистий) імунітет

У цьому розділі розглядається застосування персонального (особистого) імунітету або імунітету *ratione personae*. У ньому, у свою чергу, досліджується сфера застосування цього імунітету, заснованого на статусі, від іноземної кримінальної юрисдикції; його незастосування у міжнародних судах і трибуналах; і чи застосовуватиметься персональний (особистий) імунітет до різних моделей Спеціального Трибуналу.

2.1. Сфера дії персонального (особистого) імунітету

Персональний (особистий) імунітет — це тип імунітету, який заснований на статусі, від іноземної кримінальної юрисдикції, яким користується невелика кількість вищих державних службовців і який забезпечує широкий захист на період, поки ці посадові особи займають відповідну посаду.

2.1.1. Тільки члени трійки

Персональний (особистий) імунітет поширюється на членів "трійки" — главу держави, главу уряду і міністра закордонних справ — у силу займаних ними посад.⁵ Міжнародний суд ООН (МС) у *Справі про ордер на арешт* заявив, що «деякі особи, які займають високі посади у державі, такі як глава держави, глава уряду та міністр закордонних справ, користуються імунітетом від юрисдикції в інших державах, як цивільної, так і кримінальної».⁶

⁵ Міжнародний суд ООН (МС), *Справа, що стосується ордера на арешт від 11 квітня 2000 року (Демократична Республіка Конго проти Бельгії)*, рішення від 14 лютого 2002 року, пункт 51; Проект Статті 3 Про імунітет державних службовців від іноземної кримінальної юрисдикції, Тексти та назви проектів статей, прийняті редакційним комітетом у першому читанні 31 травня 2022 року, A/CN.4 / L. 969 (73-а сесія Комісії міжнародного права [2022]).

⁶ Міжнародний суд ООН, *Ордер на арешт* (див. пункт 5), пункт. 51.

Міжнародний суд ООН підкреслив, що персональний (особистий) імунітет надається цим високопосадовцям не для їх особистих цілей, а «для забезпечення ефективного виконання їх функцій від імені їх відповідних держав»⁷ і «для гарантії належного функціонування мережі взаємних міждержавних відносин».⁸

Сполучник «такі як» свідчить про те, що персональним (особистим) імунітетом можуть користуватися й інші високопосадовці. Дійсно, кілька національних органів влади виявили, що міністр оборони також користується особистим імунітетом.⁹ Однак така обмежена практика держав, ймовірно, була замінена проектами статей Комісії міжнародного права (КМП) про Імунітет державних службовців від іноземної кримінальної юрисдикції, які обмежують персональний імунітет *трійки*.¹⁰

2.1.2. Широкий захист під час перебування на посаді, у тому числі за вчинення агресії

Міжнародний суд ООН у справі про *Ордер на арешт* підкреслив, що члени *трійки* користуються персональним (особистим) імунітетом перед національними судами будь-якої держави, крім держави громадянства обвинуваченої посадової особи, але тільки до того часу, поки вони займають відповідну посаду.¹¹ Персональний (особистий) імунітет не перешкоджає судовому переслідуванню після того, як член *трійки* покине свій пост або

7 Міжнародний суд ООН, *Ордер на арешт* (див. пункт 5), пункт. 53.

8 Міжнародний суд ООН, *Ордер на арешт* (Див. п. 5), судді Хігінс, Коойманс і Бюргенталь, Спільна Окрема думка, пункт 75.

9 Сполучене Королівство, *Re Mofaz*, 128 ILR 709, (2004) 75 BYIL 408–411 (магістратський суд Боу-стріт, суддя Пратт, окружний суддя) щодо заяви про ордер на арешт міністра оборони Ізраїлю; Франція, рішення державного обвинувача Апеляційного суду Парижа від 27 лютого 2008 року Про відмову в судовому переслідуванні колишнього міністра оборони Сполучених Штатів Дональда Рамсфельда; Франція, Касаційний суд, кримінальна палата, 19 січня 2010 р., 09-84.818, постановивши, що міністр збройних сил Сенегалу користувався особистим імунітетом на підставі того, що він виконував функції міністра оборони.

10 Проект статті 3 КМП про Імунітет державних службовців від іноземної кримінальної юрисдикції (Див. п. 5).

11 Міжнародний суд ООН, *Ордер на арешт* (див. пункт 5), пункт. 61.

коли держава посадової особи відмовляється від імунітету.¹² Поки члени *трійки* займають свої посади, вони користуються широким спектром персонального (особистого) імунітету.

- (а) Персональний (особистий) імунітет поширюється на **всі дії, чи то приватні, чи то офіційні, вчинені до або протягом терміну повноважень** високопоставленої посадової особи.¹³ Отже, якщо член вищого російського політичного та військового керівництва, який не є представником *трійки*, вчиняє злочин, а потім стає главою держави, главою уряду або міністром закордонних справ, ця особа буде користуватися персональним (особистим) імунітетом до тих пір, поки вона залишається членом *трійки*, навіть якщо вона вчинила злочин до вступу на посаду.
- (b) Персональний (особистий) імунітет поширюється на **всі цивільні та кримінальні провадження, навіть щодо міжнародних злочинів**, таких як агресія.¹⁴ Таким чином, член *трійки*, який ймовірно вчинив злочин агресії, буде користуватися персональним імунітетом доти, доки він залишається членом *трійки*.
- (c) Персональний (особистий) імунітет означає «**повний імунітет від кримінальної юрисдикції і недоторканість**».¹⁵ Проста **видача ордера на арешт** державного службовця, який користується персональним імунітетом, порушує персональний імунітет цього чиновника.¹⁶ Відповідно, особистий імунітет не тільки не дозволить члену *трійки* постати перед судом за вчинення агресії; він також не дозволить видачу будь-якого ордера на арешт щодо них іноземною національною юрисдикцією. Застосування **інших заходів примусу** до посадової особи держави, таких як пред'явлення обвинувачень, повістка в суд, постанова про затримання або клопотання про

¹² Міжнародний суд ООН, *Ордер на арешт* (див. пункт 5), пункт. 61; Проект статті 12 КМП про Імунітет державних службовців від іноземної кримінальної юрисдикції (Див. п. 5).

¹³ Міжнародний суд ООН, *Ордер на арешт* (див. пункт 5), пункт. 55.

¹⁴ Міжнародний суд ООН, *Ордер на арешт* (див. пункт 5), пункт. 58.

¹⁵ Міжнародний суд ООН, *Ордер на арешт* (див. пункт 5), пункт. 54.

¹⁶ Міжнародний суд ООН, *Ордер на арешт* (див. пункт 5), пункт. 70.

екстрадицію або передачу, також може порушувати їх імунітет,¹⁷ але, наскільки нам відомо, це питання ще не розглядалося жодним судом.

