



Institut
für Ostrecht

Institute for East European Law

Gefördert durch:



Deutsche
Stiftung
Friedensforschung
german foundation for peace research

GEFÖRDERT VOM



Bundesministerium
für Bildung
und Forschung

Pilotprojekt:

„Restorative Justice‘ in der Ukraine:

Die (fehlende) Aufarbeitung des Sowjetunrechts von 1991 bis heute“

Пілотний проект:

„«Відновне (реабілітаційне) правосуддя» в Україні: (відсутність) дослідження радянської несправедливості з 1991 року до сьогодні“

Pilot Project:

„Restorative Justice in Ukraine:

(Not) Coping with Soviet State Crimes from 1991 until Today“

Working Paper Nr. 2 A / Публікація матеріалів № 2 A

Роберт Ирпманн-Вітцак

**Відновне та перехідне правосуддя
в міжнародному праві**

(Restorative and Transnational Justice
in International Law)

Травень 2024 р.

Зміст:

I. Вступ

II. Загальнотеоретичні основи

1. Відновне та перехідне правосуддя
2. Погляд з точки зору міжнародного права
 - а) Роль міжнародних інституцій
 - б) Права людини як правова основа для відновного та перехідного правосуддя

III. Елементи перехідного правосуддя

IV. Кримінальне право

1. Межі кримінального правосуддя перехідного періоду
 - а) Nulla poena sine lege
 - б) Строки давності
 - в) Амністія
2. Відшкодування потерпілим

V. Альтернативи кримінальному правосуддю

VI. Державний імунітет та проблеми міждержавного відновного правосуддя

VII. Висновок

Інформація про автора

I. Вступ

Міжнародні інституції та вчені-міжнародники частіше говорять про перехідне, аніж про відновне правосуддя. Ця публікація має на меті дослідити взаємозв'язок між двома концепціями (II.1), а також зрозуміти, як міжнародне публічне право сприяє трансформаційному та відновному правосуддю (II.2). У ній здійснено спробу систематизації елементів трансформаційного правосуддя, які можна віднести до пошуку правди, кримінального правосуддя, відшкодувань шкоди та гарантій щодо неповторення злочинів (III). У наступних розділах висвітлюються особливості кримінального правосуддя, включаючи відшкодування, призначені Міжнародним кримінальним судом (IV), комісії з правди та примирення та інші альтернативи кримінальному правосуддю (V), а також проблеми міждержавного відновного правосуддя (VI). Документ завершується коротким висновком (VII).

II. Загальнотеоретичні основи

1. Відновне та перехідне правосуддя

Ідея відновного правосуддя походить з кримінального правосуддя і була сформована в 1960-х роках як альтернатива каральному правосуддю.¹ У той час як традиційне кримінальне правосуддя зосереджується на злочинцеві та покаранні, відновне правосуддя поширює фокус своєї уваги на заподіяну шкоду та жертву. Таким чином, відновне правосуддя спрямоване на примирення та реінтеграцію правопорушника в суспільство.² Воно орієнтоване на майбутнє.³

У міжнародному праві переважає поняття правосуддя перехідного періоду. Генеральний секретар ООН описує правосуддя перехідного періоду «широким спектром процесів та механізмів, націлених на подолання суспільством наслідків масштабних зловживань минулого, задля встановлення відповідальності, забезпечення законності та досягнення примирення».⁴

¹ Див. Pietro Sullo, Restorative Justice, paras 1 f., in: Anne Peters and Rüdiger Wolfrum (eds.), Max Planck Encyclopaedia of International Law (MPEIL; останнє оновлення 2016), <https://doi.org/10.1093/law:epil/9780199231690/e2120> (yci посилання станом на 6 травня 2024).

² Louise Mallinder, Amnesties in the Pursuit of Reconciliation, Peacebuilding and Restorative Justice, in: Jennifer J. Llewellyn and Daniel Philpott (eds.), Restorative Justice, Reconciliation, and Peacebuilding, 2014, pp. 138 (145); див. також United Nations Office on Drugs and Crime, Handbook on Restorative Justice Programmes, 2nd edition 2020, pp. 4 f.

³ Sullo (прим. 1), параграф. 7.

⁴ United Nations, The rule of law and transitional justice in conflict and post-conflict societies, Report of the Secretary-General, S/2004/616, para 8; United Nations, Transitional Justice – A Strategic Tool for People, Prevention and Peace,

Перехідне правосуддя працює з випадками фундаментальних суспільних перетворень, чи то після падіння авторитарних режимів, чи в постконфліктних ситуаціях.⁵

Аня Зайберт-Фор згадує випадки «масових порушень прав людини та гуманітарних зловживань у минулому».⁶ Як і відновне правосуддя, перехідне правосуддя орієнтується на майбутнє. Воно звертається до минулого з метою примирення, стабілізації та зміцнення суспільства. Таким чином, перехідне правосуддя формує те, що німці називають «Vergangenheitsbewältigung», тобто примирення з минулим.⁷ Концепції відновного правосуддя в буквальному розумінні та правосуддя перехідного періоду перетинаються, зокрема, коли йдеться про злочини, скоєні під час громадянської війни або в період минулого авторитарного режиму. Однак сфера застосування перехідного правосуддя є одночасно і більш обмеженою, і більш широкою, ніж сфера застосування відновного правосуддя в буквальному розумінні. Фактично, воно обмежується післявоєнними станами та зміною режимів, не обмежуючись при цьому розглядом окремих злочинів. Це перспективна діяльність з державотворення, спрямована на оздоровлення суспільства та забезпечення сталого миру та примирення.⁸

