

ДРОЗДОВ Олександр Михайлович
професор, доктор юридичних наук,
заслужений юрист України, адвокат,
член Комісії з питань правової реформи при
Президентові України,
член Апеляційної палати НАЗЯВО,
член Науково-консультативних рад при
Конституційному Суді України та Верховному Суді,
почесний професор кафедри кримінального права та
кримінології, міжнародного публічного права та
міжнародних відносин Юридичного факультету
Університету Барселони,
адвокат-партнер Адвокатського об'єднання «Лапчинський та
партнери»
(м. Барселона, Королівство Іспанія)
професор кафедри кримінально-правових та
адміністративно-правових дисциплін Юридичного факультету
ПВНЗ «МЕГУ імені академіка Степана Дем'янчука»,
(м. Рівне, Україна)
кафедра кримінального процесу
Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого
(м. Харків, Україна)

ДРОЗДОВА Олена Валеріївна
доцентка, кандидатка юридичних наук, адвокатка,
почесна професорка кафедри кримінального права та
кримінології, міжнародного публічного права та
міжнародних відносин Юридичного факультету
Університету Барселони
(м. Барселона, Королівство Іспанія)
доцентка кафедри кримінально-правових та
адміністративно-правових дисциплін Юридичного факультету
ПВНЗ «МЕГУ імені академіка Степана Дем'янчука»,
(м. Рівне, Україна)

**Баланс між правом доступу до суду та імунітетом держави: аналіз
рішення ЄСПЛ у справі «Ренауар проти Франції»¹**

¹ «Renouard v. France»: <https://hudoc.echr.coe.int/fre?i=001-246136>.

I. ВСТУП

Проблема співвідношення права доступу до суду та юрисдикційного імунітету держав є однією з найскладніших на перетині міжнародного публічного права та міжнародного права прав людини. З одного боку, право на суд, закріплене в статті 6 Конвенції, є «центральною елементом» системи захисту прав людини й фундаментальною гарантією верховенства права. З іншого боку, доктрина імунітету держави, заснована на принципі *par in parem non habet imperium* (лат. "рівний над рівним не має влади"), покликана захищати суверенну рівність держав, обмежуючи юрисдикцію національних судів щодо іншої держави.

У справі «Renouard v. France» (рішення ЄСПЛ від 27 листопада 2025 року, заява № 46911/21) заявник – радник у сфері міжнародних відносин, який мешкає у Парижі, – стверджував, що його посередницька роль у створенні університету Paris-Sorbonne Abu Dhabi в ОАЕ була оплачуваною комерційною операцією, за яку він не отримав винагороди. Французькі суди врешті дійшли висновку, що його місія слугувала реалізації публічної функції держави Еміратів у сфері освіти та бере участь у здійсненні суверенітету, а отже, ОАЕ користуються юрисдикційним імунітетом. ЄСПЛ більшістю голосів констатував відсутність порушення статті 6 § 1 Конвенції, визнавши, що французькі суди не відступили від загальноновизнаних принципів міжнародного права щодо імунітету держав.

Ця справа має не лише теоретичне, але й очевидне практичне значення для України. Українські суди дедалі частіше стикаються з позовами фізичних і юридичних осіб до іноземних держав, зокрема щодо шкоди, завданої збройною агресією, санкційними заходами, комерційними та змішаними правовідносинами з участю іноземних державних органів чи корпорацій. Питання меж імунітету, віднесення певних дій до *acta jure imperii* (лат. "акти за правом влади" або "суверенні акти") чи *acta jure gestionis* (лат. "акти за правом управління" або "комерційні/приватні акти"), а також впливу практики ЄСПЛ на інтерпретацію цих категорій – критичні для забезпечення ефективного доступу до правосуддя та водночас дотримання міжнародних зобов'язань України.

У цьому контексті справа «Renouard v. France», доповнена глибокою та полемічною окремою думкою судді Георгіоса Сергідеса, створює важливий прецедент для переосмислення меж деференції ЄСПЛ до загального міжнародного права й формування національної практики щодо юрисдикційних імунітетів.

II. ФАКТИ

2. Заявник народився 1961 року і проживає в Парижі. Його представляв адвокат Ф. Бардуль (F. Bardoul), адвокат у Парижі.
3. Уряд представляв його уповноважений пан Ф. Алабрун (F. Alabrune), директор юридичного департаменту Міністерства Європи та закордонних справ, а потім його наступник пан Д. Кола (D. Colas).
4. Факти справи можна підсумувати таким чином.
5. Заявник, консультант з міжнародних відносин на Близькому та Середньому Сході, стверджує, що він виступав посередником у проєкті створення в ОАЕ закладу вищої освіти у партнерстві з університетом «Парі-Сорбонна», і що винагорода в розмірі два мільйони євро (2 000 000 EUR) була погоджена на його користь еміратськими органами. Остаточна угода щодо створення Університету Пари-Сорбонна Абу-Дабі («далі – UPSAD») була підписана 2006 року між університетом «Парі-Сорбонна» та Міністерством вищої освіти і наукових досліджень ОАЕ.
6. Скаржачись на не виплату винагороди за надані послуги попри успішне виконання свого завдання, заявник звернувся до суду великої інстанції Парижа («TGI») з вимогою солідарно зобов'язати Міністерство президентських справ ОАЕ, генерального секретаря цього міністерства (який був залучений як відповідач у власному імені), Abu Dhabi Education Council та UPSAD виплатити йому 2 000 000 EUR як винагороду за його послуги та 1 800 000 EUR як відшкодування моральної шкоди.
7. Рішенням від 19 грудня 2013 року TGI відхилив позовні вимоги проти Abu Dhabi Education Council, UPSAD і генерального секретаря Міністерства президентських справ ОАЕ. Крім того, він визнав неприйнятними вимоги проти Міністерства президентських справ Абу-Дабі як органу федеральної держави ОАЕ з огляду на судовий імунітет, яким воно користувалося. Відповідні уривки:

«(...)

Іноземні держави та організації, які є їхніми утвореннями, користуються судовим імунітетом, що є відносним, а не абсолютним, лише тією мірою, якою акт, що є предметом спору, за своєю природою та метою бере участь у здійсненні суверенітету цих держав і не є актом управління. (...)

Доручення, яке, за твердженням пана Ренуара, він отримав від органів федеральної держави Об'єднані Арабські Емірати, полягало, згідно з його ж поясненнями, у тому, щоб діяти перед французькими політичними та університетськими органами для реалізації проекту створення філії університету «Сорбонна» в Абу-Дабі «шляхом сприяння контактам, лобіювання та оформлення проекту, який підтримується ОАЕ» (...).

Припускаючи, що це доручення справді існувало, хоча пан Ренуар і не має письмового документа, це доручення, яке, як стверджується, було йому надане еміратською владою, а саме Міністерством президентських справ, бере участь у здійсненні цим державним органом своєї публічної місії в сфері освіти, оскільки його метою є відкриття нової освітньої структури.

Спірний акт, характер якого не може змінитися лише через оплатність навчання в цьому університеті, не є актом адміністративного управління, а є актом, вчиненим в інтересах публічної служби, який дозволяє іноземній державі чи її утворенню посилатися на судовий імунітет.

(...)».

8. Заявник подав апеляцію.