- (d) Держава, яка розглядає можливість переслідування державного чиновника, який може користуватися персональним (особистим) імунітетом, **повинна врахувати питання про імунітет на ранній стадії**, до порушення кримінального провадження та до прийняття примусових заходів, які можуть вплинути на члена *трійки*.¹⁸ Однак персональний імунітет не заважає правоохоронним органам Держави **проводити розслідування щодо посадової особи іноземної Держави**, що користується персональним (особистим) імунітетом.¹⁹ Таким чином, за винятком прийняття будь-яких примусових заходів щодо цієї особи, іноземна держава може розслідувати дії члена *трійки*, підозрюваного у вчиненні злочину агресії.

¹⁷ Другий спеціальний доповідач КМП з питання про імунітет державних службовців від іноземної кримінальної юрисдикції визнав, що «прагнення висунути обвинувачення проти іноземної посадової особи або передати його або її під суд... являє щось на кшталт форми здійснення кримінальної юрисдикції, так і акт примусу, який повинен охоплювати недоторканість», КМП, Шостий звіт про імунітет державних службовців від іноземної кримінальної юрисдикції, 12 червня 2018 р., A/CN.4/722, пункт 62, див. також пункт 65. У проектах статей 9 (2) і 14 (4) КМП про імунітет державних службовців від іноземної кримінальної юрисдикції (див. п. 5) йдеться про «примусові заходи, які можуть вплинути на посадову особу, включаючи ті, які можуть вплинути на будь-яку недоторканність, якою посадова особа може користуватися відповідно до міжнародного права».

¹⁸ Проекти статей 9 (2) і 14(4) КМП про імунітет державних службовців від іноземної кримінальної юрисдикції (Див. п. 5) свідчать, що імунітети слід розглядати «(а) до порушення кримінальної справи» і «(b) до прийняття примусових заходів, які можуть вплинути на посадову особу, включаючи ті, які можуть вплинути на будь-яку недоторканність, якою посадова особа може користуватися відповідно до міжнародного права». У проекті статті 9 (1) КМП про імунітет державних службовців від іноземної кримінальної юрисдикції (див. п. 5) зазначається, що «Коли компетентним органам держави суду стає відомо, що посадова особа іншої держави може постраждати від виконання її кримінальних дій, юрисдикції, вони розглядають питання про імунітет *без зволікань*» (підкреслено).

¹⁹ Міжнародний суд ООН, *Ордер на арешт* (Див. п. 6), судді Хіггінс, Коойманс і Бюргенталь, Спільна Окрема думка, пункт 59.

2.2. Персональний (особистий) імунітет у міжнародних судах

Практика міжнародних судів вказує на те, що персональний (особистий) імунітет не застосовується у міжнародних судах і трибуналах. Хоча прецедентне право чітко не визначає характеристики, які повинен мати суд або трибунали, щоб вважатися міжнародними, ясно, що може існувати багато різних типів міжнародних судів і трибуналів.

2.2.1. Незастосування у деяких міжнародних судах

Міжнародний суд ООН у справі про *ордер на арешт* зазначив, що персональний (особистий) імунітет не завадить судовому переслідуванню чинного міністра закордонних справ «у певних міжнародних судах, якщо вони мають юрисдикцію».²⁰ Як приклади Міжнародний суд ООН навів кримінальні процеси у Міжнародному кримінальному трибуналі по колишній Югославії і Міжнародному кримінальному трибуналі по Руанді, які були засновані резолюціями Ради Безпеки ООН, а також у Міжнародному кримінальному суді (МКС).

Після розгляду справи про *ордер на арешт* Апеляційна палата спеціального суду Сьєрра-Леоне (СССЛ) та Апеляційна палата МКС дійшли висновку, що персональний (особистий) імунітет глави держави не поширюється на судові переслідування за міжнародні злочини у цих міжнародних судах.²¹ Кожна з двох апеляційних палат підкреслила різницю між міжнародними та національними судами, перш ніж визнати, що персональний (особистий) імунітет не перешкоджає судовому переслідуванню глави держави у міжнародному суді. Апеляційна палата СССР конкретно заявила, що стаття 6(2) Статуту СССР, що передбачає незастосування імунітетів перед СССР, не суперечить жодній імперативній нормі загального міжнародного права і що її положення повинні бути застосовані.²² Апеляційна палата МКС

²⁰ Міжнародний суд ООН, *Ордер на арешт* (див. пункт 5), пункт. 61.

²¹ СССР, Апеляційна палата, *Прокурор проти Чарльза Тейлора, рішення про імунітет від юрисдикції*, 31 травня 2004 р., пункти 49-53; МКС, Апеляційна палата, *Прокурор проти Омара Хасана Ахмада Аль-Башира*, рішення у справі Йорданії щодо апеляції Аль-Башира, 6 травня 2019 р., пп. 110-117.

²² СССР, Апеляційна палата, *Прокурор проти Чарльза Тейлора* (див. пункт 21), параграф 53.

обґрунтувала відсутність доказів існування звичаєвої норми міжнародного права, згідно з якою глава держави користувався б персональним (особистим) імунітетом у міжнародному суді.²³ Іншими словами, відповідно до апеляційних палат СССЛ та МКС, особистий імунітет не перешкоджає судовому переслідуванню глави держави у міжнародному трибуналі.

Слід зазначити, що висновок апеляційних палат СССЛ та МКС про те, що персональний (особистий) імунітет не застосовується у міжнародних судах, є спірним. Рішення Апеляційної палати МКС, зокрема, піддалося різкій критиці.²⁴

²³ МКС, Апеляційна палата, *Прокурор проти Омара Хасана Ахмада Аль-Башира* (див. пункт 21), параграф 113. Аргумент про те, що імунітет глави держави ніколи не визнавався у міжнародному праві як перешкода для юрисдикції міжнародного суду, був детально викладений далі в спільній думці суддів Ебое-Осуджі, Моррісона, Хофманські і Босса, пункти. 66–174.

²⁴ Щодо критики рішення Апеляційної палати МКС див., наприклад, Д. Аканде, «ICC Appeals Chamber Holds that Heads of State Have No Immunity Under Customary International Law Before International Tribunals (Апеляційна палата МКС постановляє, що глави держав не мають імунітету за звичаєвим міжнародним правом перед міжнародними трибуналами)», *Ejil:Talk*, 6 травня 2019 р., <https://www.ejiltalk.org/icc-appeals-chamber-holds-that-heads-of-state-have-no-immunity-under-customary-international-law-before-international-tribunals/>; Б. Батрос, «A Confusing ICC Appeals Judgment on Head-of-State Immunity (Заплутане апеляційне рішення МКС щодо імунітету глави держави)», *Just Security*, 7 травня 2019 р., <https://www.justsecurity.org/63962/a-confusing-icc-appeals-judgment-on-head-of-state-immunity/>; Д. Джейкобс, «You have just entered Narnia: ICC Appeals Chamber adopts the worst possible solution on immunities in the Bashir case (Ви щойно увійшли до Нарнії: Апеляційна палата МКС ухвалила найгірше можливе рішення щодо імунітету у справі Башира)», 6 травня 2019 р., <https://dovjacobs.com/2019/05/06/you-have-just-entered-narnia-icc-appeals-chamber-adopts-the-worst-possible-solution-on-immunities-in-the-bashir-case/>. Більш стриману критику та аналіз рішення див. у статті Лейли Наді Садат «Why the ICC's Judgment in the al-Bashir Case Wasn't So Surprising (Чому рішення МКС у справі Аль-Башира не було таким несподіваним)», *Just Security*, 12 липня 2019 р., <https://www.justsecurity.org/64896/why-the-iccs-judgment-in-the-al-bashir-case-wasnt-so-surprising/>; Клаус Кресс, «Preliminary Observations on the ICC Appeals Chamber's Judgment of 6 May 2019 in the Jordan Referral re Al-Bashir Appeal (Попередні зауваження щодо рішення Апеляційної палати МКС від 6 травня 2019 року у справі Йорданії про передачу апеляції Аль-Башира)», *TOAEP*, 2019, <https://www.toaep.org/ops-pdf/8-kress>.