В Україні спостерігалася подвійна трансформація, що вимагала правосуддя перехідного періоду: перехід від комуністичного, авторитарного режиму до ліберальної демократії був поєднаний зі здобуттям незалежності від колишнього СРСР. Тоді як панування СРСР над Україною в часи Холодної війни⁹ не сприймалося проявом колоніалізму, то сьогодні здобуття незалежності від Росії може сприйматися саме як постколоніальна ситуація. Однак ситуація ускладнюється ще й тим, що на перехідний період накладається нинішній збройний конфлікт між Україною та колишньою де-факто колоніальною державою, яка вчиняє воєнні та інші тяжкі міжнародні злочини, а також ставить під загрозу існування української держави в цілому. Тому, застосування підходів, розроблених для врегулювання післявоєнних станів, може виявитися непростим завданням.

Guidance Note of the Secretary-General, 2023, p. 2, <https://www.ohchr.org/en/documents/tools-and-resources/guidance-note-secretary-general-transitional-justice-strategic-tool>.

⁵ Див. Anja Seibert-Fohr, *Transitional Justice in Post-Conflict Situations*, para. 1, in: MPEPIL (прим. 1; останнє оновлення 2019), <https://doi.org/10.1093/law:epil/9780199231690/e419>.

⁶ Seibert-Fohr (прим. 5), para. 1.

⁷ Див. наприкл. статті Акселя Бормана (Axel Bormann) та Мартіна Льоніґа (Martin Löhnig) для конференції Інституту Східноєвропейського права щодо Відновного правосуддя в Україні.

⁸ Див. Ruti G. Teitel, *Globalizing Transitional Justice*, 2014, p. 55.

⁹ Див. Marc Weller, *Settling Self-Determination Conflicts: Recent Developments*, *European Journal of International Law* 20 (2009), pp. 111 (112 f.).

Коротше кажучи, концепції відновного та трансформаційного правосуддя частково збігаються, і обидва поняття певною мірою можуть вживатися як синоніми. Оскільки ця публікація розглядає перспективу саме міжнародного права, поняття «трансформаційного правосуддя» переважатиме.

2. Погляд з точки зору міжнародного права

Відновне та перехідне правосуддя – це, насамперед, тема для окремих держав, таких як Україна. Зважаючи на те, що багато суспільств стикалися з проблемами правосуддя перехідного періоду, варто порівняти різні підходи та визначити найкращі практики і єдині стандарти щодо правосуддя перехідного періоду.

Цим і займається порівняльне правознавство. Герберт Кюппер звертається до нього у своєму дослідженні, присвяченому правосуддю перехідного періоду в постсоціалістичних державах.¹⁰

а) Роль міжнародних інституцій

Міжнародне право вступає в дію, щойно міжнародні інституції розпочинають підтримувати перехідне правосуддя в конкретних державах. По суті, і Організація Об'єднаних Націй, і Рада Європи задіяні в процесах правосуддя перехідного періоду. З цією метою вони взяли на себе провідну роль у визначенні найкращих практик і загальних стандартів. На універсальному рівні Організація Об'єднаних Націй запровадила такі стандарти, як «Основні принципи і керівні положення, щодо права на правовий захист і відшкодування збитків»¹¹, та «Принципи щодо боротьби з безкарністю»¹² У складі Ради Європи, наприклад, Європейська комісія за демократію через право, так звана Венеційська комісія, регулярно надавала коментарі щодо національних законодавчих проектів у сфері правосуддя перехідного періоду, таких як український закон «Про очищення влади (Люстрацію)».¹³

¹⁰ Herbert Küpper, *Coping Legally with the Injustice of Former Socialist Regimes: a Comparative Overview*, Pilot Project: 'Restorative Justice' in Ukraine, Working Paper No. 1, 2024, <https://nachkriegsukraine.de/wp-content/uploads/2024/04/Working-Paper-Nr-1.pdf>.

¹¹ United Nations, General Assembly, *Basic Principles and Guidelines on the Right to a Remedy and Reparation for Victims of Gross Violations of International Human Rights Law and Serious Violations of International Humanitarian Law*, Resolution of 16 December 2005, A/RES/60/147.

¹² United Nations, Economic and Social Council, *Updated Set of principles for the protection and promotion of human rights through action to combat impunity (Principles to Combat Impunity)*, 2005, E/CN.4/2005/102/Add.1.