9. Постановою від 30 жовтня 2015 року Паризький апеляційний суд підтвердив рішення першої інстанції в частині відхилення вимог проти Abu Dhabi Education Council та UPSAD. Проте він скасував його в частині вимог проти Міністерства президентських справ ОАЕ та його генерального секретаря. Апеляційний суд відхилив заперечення про судовий імунітет, мотивувавши так:

«(...)

Враховуючи, що іноземні держави та організації, які є їхніми утвореннями, користуються судовим імунітетом лише тією мірою,

якою акт, що є предметом спору, за своєю природою або метою бере участь у здійсненні суверенітету цих держав і не стосується акту управління;

Враховуючи, що участь пана РЕНУАРА в межах договору на «лобіювання», спрямованого на сприяння створенню приватного університету в Абу-Дабі під брендом Парі-Сорбонна і з викладанням предметів університету французькою чи англійською мовою, не може бути розцінена ані як діяльність з реалізації владних повноважень чи здійснення суверенітету держави, ані як акт адміністративного управління чи акт, вчинений в інтересах публічної служби освіти, як вона визначена в статті 120 Конституції Об'єднаних Арабських Еміратів (...).»

Розглянувши справу по суті, суд солідарно зобов'язав Міністерство президентських справ ОАЕ та його генерального секретаря виплатити заявникові 2 000 000 EUR як гонорар, а також 500 000 EUR як компенсацію моральної шкоди.

10.12 липня 2017 року Касаційний суд скасував це рішення, за винятком частини, де були відхилені вимоги проти Abu Dhabi Education Council та UPSAD. Він, зокрема, зазначив:

«(...)

З огляду на принципи міжнародного права, що стосуються судового імунітету іноземних держав;

Враховуючи, що іноземні держави користуються судовим імунітетом, коли акт, що є предметом спору, за своєю природою або метою бере участь у здійсненні суверенітету цих держав і, отже, не є актом управління;

Враховуючи, що для відхилення заперечення, заснованого на судовому імунітеті, апеляційний суд дійшов висновку, що участь пана Ренуара в договорі на лобіювання, спрямованому на сприяння створенню приватного університету в Абу-Дабі під брендом Парі-Сорбонна, з викладанням предметів французького університету французькою чи англійською мовою, не може бути кваліфікована як діяльність з реалізації владних повноважень чи здійснення суверенітету держави, ані як акт адміністративного управління або акт, вчинений в інтересах

публічної служби освіти, як вона визначена статтею 120 Конституції ОАЕ;

Постановляючи таким чином мотивами, які є недостатніми для встановлення того, що за своєю природою чи метою операція, спрямована на створення закладу вищої освіти на основі міжнародного партнерства, не була здійсненням акту в інтересах публічної служби освіти, апеляційний суд порушив наведені вище принципи (...).»

Унаслідок цього справу було передано на новий розгляд до іншого складу Паризького апеляційного суду.

11. Постановою від 28 травня 2019 року Паризький апеляційний суд виключив зі справи Abu Dhabi Education Council та UPSAD і підтвердив рішення першої інстанції в іншій частині. Відповідні уривки:

«(...)

Іноземні держави користуються судовим імунітетом, коли акт, що є предметом спору, за своєю природою або метою бере участь у здійсненні суверенітету цих держав і, отже, не є актом управління. (...)

Згідно зі статтями 120 і 121 Конституції федеральної держави Об'єднані Арабські Емірати в редакції 1996 року, сфера освіти віднесена до відання федеральних органів нарівні з зовнішніми зносинами, обороною, валютою, питаннями громадянства, імміграції та охорони здоров'я.

Пан РЕНУАР стверджує, що він отримав доручення чи мандат від держави ОАЕ та її утворень вести роботу з французькими органами влади щодо реалізації проєкту створення філії університету «Сорбонна» в Абу-Дабі і що до нього не може бути застосований судовий імунітет, оскільки доручення або мандати, які він начебто отримав, мали характер простого акту управління.

Проте, згідно з власними твердженнями пана РЕНУАРА, доручення або мандати, які він отримав від держави ОАЕ, сприяли укладенню листа про наміри від 17 липня 2005 року, підписаного Міністерством президентських справ, представленим паном Х, його генеральним секретарем із міністерським рангом, та остаточної угоди від 19 лютого 2006 року, підписаної Міністерством вищої освіти і наукових

досліджень, представленим заступником міністра. З огляду на існування та зміст цих документів не можна стверджувати, як це робить пан РЕНУАР, що держава ОАЕ не брала участі у створенні UPSAD.

Пан РЕНУАР також стверджує, що розглядувана операція носила виключно комерційний характер, про що нібито свідчить високий розмір плати за навчання в університеті.

Однак UPSAD була створена як публічно-правовий адміністративний заклад еміратського права законом № 14 від 2006 року, ухваленим 26 травня 2006 року. З довідки Департаменту фінансів Абу-Дабі випливає, що UPSAD є некомерційним університетом, який повністю належить емірату Абу-Дабі (Департамент освіти та знань). Федеральна держава делегувала емірату Абу-Дабі виконання угод від 17 липня 2005 року та 19 лютого 2006 року в рамках децентралізації цієї публічної служби.

Згідно з тією ж довідкою, основну частину бюджету UPSAD становлять щорічні асигнування з бюджету емірату Абу-Дабі на підставі рекомендацій Департаменту освіти та знань, завдання якого – досягти національних цілей у сфері розвитку освіти відповідно до «найкращих міжнародних стандартів». Порядок функціонування UPSAD істотно залежить від рішень уряду емірату Абу-Дабі, а її інфраструктура є власністю Міністерства вищої освіти. Щодо плати за навчання, то вона є безкоштовною для студентів – громадян ОАЕ відповідно до статті 17 Конституції, а стаття 5.3 остаточної угоди від 19 лютого 2006 року передбачає систему стипендій.

Отже, з правильних і доречних мотивів, які суд приймає, суд першої інстанції дійшов висновку, що спірне доручення або мандати, на які посилається пан РЕНУАР, навіть якщо припустити, що вони доведені, не є актами адміністративного управління, а є актами, вчиненими в інтересах публічної служби, які дозволяють іноземній державі або її утворенню посилатися на судовий імунітет, оскільки за своєю метою операції з «лобіювання» були спрямовані на створення закладу вищої освіти на основі міжнародного партнерства і таким чином були частиною здійснення акту в інтересах публічної служби освіти.

Пан РЕНУАР, нарешті, стверджує, що застосування принципу міжнародного права про судовий імунітет позбавляє його ефективного доступу до суду або незалежного та неупередженого трибуналу.

Однак суду не належить, оскільки він не був сезований пріоритетним конституційним питанням, якщо припустити, що воно було б прийнятним, висловлюватися щодо відповідності судового імунітету правам і свободам, гарантованим Конституцією. Крім того, метою судового імунітету держав є збереження ввічливості та добрих відносин між державами. Винятки з принципу імунітету допускаються лише тоді, коли міжнародна організація не забезпечує жодної розумної внутрішньої процедури оскарження, або коли законодавство держави виводить з-під юрисдикції судів цілий ряд цивільних позовів або звільняє від відповідальності певні категорії осіб (ЄСПЛ, 23 березня 2010 року, «Цудак проти Литви»).

Пан РЕНУАР не довів, що йому могли би бути поставлені подібні перешкоди в рамках провадження перед судами ОАЕ (...).»