2.2.2. Ключові критерії міжнародного суду

Ні Апеляційна палата МКС, ні апеляційна палата СССЛ не запропонували певного переліку критеріїв, які трибунал повинен мати, щоб бути «міжнародним» — у розумінні міжнародного трибуналу, перед яким не застосовуватиметься персональний (особистий) імунітет. Однак два рішення дозволяють нам виділити дві ключові характеристики: міжнародний суд діє від імені міжнародного співтовариства і здійснює юрисдикцію від імені безлічі держав.

2.2.2.1. Діючи від імені міжнародної спільноти

Апеляційні палати СССЛ та МКС спиралися на різницю між міжнародним судом та національним судом для обґрунтування своїх аргументів про те, що персональний (особистий) імунітет не перешкоджає переслідуванню глави держави у цих міжнародних судах. На думку цих двох судів, вирішальна відмінність полягає у тому, що міжнародний суд діє від імені міжнародного співтовариства.

Апеляційна палата МКС обґрунтувала, що персональний (особистий) імунітет не застосовується у міжнародних судах, оскільки міжнародні суди мають «інший характер» порівняно з національними судами:²⁵

(a) **Національні суди є «вираженням суверенної влади держави»**, яка обмежена суверенною владою інших держав. Це відображає принцип *par in parem non habet imperium* (лат. — «рівний над рівними влади не має») — одна суверенна держава не може здійснювати юрисдикцію над іншою суверенною державою. Цей принцип заснований на суверенній рівності держав. Суверенна рівність держав, закріплена в статті 2 (1) Статуту ООН, є «одним з основоположних принципів міжнародного правопорядку».²⁶

(b) **Міжнародні суди «діють від імені міжнародного співтовариства в цілому»**, вони «не діють від імені конкретної держави або держав». Таким чином, міжнародні суди, розглядаючи злочини від імені

²⁵ МКС, Апеляційна палата, *Прокурор проти Омара Хасана Ахмада Аль-Башира* (див. пункт 21), параграф 115.

²⁶ Міжнародний суд ООН, *Юрисдикційні імунітети держави (Німеччина проти Італії)*, рішення від 3 лютого 2012 року, пункт 57.

міжнародного співтовариства в цілому, не обмежені принципом *par in parem*.

Так само Апеляційна палата СССЛ підкреслила, що «Спеціальний суд був створений для реалізації міжнародного мандату та є частиною механізму міжнародного правосуддя».²⁷ Він також встановив, що «принцип, згідно з яким одна суверенна держава не виносить рішення про поведінку іншої держави», є ключовим для проведення відмінності між застосуванням імунітету в національних судах і його незастосуванням у міжнародних судах. Згідно з Апеляційною палатою СССЛ:

«Принцип державного імунітету впливає з рівності суверенних держав і, отже, не має відношення до міжнародних кримінальних трибуналів, які не є органами держави, але отримують свій мандат від міжнародного співтовариства».²⁸

Таким чином, перший критерій «міжнародного» суду пов'язаний з тим, як він виконує свої функції: міжнародний суд діє від імені міжнародного співтовариства в цілому. Однак міжнародні злочини за визначенням є «злочинами, що викликають занепокоєння міжнародного співтовариства в цілому».²⁹ Отже, будь-який суд, можливо, діє «від імені міжнародного співтовариства в цілому» при винесенні рішень про міжнародні злочини. Але суд однозначно не стане міжнародним тільки, тому що він розглядає міжнародні злочини. В іншому випадку будь-який національний суд, який переслідує іноземного чиновника, якого звинувачують у міжнародних злочинах, діяв би від імені міжнародного співтовариства і, таким чином, міг би позбавити його персонального (особистого) імунітету. Аргумент про те, що національний суд діє від імені міжнародного співтовариства, був би особливо переконливим у тих випадках, коли він здійснює універсальну юрисдикцію і немає жодних зв'язків між злочином і цим державним судом. У результаті, окрім дій від імені міжнародного співтовариства, суд повинен відповідати певним або багатьом іншим критеріям, щоб мати можливість не визнавати персональний (особистий) імунітет членів *трійки*.

²⁷ СССЛ, Апеляційна палата, *Прокурор проти Чарльза Тейлора* (див. пункт 21), параграф 39.

²⁸ СССЛ, Апеляційна палата, *Прокурор проти Чарльза Тейлора* (див. пункт 21), параграф 51.

²⁹ Преамбула до Статуту МКС.

2.2.2.2. Здійснення юрисдикції від імені багатьох держав

Другий критерій «міжнародного» суду, перед яким не застосовуватиметься персональний (особистий) імунітет, полягає в тому, що він здійснює юрисдикцію від імені кількох держав.

Міжнародний суд явно не може здійснювати юрисдикцію від імені лише однієї держави. Таким чином, одна держава не може утворити міжнародний суд. Апеляційна палата СССЛ зробила акцент на цей момент, підкресливши, що «спеціальний суд не є національним судом Сьєрра-Леоне і не є частиною судової системи Сьєрра-Леоне, що здійснює судові повноваження Сьєрра-Леоне».³⁰ Він також обґрунтував, як цитувалося вище, що принцип *par in parem* «не має відношення до міжнародних кримінальних трибуналів, які не є органами держави, але отримують свій мандат від міжнародного співтовариства» (підкреслено).³¹ Таким чином, той факт, що СССЛ не є державним органом і не здійснює юрисдикцію від імені Сьєрра-Леоне, має наслідки для визначення того, що це міжнародний суд. Судді Ебое-Осуджі, Моррісон, Гофманські та Босса у своїй спільній думці, що збігається з рішенням Апеляційної палати МКС, також прямо заявили, що Міжнародний кримінальний суд – це «суд, який не здійснює національну юрисдикцію».³²

Кількість держав, від імені яких міжнародний суд повинен здійснювати юрисдикцію, менш ясна. Апеляційна палата МКС не пояснила, як можна довести, що трибунал не «діє від імені конкретної держави або держав».³³ Судді Ебое-Осуджі, Моррісон, Гофманські та Босса зазначили, що міжнародний суд або трибунал «є судовим органом, який здійснює

³⁰ СССЛ, Апеляційна палата, *Прокурор проти Чарльза Тейлора* (див. пункт 21), параграф 40. Див. також СССЛ, Апеляційна палата, рішення про недійсність угоди про створення спеціального суду у справі Гбао, 25 травня 2004 року, пункт 6, в якому говориться, що «Судова влада, здійснювана спеціальним судом, належить не Сьєрра-Леоне, а самому Спеціальному суду, що відображає інтереси міжнародного співтовариства».