¹³ Див., наприкл., Council of Europe, Venice Commission, *Final Opinion on the Law on Government Cleansing (Lustration Law) of Ukraine as would result from the amendments submitted to the Verkhovna Rada on 21 April 2015*,

Однак слід пам'ятати, що кожна зміна режиму і кожна постконфліктна ситуація мають свої особливості. Рішення повинні бути адаптовані до конкретних культурних та історичних умов у конкретній країні і в конкретний час.¹⁴ Наприклад, континентально-європейські та посткомуністичні суспільства сформовані більшою мірою під впливом статутного права, ніж традиційні суспільства. Тому комісії правди і примирення, які успішно працювали в Латинській Америці, не завжди є найкращим рішенням для України. Натомість, рішення, які були успішно реалізовані в країнах Центральної та Східної Європи, з більшою вірогідністю підійдуть для України.

За відсутності відповідних національних інституцій забезпечення правосуддя перехідного періоду може бути доручено міжнародним органам. Такими органами є міжнародні кримінальні суди та трибунали. На початку 1990-х років Рада Безпеки ООН була заклопотана війнами в країнах колишньої Югославії намагаючись «відновити міжнародний мир та безпеку» у відповідності зі статтею 39 Статуту ООН. Здавалося, що сталого миру і безпеки на Балканах не вдасться досягти без перехідного правосуддя.¹⁵ Тому, Радою Безпеки було створено Міжнародний трибунал щодо колишньої Югославії (МТКЮ) відповідно до Розділу VII Статуту ООН з метою притягнення до відповідальності осіб, винних у скоєнні воєнних злочинів, злочинів проти людяності та геноциду. Відповідно до преамбули Резолюції 827 (1993), Рада Безпеки вважала, що Трибунал «сприятиме запобіганню подібних злочинів та забезпечить ефективне відшкодування завданої шкоди». У тому ж дусі через рік у 1994 році Радою Безпеки було створено Міжнародний кримінальний трибунал щодо Руанди, після чого міжнародне співтовариство створило Міжнародний кримінальний суд (МКС) в якості постійного трибуналу, ухваливши Римський статут у 1998 році. Згідно з преамбулою, Римський статут ґрунтується на припущенні, що «припинення безкарності осіб, які вчиняють найтяжчі злочини», сприяє «запобіганню таким злочинам».

CDL-AD(2015)012; див. також the Opinion on the Draft Law “on the Principles of State Policy of the Transition Period”, CDL-AD(2021)038.

¹⁴ Див. також Guidance Note of the Secretary-General (прим. 4), р. 6 f.

¹⁵ Щодо основної концепції миру див. Mallinder (прим. 2), р. 142 ff.

б) Права людини як правова основа для відновного та перехідного правосуддя

Зрештою, міжнародне право встановлює рамки для впровадження відновного та перехідного правосуддя. Це особливо характерно для Європейської конвенції з прав людини.¹⁶ Права людини можуть як сприяти створенню механізмів правосуддя перехідного періоду, так і обмежувати можливості держави у здійсненні правосуддя перехідного періоду.

Згідно з усталеною практикою Європейського суду з прав людини (ЄСПЛ), грубі порушення прав людини мають бути криміналізовані, розслідувані та переслідувані в судовому порядку. Відповідні позитивні зобов'язання впливають, зокрема, з права на життя (стаття 2 ЄКПЛ) і заборони катувань, нелюдського та такого, що принижує гідність, поводження (стаття 3 ЄКПЛ).¹⁷ Сфера застосування цього прецедентного права в умовах правосуддя перехідного періоду обмежена, зокрема, тим, що Конвенція не має зворотної дії в часі. Фактично, Конвенція не поширюється на події, що сталися до набуття нею чинності. Україна приєдналася до ЄСПЛ у 1997 році, тобто після падіння комуністичного режиму та здобуття незалежності.¹⁸ Тому, ЄСПЛ не зобов'язує Україну переслідувати злочини, які були скоєні в минулому. Тим не менш, встановлення правди про комуністичне минуле захищене правом на вільне вираження поглядів. Як правило, стаття 10 ЄКПЛ зобов'язує державу не обмежувати доступ до інформації та суспільного дискурсу щодо того, що сталося.¹⁹

Хоча ЄКПЛ не поширюється на злочини, скоєні на території колишнього СРСР, будь-які кроки перехідного правосуддя, вжиті після 1997 року, повинні відповідати гарантіям ЄКПЛ.²⁰ Кримінальні провадження повинні супроводжуватися процесуальними гарантіями, передбаченими статтею 6 ЄКПЛ, та дотримуватися принципу *nulla poena sine lege*, передбаченого статтею 7 ЄКПЛ.²¹ Повернення майна, конфіскованого за часів комуністичного режиму, має відбуватися з дотриманням статті 1 Додаткового протоколу № 1 до ЄКПЛ, якщо це майно знаходиться у власності приватної особи. Перевірка державних службовців або інших осіб повинна

¹⁶ Див. Eva Brems, *Transitional Justice in the Case Law of the European Court of Human Rights*, *The International Journal of Transitional Justice* 5 (2011), 282 ff.; Antoine Buyse and Michael Hamilton (eds.), *Transitional Jurisprudence and the ECHR*, 2011, pp. 131 ff., <https://doi.org/10.1017/CBO9780511758515>.

¹⁷ Див. Brems (note 16), pp. 286-287; Seibert-Fohr (note 5), para. 9.