12.18 вересня 2019 року заявник подав касаційну скаргу. Згодом він відмовився від скарги в частині, що стосувалася Abu Dhabi Education Council, UPSAD і генерального секретаря Міністерства президентських справ. У першому підґрунті скарги заявник, зокрема, дорікав постанові від 28 травня 2019 року за визнання його вимог до Міністерства президентських справ ОАЕ неприйнятними, оскільки іноземна держава не може посилається на судовий імунітет у провадженні, що виникає з комерційної транзакції, укладеної з приватною особою.

У другому підґрунті він стверджував, що іноземна держава не має права на судовий імунітет щодо особи, яка не має, у провадженні проти цієї держави в судах останньої, доступу до засобу правового захисту судового характеру з гарантіями незалежності, безсторонності та справедливості. На підтримку обох підґрунтів він послався на принципи міжнародного права щодо судового імунітету іноземних держав і статтю 6 § 1 Конвенції.

13.Постановою від 3 березня 2021 року Касаційний суд відхилив скаргу заявника. Стосовно його доводів суд зазначив:

«(...)

4. Згідно з принципами міжнародного звичаєвого права, іноземні держави користуються судовим імунітетом, коли акт, що є предметом спору, за своєю природою або метою бере участь у здійсненні суверенітету цих держав і, отже, не є актом управління.

5. Постанова насамперед зазначає, що згідно зі статтями 120 і 121 Конституції федеральної держави Об'єднані Арабські Емірати в редакції 1996 року сфера освіти віднесена до компетенції федеральних органів нарівні з зовнішніми зносинами, обороною, валютою, питаннями громадянства, імміграції або охорони здоров'я.
6. Потім вона встановлює, що, згідно з власними твердженнями пана Ренуара, він отримав доручення від цієї держави та її утворень вести роботу з французькими органами влади щодо реалізації проєкту створення в Абу-Дабі філії університету «Сорбонна», що призвело до укладення листа про наміри від 17 липня 2005 року, підписаного Міністерством президентських справ, і дозволило підписати остаточну угоду від 19 лютого 2006 року Міністерством вищої освіти і наукових досліджень про створення UPSAD.
7. Нарешті, вона зазначає, що UPSAD була створена як публічно-правовий адміністративний заклад еміратського права законом № 14 від 2006 року, ухваленим 26 травня 2006 року, що з довідки Департаменту фінансів Абу-Дабі випливає, що це некомерційний університет, який повністю належить емірату Абу-Дабі (Департамент освіти та знань), що федеральна держава делегувала цьому еміратові виконання угод від 17 липня 2005 року та 19 лютого 2006 року в рамках децентралізації цієї публічної служби, що основну частину його річного бюджету становлять щорічні асигнування з бюджету того ж емірату на підставі рекомендацій Департаменту освіти та знань, завдання якого – досягнути національних цілей у сфері розвитку освіти відповідно до найкращих міжнародних стандартів, що його порядок функціонування істотно залежить від рішень уряду емірату Абу-Дабі, що його інфраструктура є власністю Міністерства вищої освіти і що, хоча плата за навчання для студентів – громадян ОАЕ є безкоштовною згідно зі статтею 17 Конституції, стаття 5.3 остаточної угоди від 19 лютого 2006 року передбачає систему стипендій.

8. Виходячи з цих констатацій і висновків, з яких випливає, що посередницька та впливова місія, покладена на пана Ренуара, оскільки вона була спрямована на створення закладу вищої освіти на основі міжнародного партнерства, за своєю метою була частиною здійснення акту в інтересах публічної служби освіти, апеляційний суд, який не був зобов'язаний слідувати сторонам у подробицях їхніх доводів, правильно дійшов висновку, що Міністерство президентських справ, яке діяло в рамках здійснення суверенітету федеральної держави Об'єднані Арабські Емірати, мало право посилатися на імунітет. (...)
9. Право доступу до суду, гарантоване статтею 6 § 1 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод, не порушується в своїй ефективності судовим імунітетом, яким користується іноземна держава, якщо позивачеві не заборонено звернутися зі своїм позовом до судів держави відповідача і якщо відсутність незалежності та безсторонності таких судів не може вважатися презюмованою a priori.
10. Після того, як постанова нагадала, що винятки з принципу судового імунітету допускаються лише тоді, коли міжнародна організація не забезпечує жодної розумної внутрішньої процедури оскарження, або коли законодавство держави виводить з-під юрисдикції судів цілий ряд цивільних позовів чи звільняє від будь-якої відповідальності певні категорії осіб, апеляційний суд встановив, що пан Ренуар не довів, що йому могли бути поставлені такі перешкоди під час провадження перед судами ОАЕ.
11. Цим єдиним мотивом, із якого випливає, що пан Ренуар не був a priori поставлений у ситуацію ризику відмови в правосудді, апеляційний суд, який не мав обов'язку проводити дослідження, що стали би недоречними з огляду на його констатації, належним чином обґрунтував своє рішення в цій частині (...).»
14. У своєму рішенні від 20 червня 2003 року (Cass. Mixte, 20 juin 2003, pourvois nos 00-45629 et 00-45630, Bull. Ch. M. no 4), на яке посилаються сторони, Касаційний суд сформулював такий принцип (з посиланням на принципи міжнародного права щодо судового імунітету іноземних держав):

«(...) іноземні держави та органи, які є їхніми утвореннями, користуються судовим імунітетом лише тією мірою, якою акт, що є предметом спору, за своєю природою або метою бере участь у здійсненні суверенітету цих держав і, отже, не є актом управління (...).»

15. Застосовуючи цей принцип, Касаційний суд скасував рішення апеляційного суду, який визнав за Лівією право на судовий імунітет у спорі щодо договору про допомогу в стягненні лівійських активів за кордоном і протоколу, укладеного приватною компанією з Лівією, у якому остання визнавала себе боржником із виплати комісійних. Касацію було постановлено на тій підставі, що апеляційний суд не дослідив природу договору, підпорядкованого приватному праву, і природу протоколу, а також мету, яку він переслідував, у контексті (Cass. 1re civ., 12 janvier 2022, pourvoi no 20-20516).

Уряд представляв тодішній Уповноважений – пан Хаджі Алі Ачикгюль (Насі Алі Ачікгюль), колишній керівник Департаменту з прав людини Міністерства юстиції Турецької Республіки.

III. ВІДПОВІДНЕ МІЖНАРОДНЕ ПРАВО

A. Конвенція ООН від 2 грудня 2004 року про юрисдикційні імунітети держав та їх власності

16. Судовий імунітет держав регулюється міжнародним звичаєвим правом, кодифікація якого здійснена Конвенцією ООН від 2 грудня 2004 року про юрисдикційні імунітети держав та їх власності («далі – КЮІДВ»). Ця конвенція, однак, досі не набула чинності через відсутність 30 необхідних актів ратифікації, прийняття, затвердження або приєднання. Франція підписала її 17 січня 2007 року та ратифікувала законом № 2011-734 від 28 червня 2011 року. ОАЕ не є її учасником.

17. Стаття 5 КЮІДВ закріплює загальний принцип імунітету держави та її майна перед судами іншої держави (латинський принцип *par in parem non habet imperium* – «рівний над рівним влади не має», тобто держава не може бути підпорядкована юрисдикції іншої держави).

18. Відповідні положення Конвенції:

Стаття 2 – Використання термінів

«1. Для цілей цієї Конвенції:

(...)