³¹ СССЛ, Апеляційна палата, *Прокурор проти Чарльза Тейлора* (див. пункт 21), параграф 51.

³² МКС, Апеляційна палата, *Прокурор проти Омара Хасана Ахмада Аль-Башира* (див. пункт 21), спільна думка суддів Ебое-Осуджі, Моррісона, Гофманського та Босса, пункт 61.

³³ МКС, Апеляційна палата, *Прокурор проти Омара Хасана Ахмада Аль-Башира* (див. пункт 21), параграф 115.

юрисдикцію за вказівкою двох або більше держав».³⁴ Однак трибунал, створений лише двома державами, навряд чи буде міжнародним судом, здатним відмовити у персональному (особистому) імунітеті вищим чиновникам, які не є громадянами жодної держави. Схоже, що цей трибунал діє від імені конкретних держав — двох держав, що надають право, — а це саме те, як міжнародні суди не діють згідно з Апеляційною палатою МКС.

Якщо трибунал, створений двома державами, не є достатньо міжнародним, це означає, що для того, щоб суд міг відмовити у персональному (особистому) імунітеті високопоставлених іноземних посадовців, має бути задоволена певна кількість держав. Ні Апеляційна палата МКС, ні Апеляційна палата СССЛ не визначили цей мінімальний поріг, який дозволений державам. Відсутність ясності у прецедентному праві з цього ключового моменту викликає багато питань. Одне питання полягає у тому, чи може межа дозволених держав змінюватися залежно від типу суду. Наприклад, чи потрібна однакова кількість держав для затвердження трибуналу, якщо трибунал є регіональним, на відміну від міжнародного трибуналу?

2.2.3. *Різні типи міжнародних судів*

Хоча апеляційні палати МКС та СССЛ не надали чіткого переліку критеріїв, яким повинен відповідати суд, щоб бути міжнародним, їх рішення ілюструють, що існує багато типів міжнародних судів.

Судді Ебое-Осуджі, Моррісон, Гофманські та Босса заявили у своїй спільній думці, що «колективна суверенна воля держав-учасниць» є джерелом юрисдикції суду та «основним елементом його характеру як міжнародного суду».³⁵ Вони зазначають, що держави, які надають створюють суд, можуть виражати свою колективну суверенну волю різними способами:

«Безпосередньо або через легітимне виконання мандату міжнародним органом (таким як Рада Безпеки) або міжнародним

³⁴ МКС, Апеляційна палата, *Прокурор проти Омара Хасана Ахмада Аль-Башира* (див. пункт 21), спільна думка суддів Ебое-Осуджі, Моррісона, Гофманського та Босса, пункт 56.

³⁵ МКС, Апеляційна палата, *Прокурор проти Омара Хасана Ахмада Аль-Башира* (див. пункт 21), спільна думка суддів Ебое-Осуджі, Моррісона, Гофманського та Босса, пункт 58.

функціонером (таким як Генеральний секретар ООН, якщо він належним чином уповноважений створювати суд)».³⁶

Апеляційна палата СССЛ значною мірою спиралася на існування резолюції Ради Безпеки ООН, щоб обґрунтувати, що СССЛ є міжнародним судом. СССЛ не був створений резолюцією Ради Безпеки ООН. Однак Рада Безпеки ООН у резолюції 1315 (2000) рекомендувала Генеральному секретарю ООН провести переговори про укладення угоди з урядом Сьєрра-Леоне про створення незалежного спеціального суду. Апеляційна палата СССЛ підкреслила, що Рада Безпеки ООН закликала до створення трибуналу і що Рада безпеки діє від імені всіх членів ООН при виконанні своїх обов'язків у межах своєї відповідальності з підтримання міжнародного миру та безпеки.³⁷ Таким чином, Апеляційна палата СССЛ дійшла висновку, що угода, яка була санкціонована Радою Безпеки ООН і послужила основою для СССЛ, була «угодою між усіма членами ООН та Сьєрра-Леоне» (підкреслено в оригіналі). Він зазначив, що «спеціальний суд, створений за таких обставин, є справді міжнародним».

Однак резолюція Ради Безпеки ООН не є необхідною для того, щоб суд був міжнародним. Апеляційна палата МКС точно не вказала, що для того, щоб персональний (особистий) імунітет не застосовувався під час кримінального розгляду в МКС, потрібна резолюція Ради Безпеки ООН. Натомість, як обговорювалося вище на сторінках 9-9, Апеляційна палата МКС встановила, що не існує звичаєвої норми міжнародного права, відповідно до якої глава держави мав би персональний (особистий) імунітет перед міжнародним судом. На думку суддів Ебое-Осуджі, Моррісона, Гофманського та Босса, резолюція Ради Безпеки ООН – це лише один із способів, за допомогою якого повноважні держави можуть висловити свою колективну волю.

Судді Ебое-Осуджі, Моррісон, Гофманські та Босса також визначили певні елементи, які не скасовують «міжнародного» характеру суду.³⁸

³⁶ МКС, Апеляційна палата, *Прокурор проти Омара Хасана Ахмада Аль-Башира* (див. пункт 21), спільна думка суддів Ебое-Осуджі, Моррісона, Гофманського та Босса, пункт 58.

³⁷ СССЛ, Апеляційна палата, *Прокурор проти Чарльза Тейлора* (див. пункт 21), параграф 38.

³⁸ МКС, Апеляційна палата, *Прокурор проти Омара Хасана Ахмада Аль-Башира* (див. пункт 21), спільна думка суддів Ебое-Осуджі, Моррісона, Гофманського та Босса, пункт 57.

Міжнародний суд може бути регіональним або універсальним за орієнтацією; спеціальним або постійним за тривалістю; застосовувати цивільне, кримінальне або обидва види права; і застосовувати міжнародне публічне право, міжнародне приватне право, національне право або будь-яку їх комбінацію. Судді прямо підкреслили, що міжнародний суд може застосовувати національне законодавство: «міжнародний суд не втрачає свого характеру як такого тільки тому, що його робота вимагає застосування національного законодавства однієї або декількох держав».³⁹

2.3. Персональний (особистий) імунітет перед Спеціальним трибуналом

Після обговорення того, що таке міжнародний суд, ми можемо розглянути специфіку Спеціального трибуналу та чи може цей Спеціальний трибунал прирівнюватись до міжнародного суду чи трибуналу, до якого не застосовується персональний (особистий) імунітет.