¹⁸ Див. статус ратифікації від Управління договорів Ради Європи: <https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list?module=signatures-by-treaty&treatyenum=005>.

¹⁹ Див. Brems (note 16), pp. 287-289; Antoine Buyse, *The truth, the past and the present: Article 10 ECHR and situations of transition*, in: Buyse and Hamilton (note 16), pp. 131 ff., <https://doi.org/10.1017/CBO9780511758515.007>.

²⁰ Див. Brems (note 16), pp. 291 ff.

²¹ Детал. див. нижче розділ IV.1.

відповідати, серед іншого, принципу захисту приватного життя згідно зі статтею 8 ЄКПЛ.²² Таким чином, люстрація повинна переслідувати законну мету та бути пропорційною. Пропорційність залежить як від міри залучення особи до радянських зловживань, так і від посади, яку вона зараз обіймає в державній системі. Більше того, з кожним роком інтерес до усунення когось від державної служби за дії, скоєні за часів радянської влади, зменшується.

III. Елементи перехідного правосуддя

Існує низка спроб систематизувати різні аспекти правосуддя перехідного періоду. У директивній записці Генерального секретаря ООН розкриваються чотири елементи правосуддя перехідного періоду:

- реалізація права знати правду про перебіг подій,
- кримінальний процес,
- заходи з відшкодування шкоди та
- гарантії неповторення.²³

Примирення з минулим вимагає правди. Авторитарні режими мають тенденцію нав'язувати свій наратив минулого. Ліберальним демократіям також потрібен наратив про пережите, але цей наратив має ґрунтуватися на фактах і бути відкритим для дискусій. Відкриваючи архіви для потенційних жертв, наукових досліджень або широкої громадськості, ми робимо перший важливий крок на шляху до розкриття правди. Щоб з'ясувати своє минуле, країни Латинської Америки, до прикладу, обрали шлях створення так званих «комісій правди». Іншими шляхами встановлення правди можуть бути дослідницькі проекти або парламентські запити. При всій важливості правди, слід визнати, що будь-який наратив, навіть якщо він ретельно ґрунтується на фактах, містить елемент інтерпретації. Тому Руті Г. Тейтель радше воліє говорити про історичну справедливість, аніж про пошук правди.²⁴ Однак слід пам'ятати, що історична справедливість має ґрунтуватися тільки на фактах. У ліберальній демократії, заснованій на свободі слова, держава не повинна нав'язувати одну єдину точку зору на те, що сталося.

²² Стосовно застосування ст. 8 ЄКПЛ див. ECtHR, Judgment of 17 October 2019 – 58812/15 and others, paras. 203-211 – Polyakh and others vs. Ukraine; щодо загальних рамок, див. ECtHR, Judgment of 24 June 2008 – 3669/03, para. 116 – Ādamsons v. Latvia.

²³ Guidance Note of the Secretary-General (прим. 4), p. 2; див. також Seibert-Fohr (note 5), para. 1: investigation, criminal prosecution, reparation and “issues of institutional reform as a matter of long-term stability”.

²⁴ Ruti G. Teitel, *Transitional Justice*, 2000, pp. 69 f.

Кримінальне правосуддя однаковою мірою зацікавлене у встановленні істини. Втім, його фокус звужений до окремих злочинів. Тому може бути досить непросто встановити істину щодо цілого режиму і його систематичних зловживань в рамках одиничних кримінальних проваджень.²⁵

Загалом, відшкодування може мати форму реституції, компенсації або сатисфакції.²⁶ Основні принципи та керівні положення ООН, що стосуються права на правовий захист та відшкодування збитків від 2005 року, визначають реабілітацію як ще одну форму відшкодування.²⁷ Документ ООН використовує широке поняття реабілітації, яке включає надання жертвам медичної, психологічної та іншої підтримки²⁸, підкреслюючи важливість такої підтримки. Адже в протилежному випадку було б можливим кваліфікувати реабілітацію як особливу форму реституції або сатисфакції. Більше того, в Основоположних принципах ООН йдеться про гарантії неповторення.²⁹ Такі гарантії передбачають докорінну зміну політичного, конституційного та адміністративного ладу і виходять за рамки традиційних форм відшкодування. Його варто розглядати радше як специфічний елемент правосуддя перехідного періоду, як це пропонується в у директивній записці Генерального секретаря ООН.³⁰

Відшкодування може бути пов'язане з окремими кримінальними чи цивільними провадженнями або здійснюватися через спеціальні програми.³¹ Воно також може набути символічної та колективної форми, наприклад, у вигляді встановлення меморіалу чи пам'ятника.³² «Репараційне правосуддя»³³ визнає минулу несправедливість та містить сильний відновлювальний елемент.

Якщо з'ясування правди про перебіг подій, притягнення осіб до відповідальності в межах кримінальних проваджень та заходи з відшкодування шкоди містять у собі елементи превентивного характеру, то четвертий принцип перехідного правосуддя виходить за ці рамки. Фактично,

²⁵ Але див. Denisa Kostovicova, Rachel Kerr and others, Див. прим. вище The “Digital Turn” in Transitional Justice Research: Evaluating Image and Text as Data in the Western Balkans, *Comparative Southeast European Studies* 70 (2022), pp. 24 (29).