с) вираз «комерційна операція» означає:

- i) будь-який договір або операцію комерційного характеру щодо продажу товарів або надання послуг;
- ii) будь-який кредитний договір або іншу фінансову операцію, включно з будь-яким зобов'язанням гарантії або відшкодування, пов'язаним із таким кредитом або операцією;
- iii) будь-який інший договір або операцію комерційного, промислового характеру або пов'язані з поставкою товарів чи послуг, за винятком трудового договору.

2. При визначенні того, чи є договір або операція «комерційною операцією» у значенні підпункту с) пункту 1, слід, насамперед, брати до уваги характер договору або операції, але також необхідно враховувати їхню мету, якщо сторони договору або операції так домовилися, або якщо, згідно з практикою держави суду, ця мета є релевантною для визначення некомерційного характеру договору або операції. (...)

(...)

Стаття 10 – Комерційні операції

«1. Якщо держава здійснює з фізичною або юридичною особою іноземної державності комерційну операцію і якщо відповідно до застосованих норм міжнародного приватного права спори щодо цієї комерційної операції підпадають під юрисдикцію суду іншої держави, держава не може посилаючись на судовий імунітет перед цим судом у провадженні, що впливає з цієї операції.

2. Пункт 1 не застосовується:

- a) у разі комерційної операції між державами; або
 - b) якщо сторони комерційної операції прямо домовилися інакше.
- (...)

В. Відповідна практика Міжнародного Суду ООН

19.В рішенні у справі «Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy; Greece intervening)» (3 лютого 2012 року, Збірник рішень МС ООН 2012, § 101) Міжнародний Суд відхилив тезу про те, що

іmunітет можна скасувати в разі безрезультатності всіх інших заходів із отримання відшкодування. Він, зокрема, зазначив:

«101. (...) Суд не вбачає у практиці держав, з якої впливає міжнародне звичаєве право, жодного елемента, що дозволяв би стверджувати, ніби міжнародне право ставить право держави на іmunітет у залежність від існування інших ефективних засобів отримання відшкодування. Ані внутрішнє право, що регулює ці питання, ані практика національних судів, які розглядали заперечення, засновані на іmunітеті, не дають підстав зробити висновок, що право на такий іmunітет підпорядковане подібній попередній умові. Держави також не передбачили такої умови в Європейській конвенції чи Конвенції ООН.»

IV. ПРАВО

В. Суть

1. Доводи сторін

а) Заявник

22. Заявник визнає, що надання ОАЕ судового іmunітету в цій справі переслідувало легітимну мету, але вважає, що обмеження його права доступу до суду було непропорційним. Він дорікає національним судам тим, що вони відступили від загально визнаних правил щодо іmunітету держав, відмовившись кваліфікувати його посередницьку місію як «комерційну операцію» і тим самим виключити можливість застосування до ОАЕ судового іmunітету.
23. Для кваліфікації своєї місії заявник, крім звичаєвих норм, закріплених у КЮІДВ, посилається на практику Суду ЄС. Зокрема, він покликається на рішення Суду ЄС від 7 травня 2020 року у справі LG та інші проти Rina SpA та Ente Registro Italiano Navale, C-641/18, EU:C:2020:349, пункт 41, у якому Суд ЄС висловився щодо застосовності Регламенту (ЄС) № 44/2001 Ради від 22 грудня 2000 року про юрисдикцію, визнання та виконання судових рішень у цивільних і комерційних справах щодо позову про відшкодування шкоди проти компанії, що здійснювала діяльність із класифікації та сертифікації суден від імені й за дорученням держави, та щодо можливості такої компанії посилатися на судовий іmunітет цієї держави перед судами іншої

держави через цю діяльність. Суд ЄС, зокрема, постановив, що «сам по собі той факт, що певні види діяльності мають публічну мету, не є достатнім для того, щоб кваліфікувати такі дії як здійснювані *iure imperii*, якщо вони не передбачають використання повноважень, які виходять за межі правил, застосовних у відносинах між приватними особами».

Виходячи з цього, заявник робить висновок, що, згідно з чинним міжнародним звичаєвим правом, судовий імунітет держави обмежується діяльністю, що передбачає використання владних прерогатив; сам по собі публічний характер мети діяльності є недостатнім. Він стверджує, що національні суди не могли визнати за ОАЕ право на імунітет, не обґрунтувавши, яким чином його посередницька місія була пов'язана з такими прерогативами і тим самим унеможлиблювала кваліфікацію її як «комерційної операції».

24. Заявник зазначає, що освітня діяльність не вважається суто суверенною функцією у французькому праві, що стаття 18 Конституції ОАЕ допускає приватну ініціативу в сфері освіти і що в ОАЕ існує чимало приватних навчальних закладів. Він додає, що підтримка державою ОАЕ UPSAD обмежувалася матеріальною та фінансовою допомогою, тоді як освітня місія забезпечувалася виключно французькою стороною, і робить висновок, що створення UPSAD не становило суверенну місію для ОАЕ. Обставина, що UPSAD є некомерційною установою або застосовує соціально орієнтовану плату, на його думку, недостатня для того, щоб віднести операцію до сфери суверенних функцій.

Нарешті, він наголошує, що не був ані дипломатом, ані громадянином ОАЕ і що держава не наділяла його жодною владною прерогативою, зокрема правом укладати зобов'язання від імені держави; переговори проводилися безпосередньо між університетом «Парі-Сорбонна» та еміратськими міністерствами, без залучення дипломатичних служб.

25. Посилаючись на статтю 2 КЮІДВ, заявник дорікає національним судам, що вони зосередилися виключно на меті операції, не врахувавши природу договору.

26. Він стверджує, що усний договір, який пов'язував його з еміратською владою, не містив жодних положень, що виходили б

- за межі загального права. Він додає, що за французьким правом брокерська діяльність (*courtage*) вважається комерційною і робить висновок, що пріоритетний критерій «характеру» операції, згідно зі статтею 2 КЮІДВ, мав би привести до визнання її «комерційною операцією» і, отже, до виключення судового імунітету ОАЕ.
27. Нарешті, заявник дорікає національним судам за відмову визнати встановленою відсутність безсторонності судів ОАЕ, незважаючи на надані ним докази дефіциту незалежності й безсторонності цих судів щодо політичної влади. Він вважає «надмірною» вимогу попереднього звернення до судів ОАЕ з огляду на вже подані ним докази й труднощі, які, у будь-якому разі, існували б щодо доведення відсутності безсторонності *ex post* лише зі змісту іноземного судового рішення.

b) Уряд

28. Уряд насамперед стверджує, що надання судового імунітету еміратській владі переслідувало легітимну мету – забезпечити дотримання міжнародного права для підтримання ввічливості та добрих відносин між державами шляхом поваги до суверенітету іншої держави.
29. Далі він вважає, що обмеження права заявника на доступ до правосуддя не було непропорційним, оскільки воно відповідало загальновизнаним правилам міжнародного права щодо судового імунітету держав.
30. На думку Уряду, необхідно оцінювати національні рішення в світлі КЮІДВ, яка відображає звичаєве міжнародне право в цій сфері. Натомість він заперечує релевантність посилань на рішення Суду ЄС у справі LG та інші проти Rina SpA та Ente Registro Italiano Navale, оскільки це рішення стосується сфери застосування Регламенту «Брюссель I», а не питання судового імунітету держав.
31. Нагадавши положення статті 2 КЮІДВ (п. 18 вище) та підкресливши, що критерій мети операції є справді релевантним згідно з французькою практикою, Уряд зазначає, що національні суди звернулися до аналізу мети посередницької місії, аби визначити її некомерційний характер. Він нагадує, що національні суди врахували, зокрема, те, що статті 120 і 121 Конституції ОАЕ відносять сферу освіти до компетенції

федеральних органів, поряд з іншими суверенними сферами, що UPSAD створена як публічно-правовий адміністративний заклад еміратського права, що основну частину її фінансів складають щорічні асигнування з бюджету емірату Абу-Дабі, що її функціонування тісно пов'язане з рішеннями уряду емірату Абу-Дабі, а її інфраструктура належить Міністерству вищої освіти.