Першому критерію легко відповісти, а саме, що спеціальний трибунал повинен діяти від імені міжнародного співтовариства в цілому, відповідно до апеляційних палат МКС — або реалізовувати міжнародний мандат, висловлюючись словами Апеляційної палати СССЛ. Злочин агресії є міжнародним злочином, одним з найтяжчих злочинів, що викликають занепокоєння міжнародної спільноти. Тому судове переслідування за злочин агресії з метою притягнення до відповідальності за цей злочин і відстоювання основоположних цінностей міжнародного правопорядку, включаючи дотримання заборони на застосування сили, відповідає інтересам міжнародного співтовариства в цілому.

Другий критерій, згідно з яким спеціальний трибунал повинен здійснювати юрисдикцію від імені багатьох держав, викликає більше питань. Спеціальний трибунал не може бути заснований тільки Україною або невеликою групою держав. Якщо це станеться, з'явиться переконливий аргумент на користь того, що Спеціальний трибунал є просто вираженням однієї або декількох окремих суверенних повноважень держав, обов'язково обмежених суверенною владою Росії. У цьому випадку персональний

³⁹ МКС, Апеляційна палата, *Прокурор проти Омара Хасана Ахмада Аль-Башира* (див. пункт 21), спільна думка суддів Ебое-Осуджі, Моррісона, Гофманського та Босса, пункт 57.

(особистий) імунітет продовжуватиме застосовуватися до членів *трийки*. Як зазначалося вище, прецедентне право не встановлює кількість держав, які повинні надати суду міжнародний характер, або не визначає, як повинна бути виражена ця колективна воля. У контексті Спеціального трибуналу акти агресії були здійснені постійним членом Ради Безпеки ООН, що володіє правом вето. Отже, колективна воля міжнародного співтовариства не буде виражена за допомогою резолюції Ради Безпеки ООН, як це було у випадку з СССЛ.

Тепер ми можемо звернутися до різних моделей спеціального трибуналу і розглянути, зокрема, ступінь, в якій кожна модель, ймовірно, буде вважатися «міжнародною».

2.3.1. Модель ГА ООН

Відповідно до Резолюції ГА ООН можуть бути створені два типи трибуналів:

- (a) По-перше, Резолюція ГА ООН могла б вимагати, щоб Генеральний секретар ООН провів переговори з метою укладення угоди з урядом України від імені ООН про створення спеціального трибуналу.⁴⁰ Саме такого плану дій дотримувалася Генеральна Асамблея ООН у резолюції 57/228, яка призвела до створення надзвичайних палат в судах Камбоджі. Спеціальний трибунал буде заснований *в якості* спеціального трибуналу за угодою між ООН і Україною.
- (b) По-друге, Резолюція ГА ООН могла б закликати регіональну організацію, а саме ЄС або Раду Європи, і Україну укласти угоду про створення Спеціального трибуналу. Спеціальний трибунал буде заснований *як* спеціальний трибунал за угодою між Україною та ЄС або РС з мандатом ГА ООН.

Якщо спеціальний трибунал слідує моделі ГА ООН і, таким чином, створений відповідно до Резолюції ГА ООН, він матиме **серйозні основи для статусу міжнародного трибуналу**. Це обґрунтовується не тим, що ГА ООН має конкретні юридичні повноваження щодо створення міжнародного

⁴⁰ Генеральний секретар ООН був би зобов'язаний вести такі переговори відповідно до статті 98 Статуту ООН, в якій вказується, що Генеральний секретар ООН повинен виконувати будь-які функції, покладені на Генерального секретаря ООН Генеральною Асамблеєю.

трибуналу (на відміну від Ради Безпеки ООН), а тим, що ГА ООН, що налічує 193 держави-учасниці ООН, має широкий членський склад. Резолюція, прийнята Генеральною Асамблеєю ООН, свідчила б про те, що багато держав у всьому світі підтримують створення спеціального трибуналу. Це схвалення зміцнило б легітимність Спеціального трибуналу як міжнародного трибуналу, перед яким члени «*трійки*» не користувалися б персональним (особистим) імунітетом. Будь-яка Резолюція ГА ООН, що схвалює створення спеціального трибуналу, повинна містити конкретні формулювання, в яких вказується, що Спеціальний трибунал заснований для забезпечення притягнення до відповідальності осіб, відповідальних за злочини агресії, і що виконавці цих злочинів не будуть користуватися ніяким імунітетом за міжнародним правом у ході цих кримінальних проваджень.

Виникає питання про кількість держав, які повинні були б підтримати резолюцію ГА ООН, що створює Спеціальний трибунал. Стаття 18 Статуту ООН розрізняє «важливі питання» та «інші питання» для голосування в ГА ООН. Рішення з інших питань приймаються більшістю присутніх членів, які беруть участь в голосуванні. Рішення з інших важливих питань приймаються більшістю в дві третини присутніх членів, які беруть участь в голосуванні. Стаття 18 (2) включає, серед іншого, «рекомендації щодо підтримання міжнародного миру та безпеки» до неповного переліку важливих питань. Притягнення до відповідальності за міжнародні злочини може бути частиною підтримки міжнародного миру та безпеки. Якщо це так, то може бути аргумент, згідно з яким будь-яка Резолюція ГА ООН, яка забезпечує створення спеціального трибуналу, повинна прийматися більшістю в дві третини голосів. У будь-якому випадку максимально широка підтримка з боку членів ГА ООН зміцнила б характер спеціального трибуналу як міжнародного трибуналу, на який персональні (особисті) імунітети не поширюються.

Міжнародний характер Спеціального трибуналу впливатиме з широкої кількості членів ГА ООН, які за нього голосуватимуть. Таким чином, незалежно від того, чи було створення Спеціального трибуналу відповідно до Резолюції ГА ООН угодою між ООН і Україною або між Україною і ЄС або РС, це рішення не матиме впливу на до питання про застосування персонального (особистого) імунітету.

2.3.2. Повністю Регіональна модель

За відсутності резолюції ГА ООН, що підтримує Спеціальний трибунал, регіональний трибунал, заснований угодою між Україною, з одного боку, і ЄС і/або РЄ, з іншого боку, може у деякій мірі претендувати на статус міжнародного трибуналу. Спеціальний трибунал, заснований на підставі угоди між Україною та Радою Європи, мав би більше підстав претендувати на статус міжнародного трибуналу, враховуючи широкий членський склад Ради Європи, включаючи нинішнє членство України і колишнє членство Росії у Раді Європи.

Питання про персональний (особистий) імунітет ніколи не виникало у контексті трибуналу щодо міжнародних злочинів, заснованого міжнародною організацією поза системою ООН.⁴¹ Таким чином, немає прецедентів, на які можна посилалися, щоб оцінити, на якій підставі, якщо такі є, регіональний трибунал міг би прирівнюватися до міжнародного суду, здатного не визнавати персональний (особистий) імунітет.