²⁶ Див. Articles 34-37 of the 2001 Articles on responsibility of States for internationally wrongful acts drafted by the International Law Commission, A/RES/56/83, Annex.

²⁷ Basic Principles and Guidelines (note 11), para. 18.

²⁸ Див. Basic Principles and Guidelines (note 11), para. 21.

²⁹ Див. Basic Principles and Guidelines (note 11), para. 18, 23.

³⁰ Див. прим. вище 23.

³¹ Див. Principles to Combat Impunity (note 12), Principle 32.

³² Див. generally Guidance Note of the Secretary-General (note 4), p. 18.

³³ Teitel (note 24), p. 119.

гарантії неповторення можуть набувати різних форм і передбачають зміцнення громадянського суспільства та проведення структурних реформ, які гарантуватимуть дотримання верховенства права, прав людини та принципів демократії.³⁴

Зважаючи на різні виміри правосуддя перехідного періоду, перевірка та люстрація можуть виконувати різні функції. По-перше, ретельна перевірка державних службовців сприяє встановленню правди про події, що відбулися, а також про те, хто до них причетний. Якщо минуле державного службовця ставить під сумнів його майбутню діяльність на державній службі, люстрація гарантує повний перехід до нової системи й запобігає повторенню минулих зловживань. Саме таку ж позицію зайняв Генеральний секретар ООН у директивній записці щодо перехідного правосуддя.³⁵ За умови відсутності ризиків продовження або повторення злочинів, люстрація все ще може мати певний каральний ефект, близький до ефекту кримінального правосуддя.³⁶

IV. Кримінальне право

Загальновизнано, що держави зобов'язані розслідувати грубі порушення міжнародного права прав людини та воєнні злочини, а також притягувати до відповідальності винних у їх скоєнні.³⁷ У цьому відношенні вони повинні дотримуватися певних обмежень, встановлених міжнародним правом (1). Що стосується міжнародних кримінальних судів, то МКС є яскравим прикладом відшкодувального правосуддя (2).

1. Межі кримінального правосуддя перехідного періоду

a) *Nulla poena sine lege*

Будь-яке судове переслідування та обвинувальний вирок повинні відповідати принципу *nulla poena sine lege*. Як правило, це не є перешкодою розслідуванню тяжких міжнародних злочинів. Відповідно до статті 7(1) 1 ЄКПЛ, «Нікого не може бути визнано винним у вчиненні будь-

³⁴ Guidance Note of the Secretary-General (note 4), pp. 20 f.; див. також Principles to Combat Impunity (note 12), Principles 35-38.

³⁵ Guidance Note of the Secretary-General (note 4), pp. 2, 20; але див. Teitel (note 24), pp. 165 ff. детал.

³⁶ Див. також Teitel (note 24), p. 171; Але див. ECtHR, Judgment of 17 October 2019 – 58812/15 and others, paras. 276 f. – Polyakh and others vs. Ukraine.

³⁷ Див. Principles to Combat Impunity (note 12), Principle 19; Basic Principles and Guidelines (note 11), para. 4; щодо ЄСПЛ див. прим. вище 17.

якого кримінального правопорушення на підставі будь-якої дії чи бездіяльності, яка на час її вчинення не становила кримінального правопорушення згідно з національним законом або міжнародним правом". У відповідності до вимог ЄСПЛ, законна підстава повинна бути в належній мірі доступною та передбачуваною для того, щоб правопорушники усвідомлювали, що їхні вчинки тягнуть за собою кримінальну відповідальність.³⁸

Оскільки стаття 7 (1) ЄКПЛ прямо посилається на міжнародне право, воєнні злочини та інші міжнародні злочини можуть підлягати переслідуванню, навіть якщо вони були схвалені національним законодавством на момент їх вчинення. У справі «Кононов проти Латвії» Велика палата ЄСПЛ не заперечувала щодо притягнення до відповідальності колишнього підпільника за масовий розстріл селян у 1944 році за ознаками воєнних злочинів.³⁹ Водночас, аналізуючи право неміжнародних збройних конфліктів, ЄСПЛ не знайшов достатніх законних підстав для обвинувачення за фактом вбивства командира озброєної групи з числа супротивників, який вочевидь, відмовився здатися в полон у справі "Корбели проти Угорщини" (Korbely v. Hungary).⁴⁰

Стаття 7(2) ЄКПЛ дозволяє притягнення до відповідальності за дії або бездіяльність, які на момент їх вчинення були «злочинними відповідно до загальних принципів права, визнаних цивілізованими державами». Таким чином, об'єднаній Німеччині було дозволено притягнути до відповідальності державні органи колишньої Німецької Демократичної Республіки за вбивства на внутрішньо-німецькому кордоні, які грубо порушували право на життя, закріплене в міжнародному праві прав людини.⁴¹

б) Строки давності

Наразі існує консенсус щодо того, що основні міжнародні злочини, зокрема воєнні злочини, злочини проти людяності та геноцид, повинні переслідуватися без жодних обмежень за строком давності. Тяжкість цих злочинів суттєво переважає над бажанням поставити крапку та

³⁸ ECtHR (Grand Chamber), Judgment of 19 September 2008, paras. 71, 73 – Korbely v. Hungary; ECtHR, (Grand Chamber) Judgment of 17 May 2010, para. 185 – Kononov v. Latvia.