Заперечуючи тезу заявника, ніби участь ОАЕ обмежувалася матеріальною й фінансовою підтримкою, Уряд наголошує, що проєкт створення UPSAD вписувався в контекст міжнародної політики, спрямованої на зміцнення ролі ОАЕ в сфері освіти. За своєю метою посередницька місія заявника, на думку Уряду, була частиною здійснення акту в інтересах публічної служби освіти ОАЕ.

32. Уряд додає, що національні суди не оминули увагою й характер спірної місії. Він вважає, що, попри відсутність положень, які виходили б за межі загального права, йдеться не про класичну місію посередництва та впливу, як стверджує заявник, а про місію з дипломатичним виміром, що включала посередництво перед французькими органами влади й інституціями. Це, за його словами, робило заявника учасником «дипломатії впливу» ОАЕ та пов'язувало його місію з реалізацією владних прерогатив.

На думку Уряду, не має значення, чи є викладання суверенною функцією за французьким правом, оскільки заявник не здійснював викладання, а сприяв створенню проєкту міжнародної співпраці у сфері освіти.

33. Уряд доходить висновку, що посередницьку місію заявника не можна кваліфікувати як «комерційну операцію» ані за її характером, ані за її метою. Він також підкреслює, що національні суди провели ґрунтовний аналіз обставин справи з огляду на застосовні принципи міжнародного права й детально мотивували свої рішення.

34. Нарешті, Уряд вважає довод заявника щодо відсутності незалежності та безсторонності судів ОАЕ нерелевантним, оскільки право держави посилатися на судовий імунітет не ставиться в залежність від наявності альтернативних ефективних засобів правового захисту. Він посилається на згадане рішення

МС ООН у справі «Jurisdictional Immunities of the State» (§ 19 вище).

Уряд додає, що заявник мав і досі має можливість звернутися до судів ОАЕ. Отже, на його думку, визнання за ОАЕ судового імунітету не становить непропорційного обмеження його права доступу до суду.

2. Оцінка Суду

Загальні принципи

35. Суд нагадує, що пункт 1 статті 6 Конвенції гарантує кожному право на те, щоб суд розглянув будь-який спір щодо його прав та обов'язків цивільного характеру (*Golder v. the United Kingdom*, 21 лютого 1975 року, §§ 28–36, Series A, № 18; *Fogarty v. the United Kingdom [GC]*, № 37112/97, § 32, ECHR 2001-XI (витяги); *Jones and Others v. the United Kingdom*, №№ 34356/06 і 40528/06, § 186, ECHR 2014).

36. Однак право доступу до судів не є абсолютним: воно допускає обмеження, які неявно визнаються, оскільки за своєю природою потребує регулювання державою. У цій сфері держави-учасниці користуються певною межею розсуду. Водночас саме Суду належить ухвалювати остаточне рішення щодо дотримання вимог Конвенції; він має перевірити, чи не обмежують запроваджені обмеження доступ, наданий особі, таким чином або до такої міри, що право вражається у самій своїй суті. Крім того, такі обмеження сумісні з пунктом 1 статті 6 лише тоді, коли вони переслідують легітимну мету і коли існує розумне співвідношення пропорційності між використаними засобами та поставленою метою (*McElhinney v. Ireland [GC]*, № 31253/96, § 34, ECHR 2001-XI (витяги); *Cudak v. Lithuania [GC]*, № 15869/02, § 55, ECHR 2010; *Sabeh El Leil v. France [GC]*, № 34869/05, § 47, 29 червня 2011 року).

37. Крім того, Конвенцію слід тлумачити у світлі принципів, закріплених у Віденській конвенції про право міжнародних договорів від 23 травня 1969 року, яка в підпункті «с» пункту 3 статті 31 встановлює, що необхідно брати до уваги «будь-яке відповідне правило міжнародного права, що застосовується у відносинах між сторонами». Адже Конвенція, включно зі статтею 6, не може тлумачитися у відриві від загального контексту. Отже, Суд не повинен випускати з поля зору специфічний характер Конвенції як договору про колективні гарантії

прав людини, але водночас має враховувати релевантні принципи міжнародного права, зокрема ті, що стосуються надання імунітету державам (Fogarty, згадане вище, § 35; Cudak, згадане вище, § 56; Sabeh El Leil, згадане вище, § 48; Oleynikov v. Russia, № 36703/04, § 56, 14 березня 2013 року).

38. Відтак, загалом не можна вважати непропорційним обмеженням права на доступ до суду, гарантованого пунктом 1 статті 6 Конвенції, ті заходи, яких уживає Висока Договірна Сторона і які відображають загальновизнані норми міжнародного права у сфері імунітету держав. Так само як право на доступ до суду є невід'ємною складовою гарантії справедливого судового розгляду, що надається цією статтею, певні обмеження доступу слід вважати внутрішньо притаманними цьому праву; прикладом таких обмежень є обмеження, які загалом визнаються міжнародним співтовариством як такі, що впливають із доктрини імунітету держав (Fogarty, згадане вище, § 36; McElhinney, згадане вище, § 37; Cudak, згадане вище, § 57; Sabeh El Leil, згадане вище, § 49).

39. Щодо застосовних норм міжнародного права Суд нагадує, що у міжнародному праві добре усталено: навіть якщо договір не ратифіковано, його положення можуть мати обов'язкову силу – понад ті зобов'язання, які він створює для договірних сторін, – якщо вони відображають норми міжнародного звичаєвого права, чи то «кодифікуючи» його, чи то породжуючи нові звичаєві норми (Cudak, згадане вище, § 66; Sabeh El Leil, згадане вище, § 54). Так, Суд уже зазначав, що статті 10 і 11 Конвенції ООН про юрисдикційні імунітети держав та їхньої власності (КНУІДВ) застосовуються як норми звичаєвого міжнародного права, навіть якщо держава-відповідач не ратифікувала цю конвенцію, за умови, що вона також не заперечувала проти неї (Sabeh El Leil, згадане вище, §§ 57–58; Oleynikov, згадане вище, § 66).

40. Крім того, слід нагадати, що насамперед саме національні органи, зокрема суди, покликані тлумачити внутрішнє право (Molla Sali v. Greece [GC], № 20452/14, § 149, 19 грудня 2018 року). Те саме стосується ситуацій, коли внутрішнє право відсилає до положень загального міжнародного права або міжнародних договорів (Waite and Kennedy v. Germany [GC], № 26083/94, § 54, ECHR 1999-I). Якщо таке тлумачення не є свавільним або явно нерозумним, завдання Суду

обмежується з'ясуванням того, чи сумісні його наслідки з Конвенцією (J.C. and Others v. Belgium, № 11625/17, § 55, 12 жовтня 2021 року).