Рада Європи налічує 46 держав-членів. Вона зацікавлена у притягненні до відповідальності за злочин агресії, оскільки Україна є членом Ради Європи, і її цілі включають «підтримку і подальшу реалізацію прав людини і основних свобод» "шляхом обговорення питань, що становлять спільний інтерес, а також угод і спільних дій».⁴² Агресія Росії проти України викликала широке занепокоєння та осуд серед членів Ради Європи.⁴³

⁴¹ Надзвичайні африканські палати у судах Сенегалу були створені відповідно до Угоди між Африканським союзом і Сенегалом для судового переслідування за міжнародні злочини в Чаді. Чад погодився на судовий розгляд проти колишнього президента Хабре і відмовився від імунітету Хабре. Як таке, питання про його імунітет не виникало. Слід зазначити, що оновлена Угода 2018 року Про врегулювання конфлікту в Республіці Південний Судан зобов'язала комісію Африканського союзу створити Змішаний суд для Південного Судану (ЗСПС) і уточнила, що імунітети не будуть застосовуватися в ЗСПС. Угода досі не виконана.

⁴² Стаття 1 (b) Статуту Ради Європи.

⁴³ Наприклад, рішення Комітету міністрів Ради Європи від 15 вересня 2022 року про «Наслідки агресії Російської Федерації проти України», в якому підкреслюється нагальна необхідність забезпечення всеосяжної системи відповідальності за серйозні порушення міжнародного права.

Враховуючи широкий членський склад, одностайне схвалення⁴⁴ Радою Європи створення Спеціального трибуналу підтвердило б твердження про те, що Трибунал діє не тільки в інтересах України, а й в інтересах цілого регіону, постраждалого від актів агресії Росії в Україні. Це підкріпило б твердження про те, що Спеціальний трибунал є міжнародним трибуналом, перед яким члени «*трійки*» не будуть користуватися персональним (особистим) імунітетом.

Доктрина «особливо постраждалих держав» може також свідчити про те, що в Європі склався регіональний звичай на користь судового переслідування за злочин агресії.⁴⁵ Можна було б посилатися на створення Міжнародного військового трибуналу в Нюрнберзі, Німеччина, після Другої світової війни та на той факт, що більшість держав, які криміналізують агресію у своєму національному законодавстві та/або ратифікували Кампальські поправки до Статуту МКС про злочин агресії, є членами Ради Європи. Однак аргумент про те, що в Європі існує особливий звичай, обов'язковий для Росії, на користь дозволу судового переслідування високопосадовців за злочин агресії, які в іншому випадку користувалися б персональним (особистим) імунітетом, безумовно, був би спірним.⁴⁶

Європейський союз має менший членський склад - 27 держав-учасниць. ЄС у цілому може бути особливо зацікавлений у судовому переслідуванні за злочини агресії, вчинені в Україні, у тому числі тому, що Україна є кандидатом на вступ до ЄС. Як обговорювалося у контексті РЄ, не існує

⁴⁴ Стаття 15 Статуту РЄ передбачає, що Комітет міністрів РЄ може рекомендувати державам-членам РЄ прийняти спільну політику щодо створення трибуналу за агресію. Голосування має бути одноголосним відповідно до статті 20.

⁴⁵ Доктрина «особливо постраждалі держави» була сформульована в рішенні Міжнародного суду по континентальному шельфу *Північного моря (Федеративна Республіка Німеччина/Нідерланди)* від 20 лютого 1969 року, пункт 74.

⁴⁶ Необхідно було б встановити як те, що існує загальна практика між усіма зацікавленими державами (включаючи Росію), так і те, що це загальне правило приймається всіма цими державами (знову включно з Росією) як закон між собою, див. проект висновку 16(2) щодо ідентифікації звичаєвого міжнародного права, текст проекту висновків, ухвалений редакційним комітетом у другому читанні, 17 травня 2018 р., A/CN.4/L.908 (70-та сесія КМП (2018)). Міжнародний суд ООН також підкреслив у справі «*Захист*» (*Колумбія проти Перу*), рішення від 20 листопада 1950 р., с. 276, що сторона, яка спирається на регіональний звичай, «повинна довести, що цей звичай встановлений таким чином, що він став обов'язковим для іншої сторони».

прецедентного права про застосовність імунітетів до трибуналів, заснованих міжнародною організацією за межами ООН, і доктрини «особливо постраждалих держав» для виправдання створення ЄС трибуналу за агресію. Проте можна стверджувати, що 27 держав є надто малою групою держав, щоб надати мандат міжнародному трибуналу, де персональний (особистий) імунітет не застосовуватиметься.

2.3.3. Багатостороння модель

Спеціальний трибунал, створений угодою між Україною та іншими державами, **ймовірно, мав би претендувати** на статус міжнародного трибуналу, **якби його підтримали лише кілька держав.**

Якби Спеціальний трибунал було створено відповідно до договору, підписаного **Україною та невеликою кількістю держав**, можна було б вважати, що Трибунал діє від імені цієї конкретної групи держав. Як зазначалося вище, апеляційна палата МКС підкреслила, що міжнародні суди «діють не від імені конкретної держави або держав», а «діють від імені міжнародної спільноти в цілому». ⁴⁷ Україна і держави-учасниці могли б стверджувати, що вони діють від імені міжнародного співтовариства, оскільки судове переслідування за злочин агресії відповідає основоположним принципам, закріпленим у Статуті ООН, зокрема забороні застосування сили. КМП визначила заборону агресії як імперативну норму загального міжнародного права (*jus cogens* (лат - імперативна норма)), яка приймається і визнається міжнародним співтовариством держав у цілому. ⁴⁸ Проте, якщо вважається, що Спеціальний трибунал діє від імені лише невеликої групи держав, може здатися, що Трибунал лише висловлює інтереси та суверенну владу цих держав. Якщо це так, то він, швидше за все, не буде представляти собою міжнародний трибунал, що діє від імені міжнародного співтовариства, і персональні (особисті) імунітети будуть як і раніше перешкоджати судовому переслідуванню членів *трійки*.

Якби спеціальний трибунал був заснований відповідно до договору, підписаного **Україною та багатьма державами**, можна було б

⁴⁷ МКС, Апеляційна палата, *Прокурор проти Омара Хасана Ахмада Аль-Башира* (див. пункт 21), параграф 115.

⁴⁸ КМП, імперативні норми загального міжнародного права (*jus cogens*), Тексти проектів висновків та Додатки, прийняті редакційним комітетом у другому читанні, Додаток (а).

стверджувати, що, подібно до вищезгаданої моделі ГА ООН, схвалення спеціального трибуналу багатьма державами показує, що спеціальний трибунал має міжнародний мандат діяти від імені міжнародного співтовариства і що він не просто виражає суверенні інтереси кількох держав. Залишається той факт, що, як раніше зазначалося на сторінках 11 і 16 вище, прецедентне право не визначає, скільки держав необхідно представити, щоб діяти від імені міжнародного співтовариства в цілому, а не від імені конкретної групи держав. Тому питання про те, скільки держав має ратифікувати договір про створення спеціального трибуналу, щоб він вважався Міжнародним трибуналом, є спірним.