³⁹ ECtHR, (Grand Chamber) Judgment of 17 May 2010, paras. 188 ff. – Kononov v. Latvia.

⁴⁰ ECtHR (Grand Chamber), Judgment of 19 September 2008, paras. 86-94 – Korbely v. Hungary; але див. Friedrich-Christian Schroeder and Herbert Küpper, Der EGMR und die Bestrafung stalinistischer Verbrechen, Jahrbuch für Ostrecht 50 (2009), pp. 213 (219-221).

⁴¹ Див. ECtHR (Grand Chamber), Judgment of 22 March 2001, paras. 85 ff. – Streletz, Kessler and Krenz v. Germany, with a reasoning based exclusively on Article 7(1) ECHR; див. також Kadelbach, in: Oliver Dörr, Rainer Grote and Thilo Marauhn (eds.), EMRK/GG Konkordanzkommentar, Chap. 15 para. 40.

забути про них. Це закріплено у статті I Конвенції ООН від 1968 року про незастосування строків давності до воєнних злочинів і злочинів проти людяності.⁴² І Україна, і Росія є підписантами цієї Конвенції.⁴³

Щодо інших злочинів, як правило, застосовуються строки давності, передбачені законом. Зважаючи на те, що строки давності регулюються процесуальним правом, їх продовження після вчинення злочину не суперечить принципу *nulla poena sine lege*; втім, якщо строк давності для притягнення до кримінальної відповідальності закінчився, його не може бути поновлено.⁴⁴ Для тяжких міжнародних злочинів є виняток, згідно з яким міжнародне право може виправдати недотримання строків давності, встановлених національним законодавством, згідно зі статтею 7(2) ЄКПЛ.⁴⁵

в) Амністія

Як і строки давності, поняття амністії є амбівалентним. Обидва механізми намагаються віднайти баланс між притягненням особи до відповідальності за скоєне та забуттям минулого. ООН відмовляється застосовувати амністію за тяжкі міжнародні злочини.⁴⁶ Натомість застосування амністії за нетяжкі злочини може сприяти подоланню наслідків минулого, якщо окрім цього вони супроводжуються й іншими кроками, такими як надання свідчень та принесення вибачень перед комісією з встановлення правди та примирення.⁴⁷ Тому, амністію не варто застосовувати бездумно, а виключно в поєднанні з іншими механізмами перехідного правосуддя.

2. Відшкодування потерпілим

Перехід від каральної моделі до моделі орієнтованої на потреби потерпілих, натхненний ідеями відновного правосуддя, він є особливо помітним у судочинстві Міжнародного

⁴² A/RES/2391(XXIII), Annex; підтверджено у Principles to Combat Impunity (note 12), Principle 23(2); Basic Principles and Guidelines (note 11), para. 6.

⁴³ Див. статус ратифікації за посиланням: https://treaties.un.org/pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV-6&chapter=4.

⁴⁴ ECtHR, Judgment of 22 June 2000 – 32492/96 and others, paras. 148 f. – *Coëme and others vs. Belgium*; Kadelbach (note 41), para. 36.

⁴⁵ Див. також Kadelbach (note 41), para. 36.

⁴⁶ Див. Principles to Combat Impunity (note 12), Principle 24(a); згідно з принципом 28(1), визнання злочину може лише виправдати пом'якшення вироку, а не безкарність; див. також Anja Seibert Fohr, *Amnesties*, paras. 9 ff., in: MPEPIL note 1; останнє оновлення 2018), <https://doi.org/10.1093/law:epil/9780199231690/e750>.

⁴⁷ Позитивний погляд на закони про амністію в контексті відновного правосуддя див. Mallinder (note 2), pp. 150 ff.; див. також Teitel (note 8), p. 58, та Andreas Gordon O'Shea, *Truth and Reconciliation Commissions*, paras. 22 f., in: MPEPIL (прим. 1; останнє оновлення 2008), <https://doi.org/10.1093/law:epil/9780199231690/e882>.

кримінального суду.⁴⁸ Римський статут Міжнародного кримінального суду передбачає не лише участь потерпілих у судовому процесі, але й можливість отримання ними компенсації. Відповідно до статті 75 Римського статуту, МКС може прийняти рішення про відшкодування збитків потерпілим яке може мати форму, зокрема, реституції, компенсації та реабілітації. Для забезпечення компенсації навіть у тих випадках, коли засуджена особа не в змозі відшкодувати завдані збитки, стаття 79 Римського статуту передбачає створення цільового фонду, який затверджується Асамблеєю держав-учасниць Римського статуту. Цільовий фонд розпоряджається як коштами, отриманими від засуджених осіб, так і добровільними внесками урядів, міжнародних організацій, приватних осіб та корпорацій.⁴⁹ Таким чином, притягнення окремої фізичної особи до кримінальної відповідальності може призвести до державних репарацій, фінансованих міжнародним співтовариством. Тут редистрибутивне правосуддя однозначно поступається ідеї відновного правосуддя.