41. Суд також нагадує, що таке обмеження повинно переслідувати легітимну мету, а імунітет держав, закріплений міжнародним правом, походить від принципу *par in parem non habet imperium*, згідно з яким одна держава не може бути підсудною судам іншої держави (Cudak, згадане вище, § 60; Al-Adsani v. the United Kingdom [GC], № 35763/97, § 54, ECHR 2001-XI; Sabeh El Leil, згадане вище, § 52). Суд зазначав, що надання імунітету державі в цивільному провадженні переслідує легітимну мету – дотримання міжнародного права з тим, щоб сприяти міжнародній ввічливості та добрим відносинам між державами шляхом поваги до суверенітету іншої держави (там само).

42. Нарешті, оскаржуване обмеження також повинно бути пропорційним поставленій меті. У цьому зв'язку Суд нагадує, що доктрина абсолютного імунітету держав протягом багатьох років зазнала значної ерозії, зокрема у зв'язку з прийняттям КНУІДВ (Cudak, згадане вище, § 64; Sabeh El Leil, згадане вище, § 53).

Застосування цих принципів до конкретної справи

43. У цій справі, так само як і сторони, які з цього питання одностайні, Суд вважає, що надання Об'єднаним Арабським Еміратам (ОАЕ) імунітету від юрисдикції переслідувало зазначену легітимну мету.

44. Залишається вирішити питання, чи мало оскаржуване обмеження права заявника на доступ до суду достатню правову підставу та чи було воно пропорційним поставленій меті.

45. У цьому контексті Суд нагадує, що положення міжнародного договору, які відображають норми звичаєвого права, застосовуються до держави-відповідача навіть тоді, коли вона не ратифікувала цей договір, якщо тільки вона йому не заперечувала. У цій справі Суд зазначає, що хоча КЮІДВ досі не набрала чинності, Франція не лише підписала цю конвенцію 17 січня 2007 року, а й ратифікувала її 28 червня 2011 року (див. пункт 16 вище).

46. Суд також відзначає, що відповідно до усталеної практики Касаційного суду національні суди, посиляючись на принципи міжнародного права, виключають імунітет від юрисдикції іноземних

держав, якщо акт, що став підставою спору, є актом управління (*acte de gestion*) (див. пункт 14 вище). Хоча при цьому вони прямо не посилаються на положення КЮІДВ, проте фактично керуються критеріями, встановленими у статті 2 цієї конвенції, щоб визначити, чи може спірний акт бути кваліфікований як акт управління (див. пункт 15 вище).

47. Отже, Суд вважає, що немає підстав відходити від висновку національних судів про те, що статті 2 і 10 КЮІДВ, які є релевантними в цій справі, застосовуються до держави-відповідача як норми звичаєвого міжнародного права (для подібного підходу див. *Cudak*, згадане вище, §§ 66–67; *Sabeh El Leil*, згадане вище, § 54; *Oleynikov*, згадане вище, § 66).

48. Отже, Суд розгляне рішення, винесені національними судами у цій справі, у світлі зазначених міжнародних норм і з огляду на пункт 1 статті 6 Конвенції.

49. Посилаючись на визначення поняття «комерційна операція» (*transaction commerciale*), наведене у статті 2 КЮІДВ (див. пункт 18 вище), Суд вважає, що, оскільки у французькому праві використовується критерій мети (або цільового призначення) операції (див. пункти 14 і 15 вище), у цій справі його слід враховувати поряд з критерієм характеру операції.

50. У цьому зв'язку Суд зазначає, що в цій справі національні суди, включно з Паризьким апеляційним судом у рішенні від 30 жовтня 2015 року, в якому було відхилено імунітет від юрисдикції ОАЕ, послідовно посилалися на обидва критерії – характер і мету – для того, щоб визначити, чи має доручення, надане заявникові еміратською державою у зв'язку зі створенням UPSAD, бути кваліфіковане як «комерційна операція» у сенсі статті 10 КЮІДВ.

51. Щодо ваги, наданої критерію мети операції, Суд відзначає, що відсутність письмового договору ускладнювала в цій справі аналіз характеру заявленого мандату (зокрема точного змісту доручення й можливої наявності умов, що виходять за межі загального права), тоді як ціль операції була докладно задокументована. Суд встановлює, що національні суди, попри це, не проігнорували характер спірної операції. Так, у рішенні від 28 травня 2019 року Паризький

апеляційний суд спершу констатував, що доручення, надане заявникові, за його ж власними твердженнями, полягало у здійсненні контактів з французькими органами для реалізації проекту створення в Абу-Дабі філії університету Сорбонна. Далі суд докладно відповів на доводи заявника, який стверджував, що високий розмір реєстраційних внесків в UPSAD підтверджує комерційний характер операції (див. пункт 11 вище), підкресливши тісні зв'язки між UPSAD та еміратськими органами влади. У цьому зв'язку Суд зазначає, що апеляційний суд не обмежився декларативними твердженнями, а обґрунтував своє рішення посиланнями на документи та факти, доведені до його відома (див. для порівняння *Sabeh El Leil*, згадане вище, § 64).

52. Таким чином, Суд констатує, що в цій справі національні суди здійснили ґрунтовний аналіз спірної операції (див. для порівняння *Oleynikov*, згадане вище, §§ 69–71), спираючись на елементи, пов'язані як з характером, так і з метою спірного доручення, та дійшли висновку, що воно є складовою здійснення суверенітету ОАЕ. Відповівши на всі доводи заявника, суди зробили висновок, викладений у рішеннях, мотивованих як фактично, так і з правової точки зору, що в цій справі до ОАЕ застосовується імунітет від юрисдикції. На думку Суду, такий підхід, який не суперечить звичаєвим міжнародним правилам, закріпленим у статтях 2 і 10 КНУІДВ, не є свавільним і не виявляє жодного явно нерозумного тлумачення того, як національні суди застосували ці норми до обставин конкретної справи (див. для подібного підходу *J.C. and Others v. Belgium*, згадану вище, § 63).

53. Щодо заявленої відсутності незалежності та безсторонності судів ОАЕ Суд насамперед відзначає, що в цьому пункті заявник обмежується критикою оцінки тягаря доведення, здійсненої національними судами. Далі Суд вважає, що, беручи до уваги принцип імунітету від юрисдикції держав, метою якого є збереження міжнародної ввічливості та добрих відносин між державами, не можна докоряти французьким судам за те, що вони відмовилися презюмувати відсутність незалежності та безсторонності судів ОАЕ. Нарешті, Суд вважає, що немає підстав ставити під сумнів оцінку національних судів, які дійшли висновку, що заявник не довів, нібито його позов про стягнення гонорарів, поданий до судів ОАЕ, зіштовхнувся б з тим, що еміратське законодавство виводить з-під юрисдикції судів цілу

категорію цивільних позовів або звільняє від відповідальності певні категорії осіб.

54. З урахуванням усіх наведених міркувань Суд робить висновок, що французькі суди в цій справі не відступили від загальноновизнаних принципів міжнародного права у сфері імунітету держав, а тому обмеження права заявника на доступ до суду не може вважатися непропорційним вимогам пункту 1 статті 6 Конвенції.

55. Отже, Суд доходить висновку, що порушення пункту 1 статті 6 Конвенції не було.