Спеціальний трибунал отримав би більше політичної легітимності, якби він був схвалений Генеральною Асамблеєю ООН, ніж якби він був заснований поза системою ООН, і якщо б він був схвалений значною частиною і географічно різноманітним групами членів Генеральної Асамблеї ООН.

2.3.4. Інтернаціоналізована модель

Спеціальний трибунал, створений як український інтернаціоналізований суд (суд з міжнародним елементом) без значної участі міжнародної спільноти, ймовірно, представлятиме найслабшу заявку на статус міжнародного трибуналу залежно від чіткого формату та характеру Спеціального трибуналу.

Існує багато невизначеностей щодо того, які особливості мав би Спеціальний трибунал, який би діяв як український інтернаціоналізований суд (суд з міжнародним елементом). Його склад може сильно варіюватися, але, швидше за все, до нього увійдуть українські та міжнародні співробітники, включаючи міжнародних суддів і прокурорів. Його фінансування, принаймні частково, буде здійснюватися з міжнародних джерел. Його дислокація може бути в Україні або бути змінена тимчасово або постійно в залежності від ситуації в частині безпеки. Його процесуальне та матеріальне право може бути внутрішнім, міжнародним або поєднувати обидва. У прецедентному праві не обговорюється питання про те, чи може такий міжнародний елемент у трибуналі вплинути на його міжнародний характер. Єдиною підказкою з цього питання є спільна думка суддів Ебое-Осуджі, Моррісона, Хофманські і Босса на рішення Апеляційної палати МКС, в якому конкретно наголошується, що міжнародний суд не втрачає

свого характеру, оскільки він застосовує внутрішнє законодавство однієї або декількох держав.⁴⁹

Якщо спеціальний трибунал не буде схвалений Генеральною Асамблеєю ООН, регіональною установою, такою як Рада Європи чи ЄС, або багатьма державами, спеціальний трибунал не буде міжнародним за своїм характером. Натомість Спеціальний трибунал буде реалізовувати національну юрисдикцію. Це було б виявом суверенної влади України, а персональний (особистий) імунітет продовжував би поширюватися на членів *трийки*. Це узгоджується з рішенням Апеляційної палати СССЛ, яка встановила, як обговорювалося на сторінках 14 і 14, що той факт, що СССЛ не був національним судом або частиною судової системи Сьєрра-Леоне, мав значення при визначенні того, що СССЛ був міжнародним трибуналом.

Були висунуті деякі аргументи на користь того, що Україна може відмовити в імунітетах, посилаючись на принцип права на самооборону,⁵⁰ відповідно до міжнародного гуманітарного права⁵¹ або в якості контрзаходу.⁵² Однак ці аргументи є неперевіреними та суперечливими. Передбачувана відмова у персональному (особистому) імунітеті не буде впливати з міжнародного характеру спеціального трибуналу.

⁴⁹ МКС, Апеляційна палата, *Прокурор проти Омара Хасана Ахмада Аль-Башира* (див. пункт 21), спільна думка суддів Ебое-Осуджі, Моррісона, Гофманського та Босса, пункт 57.

⁵⁰ Наприклад, Чатем Хаус, записи презентації експертної декларації про «Кримінальний трибунал за агресію в Україні», 4 березня 2022 року, <https://www.youtube.com/watch?v=XdHGf50fCCk>, доповідач Професор Д. Аканде, о 41: 20.

⁵¹ Наприклад, Т. Данненбаум, «Механізми кримінального переслідування агресії Росії проти України», *Just Security*, 10 березня 2022 р., <https://www.justsecurity.org/80626/mechanisms-for-criminal-prosecution-of-russias-aggression-against-ukraine/>.

⁵² Наприклад, А. Мойсеєнко, «Russian Assets, Accountability for Ukraine, and a Plea for Short-Term Thinking (Російські активи, відповідальність за Україну та заклик до короткострокового мислення)», *EJIL: Talk*, 5 березня 2022 р., <https://www.ejiltalk.org/russian-assets-accountability-for-ukraine-and-a-plea-for-short-term-thinking/>.

2.3.5. Суд, який згодом стане міжнародним

Варто зазначити, що, як обговорювалося на сторінці 8 вище, держава має право розслідувати злочини агресії, ймовірно вчинені чиновниками іноземної держави, які користуються персональним (особистим) імунітетом. Персональний (особистий) імунітет не перешкоджає проведенню розслідувань. Натомість це не дозволяє державі вживати примусових заходів, таких як висування обвинувачення чи повістки до суду, щодо цих іноземних чиновників. Таким чином, Спеціальний трибунал, який створюється відповідно до **Повністю регіональної моделі, Багатосторонньої моделі або Інтернаціоналізованої моделі** та не є міжнародним трибуналом, міг би ініціювати розслідування щодо членів *трійки*. Якщо згодом він буде схвалений Генеральною Асамблеєю ООН або іншим чином пізніше стане міжнародним трибуналом, Спеціальний трибунал може потім висунути кримінальні звинувачення і порушити кримінальну справу проти обвинувачених членів *"трійки"*.

3. Функціональний імунітет

У цьому розділі розглядається застосування функціонального імунітету або імунітету *ratione materiae* (лат. - "зважаючи на обставини"). У ньому, в свою чергу, досліджується сфера дії цього імунітету, який заснований на поведінці, від іноземної кримінальної юрисдикції і питання про те, чи існує виняток для міжнародних злочинів, у тому числі для злочину агресії. Нарешті, він аналізує, як функціональний імунітет застосовуватиметься до різних моделей Спеціального трибуналу.

3.1. Імунітет за офіційні дії

Функціональний імунітет — це **вид імунітету, заснований на поведінці**, на відміну від персонального (особистого) імунітету, який, як було показано вище, є типом недоторканості, заснованої на статусі. Функціональний імунітет поширюється на **дії, вчинені в офіційній якості**.⁵³ Таким чином, широке коло посадових осіб у принципі можуть користуватися функціональним імунітетом. За визначенням, агресія є злочином, який вчиняється керівництвом держави, відповідно до Римського Статуту. Тільки вузьке коло посадових осіб, крім «трійки», які є членами політичного і військового керівництва Росії, може нести відповідальність за злочини агресії.⁵⁴ Росія може стверджувати, що функціональний імунітет перешкоджає їх судовому переслідуванню.

Колишні члени «трійки» більше не користуються персональним (особистим) імунітетом після того, як вони залишають свою посаду, але зазвичай користуються функціональним імунітетом за дії, вчинені в їх офіційній якості. На відміну від персонального (особистого) імунітету, **функціональний імунітет є безперервним**; його дія не припиняється після звільнення посадової особи з посади.⁵⁵

⁵³ Проект статті 6 (1) КМП про Імунітет державних службовців від іноземної кримінальної юрисдикції (Див. п. 5).