Прикладом цього є справа Аль Махді. Пан Аль Махді був засуджений у 2016 році за знищення безцінних релігійних та історичних будівель у Тімбукту, Малі, у 2012 році.⁵⁰ У 2017 році Судова палата видала наказ про відшкодування збитків.⁵¹ Пан Аль-Махді вже вибачився за свої дії під час судового процесу. Судова палата не вважала за потрібне вимагати подальших вибачень, але постановила розмістити відеозапис вибачень пана Аль-Махді на веб-сайті суду, щоб забезпечити доступ до нього всім потерпілим.⁵² Що стосується фінансових збитків, Судова палата присудила жителям Тімбукту, «чий джерела заробітку повністю залежали від об'єктів, що перебували під захистом та були знищеними» індивідуальні компенсації, а також передбачила «колективну компенсацію для всієї громади Тімбукту», яка може охоплювати «освітні та просвітницькі програми на рівні громади», а також програми фінансування, спрямовані на допомогу мешканцям у збільшенні їхніх доходів.⁵³ Зрештою, суд присудив «індивідуальні репарації за спричинений моральний та душевний біль і страждання тих, могили чиїх предків були пошкоджені під час нападу», а також колективні репарації за моральні страждання громади

⁴⁸ Див. Carsten Stahn, *Daedalus or Icarus? Footprints of International Criminal Justice Over a Quarter of a Century*, *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht* 77 (2017), 371 (397-400), який також застерігає від негативних наслідків.

⁴⁹ Див. ICC, Assembly of State Parties, Resolution ICC-ASP/1/Res.6 of 9 September 2002 про заснування фонду на користь жертв злочинів, підсудних Суду, та сімей таких жертв, Annex, para. 8.

⁵⁰ ICC, Trial Chamber, Judgment of 27 September 2016 – ICC-01/12-01/15-171, *The Prosecutor v. Ahmad Al Faqi Al Mahdi*.

⁵¹ ICC, Trial Chamber, Reparations Order of 17 August 2017 – ICC-01/12-01/15-236, *The Prosecutor v. Ahmad Al Faqi Al Mahdi*.

⁵² Reparations Order (note 51), para. 71; ютуб-файл англ. версії доступн. за адресою: <https://youtube/Regsy114ovI>; посилання на веб-сайті Суду за адресою: <https://www.icc-cpi.int/mali/al-mahdi>.

⁵³ Reparations Order (note 51), para. 83.

Тімбукту в цілому. На думку Судової палати, колективні репарації могли б містити в собі й символічні заходи, такі як встановлення меморіалу або проведення відповідної церемонії, яка б публічно визнавала моральну шкоду, заподіяну мешканцям Тімбукту.⁵⁴ Палата навіть присудила один символічний євро малійській державі та ще один євро міжнародній спільноті в особі ЮНЕСКО.⁵⁵ Палата постановила, що загальна сума відшкодувань становить 2,7 мільйона євро, і звернулася до Цільового фонду з проханням доповнити цю суму, оскільки пан Аль-Махді не володів достатніми для цього коштами. Виконання рішення про відшкодування було покладено на Цільовий фонд.⁵⁶ У 2018 році Апеляційна палата постановила, що Судова палата має переглянути, як цільовий фонд реалізував рішення про відшкодування.⁵⁷ Зрештою рішення Судової палати були виконані. До кінця 2021 року Цільовий фонд зібрав половину суми, встановленої Судом; кошти внесли, зокрема, Норвегія та Німеччина.⁵⁸ Справа Аль-Махді демонструє, що кримінальне переслідування може сприяти досягненню цілей відновного правосуддя, а також показує широкий спектр різноманітних форм, яких можуть набувати відшкодування.

V. Альтернативи кримінальному правосуддю

У 1980-х і 1990-х роках держави Латинської Америки, а потім і Південна Африка започаткували комісії правди і примирення з метою встановлення правди про минулі режими.⁵⁹

Завдяки цьому вони змогли ширше підійти до проблеми, налагодити діалог між постраждалими і кривдниками, виробити наратив про те, що сталося, і закріпити відповідальність, яка не обмежувалася б лише індивідуальним характером кримінального правосуддя. Це було доцільним кроком, зокрема, у питанні вирішення проблеми масових зникнень, які були досить поширеними в Латинській Америці. У посткомуністичній державі такий підхід ризикує замінити офіційну історію, викладену комуністичним режимом, новою офіційною історією, що було б несумісним з принципами ліберальної демократії. Натомість інші підходи, як от доступ до архівів, дають постраждалим і дослідникам можливість скласти власну картину тих подій.⁶⁰ Більше того, схоже, що комісії з правди можуть у кращому випадку доповнювати, але не замінити

⁵⁴ Reparations Order (note 51), para. 90.

⁵⁵ Reparations Order (note 51), paras. 106-107.

⁵⁶ Про вжиті дії див. ICC, The Trust Fund for Victims, Annual Report 2021, pp. 35-37.