V. ОКРЕМА РОЗБІЖНА ДУМКА СУДДІ СЕРГІДЕСА (СУДДЯ ЄСПЛ ВІД КІПРСЬКОЇ РЕСПУБЛІКИ)

1. Ця справа стосується застосування імунітету держави від юрисдикції у спорі між заявником, який проживає в Парижі, та Об'єднаними Арабськими Еміратами щодо виплати гонорару за його посередницьку роль у проєкті створення Університету Париж-Сорбонна Абу-Дабі. Вона, зокрема, порушує питання, чи відступили національні суди від загальноновизнаних принципів міжнародного права, відмовившись кваліфікувати його посередницьку місію як «комерційну операцію» у значенні статей 2 та 10 Конвенції ООН від 2 грудня 2004 року про юрисдикційні імунітети держав та їх власності («КЮІДВ»), яка відображає відповідне звичаєве міжнародне право, та, визнавши таким чином за Об'єднаними Арабськими Еміратами імунітет від юрисдикції. Заявник стверджував порушення статті 6 § 1 Конвенції.
2. У цій справі порушуються питання ієрархії та колізії норм, зокрема між, з одного боку, фундаментальним правом доступу до суду та, з іншого боку, міжнародною нормою та практикою щодо імунітету держав – або, ширше, між Конвенцією та КЮІДВ. З одного боку, право доступу до суду є наріжним каменем верховенства права і становить фундаментальне право людини, яке гарантує індивідам можливість вимагати правосуддя та захисту своїх прав. З іншого боку, доктрина імунітету держав, що походить з принципів суверенної рівності та міжнародної ввічливості, захищає держави від юрисдикції іноземних судів. Отже, між цими двома нормами, які відрізняються за своєю

природою, змістом та правовими площинами, на яких вони діють, може виникати конфлікт: право доступу до суду має процесуальний характер, але водночас виконує матеріальну функцію, забезпечуючи судовий захист, і походить з міжнародного права прав людини; імунітет держав, який належить до міжнародного публічного права, є процесуальною та юрисдикційною нормою, що обмежує юрисдикцію[1]. Це одна з найважливіших і водночас найскладніших проблем, які постають у контексті Конвенції, і вона заслуговує на більш глибокий розгляд. Ця окрема думка має на меті з'ясувати, чи в обставинах цієї справи одна з норм повинна поступитися іншій, тобто чи повинно фундаментальне право доступу до суду переважити норму про імунітет, чи навпаки.

3. У пункті 54 рішення Суд доходить висновку, що французькі суди у цій справі не відступили від загальновизнаних принципів міжнародного права в галузі імунітету держав, і що обмеження права заявника на доступ до суду не можна вважати непропорційним з огляду на вимоги статті 6 § 1 Конвенції. Відповідно, як зазначає Суд у наступному пункті – пункті 55 рішення, – порушення цієї норми не було; цей висновок відображений у пункті 2 резолютивної частини рішення. У пункті 1 резолютивної частини Суд визнає заяву прийнятною, з чим я погоджуюся, але з причин, які поясню наприкінці цієї думки.
4. З усією повагою до своїх колег я не можу погодитися з наведеним висновком про відсутність порушення статті 6 § 1. Мій розбіжний підхід із висновком Суду можна коротко пояснити так. Мотивування, на якому ґрунтується рішення, не становить справжньої оцінки пропорційності. Обмеживши свій аналіз питанням, чи дотрималися національні суди, зокрема Паризький апеляційний суд (у рішенні від 28 травня 2019 року) та Касаційний суд, загальновизнаних принципів міжнародного права, Суд фактично підміняє пропорційність законністю. Додержання міжнародного права стає і передумовою, і висновком, що залишає жодного простору для зважування індивідуального права доступу до суду з інтересом держави, який впливає із суверенної рівності, тобто з імунітету держав. Таким чином, пропорційність зводиться до тавтології: обмеження визнається пропорційним лише тому, що воно відповідає міжнародному праву, КЮІДВ та звичаєвому міжнародному праву.

5. Далі я викладу більш розгорнутий аналіз своїх заперечень. Як вступ до правових питань, які порушує ця справа, слід підкреслити, що Конвенція має на меті забезпечити ефективний захист прав людини, і ця мета досягається відповідно до фундаментального для Конвенції принципу ефективності. Щодо не абсолютних прав (тобто прав, які допускають обмеження чи застереження, таких як права, що захищаються статтями 8–11 Конвенції), цей принцип вимагає: а) тлумачити відповідне право широко; б) тлумачити будь-яке обмеження цього права вузько або суворо; с) забезпечувати досягнення справедливого балансу між правом та обмеженням; і d) тлумачити відповідне положення Конвенції та застосовувати його до обставин справи таким чином, щоб здійснення відповідного права було конкретним і ефективним, а не теоретичним чи ілюзорним. Ці чотири елементи я називаю «критеріями ефективності» або «вимірами» принципу ефективності.
6. Уперше Суд визнав право доступу до суду, вивівши його з права на справедливий судовий розгляд, гарантованого статтею 6 § 1, у справі *Golder проти Сполученого Королівства* (№ 4451/70, § 36, 21 лютого 1975 року (Пленум)). На мою думку, для цього Суд неявно застосував принцип ефективності. Це право, будучи імпліцитним і не абсолютним, яке підлягає імпліцитним обмеженням, також повинно підпорядковуватись чотирьом критеріям, що регулюють механізм його ефективного захисту. Це виглядає ще більш необхідним, ніж щодо інших прав, не лише тому, що стаття 6 закріплює право, без якого домагання будь-якого іншого права є неможливим, а й тому, що за відсутності доступу до суду сам шлях до захисту повністю блокується. Однак, на жаль, підхід, застосований Судом у цій справі – як і в інших справах, де право доступу до суду зіштовхується з виключенням на підставі імунітету, – порушує цей механізм захисту, оскільки не застосовує не лише один, а всі чотири критерії ефективності.
7. Ця проблема тим більш разюча, що покладені в її основу принципи не є ні новими, ні складними. Навпаки, вони складають ядро тлумачення Конвенції і постійно згадуються в практиці Суду. Парадоксально, але саме найфундаментальніші й, на перший погляд, очевидні принципи – такі як принцип ефективності та його різні виміри – найважче реалізувати у справах, пов'язаних з імунітетом держав. Їх очевидність може

спричинити несвідому тенденцію нехтувати ними, вважати їх самоочевидними, а відтак уникати ретельних аналітичних зусиль, яких вони вимагають. У наукових термінах можна сказати, що «видимість» принципу нерідко робить його «невидимим» на епістемологічному рівні: чим більше гарантія сприймається як аксіома, тим легше її недооцінюють у судовій практиці. Ця динаміка не завжди усвідомлюється одразу. Часто вона виявляється лише після ретельного аналізу практики, особливо тоді, коли відповідна практика видається усталеною і тим самим стримує критичний перегляд, у якому постійно мають потребу різні виміри принципу ефективності. У моєму випадку це усвідомлення стало виразнішим із часом.