⁵⁴ Стаття 8 біс (1) Статуту Міжнародного кримінального суду обмежує вчинення злочину агресії тими, хто в змозі «ефективно здійснювати контроль над політичними або військовими діями держави або направляти їх».

⁵⁵ Проект статті 6 (2) та (3) КМП про Імунітет державних службовців від іноземної кримінальної юрисдикції (див. п. 5).

3.2. Виняток для міжнародних злочинів

Нюрнберзький трибунал встановив принцип, згідно з яким **посадове становище особи не звільняє його від індивідуальної кримінальної відповідальності** за міжнародні злочини, у тому числі за злочини проти миру, що передують злочину агресії.⁵⁶ Національні суди з часів Другої світової війни відмовляли у функціональному імунітеті посадовим особам, звинуваченим у міжнародних злочинах, у тому числі у злочині агресії.⁵⁷ Відповідно, члени політичного і військового керівництва Російської Федерації не будуть користуватися функціональним імунітетом під час кримінального переслідування за злочин агресії.

Однак існування цього виключення з функціонального імунітету щодо міжнародних злочинів, і зокрема злочину агресії, не є однозначним. КМП у своєму проекті статті 7 про імунітет державних службовців від іноземного кримінального переслідування прийняла позицію, згідно з якою функціональний імунітет не перешкоджає реалізовувати іноземну кримінальну юрисдикцію щодо тільки певних міжнародних злочинів.⁵⁸ Злочин агресії не був включений до цього списку міжнародних злочинів.

⁵⁶ Стаття 7 Статуту Міжнародного військового трибуналу передбачала, що «офіційне становище обвинувачених, будь то глави держав або відповідальні посадові особи в урядових відомствах, не повинно розглядатися як таке, що звільняє їх від відповідальності»; Стаття 7 була кодифікована в Принципі III Принципів міжнародного права, визнаних у Статуті Міжнародного військового трибуналу в Нюрнберзі, 1950 р., і в рішеннях Трибуналу, див., зокрема, щодо *Герінга та інших* (1946), 13 ILR 203, с. 221: «Принцип міжнародного права, який за певних обставин захищає представників держави, не може бути застосований до дій, які засуджуються міжнародним правом як злочинні. Автори цих діянь не можуть прикриватися своїм службовим становищем, щоб бути звільненими від покарання в ході відповідного розгляду».

⁵⁷ Огляд національних судових переслідувань, включаючи злочин агресії, див. у підготовчій комісії для МКС, «Historical review of developments relating to aggression (Історичний огляд подій, пов'язаних з агресією)», Документ ООН. PCNICC / 2002 / WGCA / L. 1, 24 січня 2002 року. Детальніше див. Н. Страпатас «Complementarity & Aggression: A Ticking Time Bomb? (Комплементарність та агресія: Бомба уповільненої дії?)» у К. Стана та Х. ван ден Херіка (ред.), *Майбутні перспективи міжнародного кримінального правосуддя* (Т. М. С. Asser Press, 2010), с. 454.

⁵⁸ Проект статті 67 КМП про Імунітет державних службовців від іноземної кримінальної юрисдикції (Див. п. 5).

КМП розійшлась у позиціях з цього питання. КМП, яка зазвичай працює на основі консенсусу, як виняток провела голосування за Проектом Статті 7. Це було вперше за 69-річну історію КМП.⁵⁹ Кілька членів КМП, яким не вистачило більшості, висловили співчуття з приводу виключення злочину агресії зі списку, але пояснили, що включення злочину агресії створило б ризик неприйняття Проекту Статті 7. Деякі ставлять під сумнів логіку розрізнення злочину агресії та інших міжнародних злочинів.⁶⁰

3.3. Функціональний імунітет перед спеціальним трибуналом

Беручи до уваги цю передумову існування виключення з функціонального імунітету за злочин агресії, ми можемо розглянути застосовність функціонального імунітету до різних моделей Спеціального трибуналу.

Судове переслідування членів політичного і військового керівництва Російської Федерації, які не є членами *трийки*, за злочини агресії у Спеціальному трибуналі, створеному відповідно до **Багатосторонньої моделі** або **Інтернаціоналізованої моделі**, підтвердило б, що виключення з функціонального імунітету поширюється на злочин агресії. Як аналізувалось вище на сторінках 17-21, Спеціальний трибунал, створений за будь-якою моделлю, не обов'язково може становити міжнародний трибунал.

Оскільки існування виключення з функціонального імунітету за злочин агресії було поставлено під сумнів, у тому числі в КМП, судове переслідування членів політичного і військового керівництва Російської Федерації у спеціальному трибуналі, який прирівнюється до міжнародного трибуналу за **моделлю ГА ООН** або **Повністю регіональної моделі**, як досліджується на сторінках 17-21, може зіткнутися з меншою кількістю

⁵⁹ Див. внесене до Звіту про засідання голосування, доповідь Комісії ООН з міжнародного права про роботу її шістдесят дев'ятої сесії, 1 травня – 2 червня та 3 липня – 4 серпня 2017 року, пункт 74.

⁶⁰ Консультативний Комітет з питань міжнародного публічного права Нідерландів, «Challenges in prosecuting the crime of aggression: jurisdiction and immunities (Проблеми судового переслідування за злочин агресії: юрисдикція та імунітети)», Консультативна Доповідь, № 40, вересень 2022, с. 12, <https://www.advisorycommitteeinternationallaw.nl/publications/advisory-reports/2022/09/12/challenges-in-prosecuting-the-crime-of-aggression-jurisdiction-and-immunities>.

проблем. Аргументи Апеляційної палати МКС щодо персонального (особистого) імунітету, викладені на сторінці 9, також стосуються функціонального імунітету: функціональний імунітет не застосовується у міжнародних судах, оскільки міжнародні суди мають особливий характер і не обмежуються принципом *par in parem*. Міжнародний суд ООН також зазначив у справі про *Ордер на арешт*, що переслідування колишнього міністра закордонних справ, який, таким чином, більше не має персонального (особистого) імунітету, а лише функціонального імунітету, було б можливим «у певних міжнародних судах, які мають юрисдикцію».⁶¹ Таким чином, **функціональний імунітет не буде перешкодою для судового переслідування за злочин агресії у міжнародному трибуналі.**

⁶¹ Міжнародний суд ООН, *Ордер на арешт* (див. пункт 5), пункт 61. Міжнародний кримінальний суд постановив, що державний чиновник, який був чинним Міністром національної оборони і раніше обіймав посади спеціального представника президента і міністра внутрішніх справ, не користувався функціональним імунітетом відповідно до статті 27 статуту МКС, *Прокурор проти Абдель Рахім Мухаммад Хусейн*, Палата попереднього провадження, рішення за заявою обвинувачення відповідно до статті 58 від 1 березня 2012 року, пункт 8.