⁵⁷ ICC, Appeals Chamber, Judgment of 8 March 2018, ICC-01/12-01/15-259, The Prosecutor v. Ahmad Al Faqi Al Mahdi, para. 98.

⁵⁸ Trust Fund, Annual Report 2021 (note 56), p. 35.

⁵⁹ Gordon O'Shea (note 47), para. 5.

⁶⁰ Див. Teitel (прим. 8), p. 56 f., 59.

кримінальне правосуддя.⁶¹ Це правда, що західний фокус на кримінальному правосудді критикується за нехтування традиціями неформального правосуддя, які переважають у багатьох країнах світу.⁶² Однак, схоже, що Центральна та Східна Європа, поділяють легалістичні традиції Заходу, які залишають небагато простору для заміни кримінального правосуддя менш формальними механізмами.

Навіть якщо комісії правди і примирення не є моделлю для України, слід пам'ятати про позасудові засоби перехідного правосуддя. Це можуть бути як слідчі комісії, створені парламентом або іншими органами влади, так і історичні дослідження, тематичні виставки або навіть мистецькі проекти.⁶³

VI. Державний імунітет та проблеми міждержавного відновного правосуддя

Проект відновного правосуддя IOR досліджує злочини та порушення прав людини, які були скоєні на території колишнього СРСР та за часів радянської влади. Деякі з цих злочинів і порушень могли б бути приписані Російській Федерації. Звідси постає питання державного імунітету. З розпадом СРСР колишні радянські злочини набули міждержавного виміру. Це відрізняє Україну від інших кейсів перехідного правосуддя. Україна, яка здобула незалежність у 1991 році, є новою державою, відмінною від СРСР. Враховуючи те, що дії, вчинені в часи радянської влади і які стосуються України, тепер приписуються Російській Федерації, вони могли б потягнути за собою відповідальність Росії перед Україною або громадянами України. У таких випадках спрацьовує державний імунітет. У відповідності до правил про державний імунітет, українські суди не мають юрисдикції над російськими *acta iure imperii*, тобто над діями, які стосуються застосування суверенної влади.⁶⁴ Позови, що стосуються дій приватного або комерційного характеру, так звані *acta iure gestionis*, можуть розглядатися в іноземних судах. Державний імунітет спрацьовує у випадку *acta iure imperii*, навіть якщо йдеться про тяжкі міжнародні злочини, що було підтверджено Міжнародним судом ООН у рішенні 2012 року по справі про юрисдикційний імунітет.⁶⁵ Тому, позови щодо репарацій за подібні діяння мають

⁶¹ Див. прим. вище 46 f.

⁶² Mallinder (note 2), p. 139.

⁶³ Див. Rachel Kerr, Art, Aesthetics, Justice, and Reconciliation: What can art do?, *AJIL Unbound* 114 (2020), pp. 123 ff., <https://doi.org/10.1017/aju.2020.24>.

⁶⁴ Див. ICJ, Judgment of 3 February 2012, *Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy, Greece intervening)*, ICJ Reports 2012, p. 99, para. 60.

⁶⁵ ICJ, *Jurisdictional Immunities of the State* (note 64), paras. 80 ff.

розглядатися на міжнародному рівні. Українська влада не має повноважень виносити рішення за такими позовами проти Росії.

Питання імунітету виникають лише щодо позовів проти іноземної держави, наприклад Російської Федерації. Як правило, позови проти фізичних осіб за дії, вчинені за часів радянської влади, можуть розглядатися українськими судами, навіть якщо відповідачами є громадяни Росії.

VII. Висновок

Підсумовуючи, міжнародне право розглядає зміну режиму та післявоєнний стан з перспективи саме перехідного, а не відновного правосуддя. Воно містить широкий спектр елементів, до яких належать (1) встановлення правди, (2) притягнення до відповідальності в межах кримінального правосуддя, (3) заходи з відшкодування шкоди потерпілим та (4) гарантії щодо неповторення.

Міжнародні інституції кодифікували важливі стандарти перехідного правосуддя. До них належать Основні принципи та керівні положення, що стосуються права на правовий захист і відшкодування шкоди та Принципи щодо захисту та просування прав людини через дії в боротьбі з безкарністю. Окремі інституції, на зразок Міжнародного кримінального суду, беруть безпосередню участь в забезпеченні правосуддя перехідного періоду. Справа Аль-Махді ілюструє, як міжнародні інституції можуть сприяти подальшому розвитку міжнародних напрацювань у сфері правосуддя перехідного періоду та відшкодувань.

Зрештою, міжнародне право прав людини забезпечує структуру для роботи з правосуддям перехідного періоду. Це особливо стосується Європейської конвенції з прав людини з її конкретними вимогами, встановленими Європейським судом з прав людини. По суті, будь-який проект перехідного або відновного правосуддя повинен поважати міжнародний принцип верховенства права.

Інформація про автора:

Професор Роберт Ирпманн-Вітцак, доктор наук, магістр права (Університет права, економіки та наук Екс-Марсель)

Кафедра публічного та міжнародного права

Університет Регенсбурга

<https://www.uni-regensburg.de/law/public-law/uerpmann-witzack>

robert.uerpmann-witzack@ur.de