8. У цій справі – так само, як і в інших подібних справах, де протиставляються право доступу до суду та доктрина імунітету держав, – саме це, на мою думку, і сталося. Суд, очевидно, керуючись чітким баченням результату та надмірною прив'язаністю до структури імунітету держави, відсунув на задній план фундаментальні зобов'язання щодо тлумачення, які покладено на нього Конвенцією. Це призвело до відхилення від усталеного методу тлумачення, заснованого на ефективності, який був замінений результатоморієнтованим підходом, що спирається головню на міркування, пов'язані з імунітетом держав.
9. Тепер я проаналізую кожен із чотирьох критеріїв ефективності й покажу, що в цій справі їх не лише було проігноровано Судом, але фактично застосовано у зворотний спосіб, що істотно підірвало ті гарантії Конвенції, які вони покликані захищати.

а) Щодо другого критерію ефективності – вузького тлумачення обмежень

У другому з наведених критеріїв ефективності йдеться про те, що будь-яке обмеження права слід тлумачити суворо й вузько. У цій справі відповідне обмеження – а саме норма про імунітет держав – було не лише позбавлене такого суворого або вузького тлумачення; фактично, його застосування призвело до абсолютного й загального обмеження, а отже, до практичного заперечення права доступу до суду. Як я вже зазначав в іншому контексті, дотепер ми визнавали існування абсолютних прав у межах Конвенції, але не абсолютних обмежень, оскільки абсолютне обмеження призводить до «смерті» права – або до повної відсутності права[2]. Суддя Лукаїдіс у своїй окремій думці в

справі Al-Adsani проти Сполученого Королівства (№ 35763/97, 21 листопада 2001 року) слушно зауважив:

«Будь-який різновид загального імунітету, незалежно від того, ґрунтується він на міжнародному чи національному праві, який національний суд застосовує для того, щоб повністю перешкодити ухваленню судового рішення щодо цивільного права без зважування конкуруючих інтересів, а саме тих, які захищає відповідний імунітет, і тих, що впливають із характеру конкретної вимоги, для розгляду якої порушено провадження, становить таке обмеження права, гарантованого статтею 6 § 1 Конвенції, яке є непропорційним і тому призводить до її порушення. Суди повинні мати можливість зважувати конкуруючі інтереси – в наданні імунітету або, навпаки, у забезпеченні судового вирішення цивільного права – після аналізу предмета відповідного провадження.

(...) На мою думку, несумісність із статтею 6 § 1 наявна в усіх випадках, коли застосування таких імунітетів є автоматичним і не передбачає зважування конкуруючих інтересів, про які я говорив вище».

У такому ж дусі в справі McElhinney проти Ірландії (№ 31253/96, 21 листопада 2001 року) суддя Лукадіс у своїй окремій думці зазначив, що «в сучасному демократичному суспільстві абсолютний імунітет від судового переслідування постає як анахронічна доктрина, несумісна з вимогами справедливості та верховенства права»[3]. Аналогічно в справі Fogarty проти Сполученого Королівства (№ 37112/97, 21 листопада 2001 року) цей же суддя, знову не погодившись із більшістю, висловив такі міркування:

«3) Обмеження прав, гарантованих Конвенцією, наприклад її статтею 6 (доступ до суду), потребують вузького й суворого тлумачення.

Навіть якщо вважати, що заявлений імунітет застосовний до фактів цієї справи, я вважаю, що оскільки йдеться про загальний імунітет, який автоматично перешкоджає доступу до суду без будь-якої можливості у суду оцінити конкуруючі інтереси з урахуванням обставин кожної конкретної справи, включно з обставинами самої вимоги, це несумісно з правом доступу до суду, гарантованим статтею 6 Конвенції.

У рішенні у справі Osman проти Сполученого Королівства від 28 жовтня 1998 року (Збірник рішень та ухвал 1998-VIII, §§ 151–154) Суд

визнав, що загальний імунітет, який переслідував легітимну мету – збереження ефективності поліції, але не дозволяв перевірити наявність інших міркувань загального інтересу, становив непропорційне обмеження права доступу до суду і, отже, порушував статтю 6 § 1. Хоча згодом цей висновок було переглянуто з огляду на те, що, зважаючи на фактичні обставини, мова йшла не про загальний імунітет, а про застосування принципів, які регулюють матеріальні підстави для звернення до суду у внутрішньому праві (див. рішення у справі Z та інші проти Сполученого Королівства [ВП], № 29392/95, § 100, ЄСПЛ 2001), я вважаю, що у справах, подібних до нинішньої, де на кону стоїть справжній загальний або абсолютний імунітет, принципи, викладені в рішенні у справі Osman, мають зберігати свою чинність. Тому такий імунітет не повинен перешкоджати доступу до суду, коли в конкретній справі інші міркування загального інтересу переважають».

На мою думку, підхід Суду до права доступу до суду має бути послідовним і сталим незалежно від того, про який вид імунітету йдеться – імунітет держав, внутрішньодержавний чи парламентський імунітет. У справі Osman проти Сполученого Королівства (згаданої в наведеній вище думці судді Лукаїдіса) Суд чітко зазначив, що загальний імунітет, який автоматично перешкоджає доступу до суду, не залишаючи суддям жодного простору для оцінки конкуруючих інтересів у світлі обставин кожної справи, зокрема тих, що стосуються самої вимоги, є несумісним із правом доступу до суду, гарантованим статтею 6 Конвенції. Цей же підхід Суд застосував щодо парламентського імунітету в справах Cordova проти Італії (№ 1) (№ 40877/98, 30 січня 2003 року) та Cordova проти Італії (№ 2) (№ 45649/99, 30 січня 2003 року), де було встановлено порушення статті 6 § 1. Як Суд зазначив у пункті 58 першого рішення Cordova і повторив у пункті 59 другого:

«Однак було б суперечливо меті та предмету Конвенції, якби Договірні Держави, приймаючи той чи інший із систем, зазвичай застосовуваних для надання імунітету членам парламенту, були тим самим звільнені від будь-якої відповідальності у світлі Конвенції у сфері відповідної діяльності. Слід нагадати, що Конвенція має на меті захищати права не теоретичні або ілюзорні, а конкретні й ефективні. Це зауваження особливо стосується права доступу до суду, з огляду на видатне місце права на справедливий судовий розгляд у демократичному суспільстві (див. Aït-Mouhoub проти Франції, рішення від 28 жовтня 1998 року,

Збірник 1998-VIII, с. 3227, § 52). Було б несумісним з верховенством права у демократичному суспільстві та з фундаментальним принципом, який лежить в основі статті 6 § 1, а саме що цивільні вимоги мають бути доступними для розгляду судом, якби державі було дозволено, без будь-яких застережень або без контролю з боку органів Конвенції, вилучити з компетенції судів цілу низку цивільних позовів або звільнити від будь-якої відповідальності певні категорії осіб (див. *Fayed проти Сполученого Королівства*)».

Ця аргументація, яка ґрунтується на самій практиці Суду, підтверджує, що імунітет держав не слід трактувати інакше, ніж внутрішньодержавний чи парламентський імунітет. Існування абсолютної перешкоди доступу до суду, без індивідуального судового розгляду, несумісне з гарантією «конкретних і ефективних» прав, яку забезпечує Конвенція[4].

Слід уточнити різницю між «абсолютним імунітетом»[5] (на відміну від «обмеженого імунітету») та імунітетом як «абсолютною заборонаю чи обмеженням». Імунітет може бути обмеженим, а не абсолютним – сфера його застосування може не охоплювати питання освіти чи фінансові, майнові або комерційні питання. Але там, де він застосовується, він фактично діє як абсолютне обмеження права доступу до суду. Натомість щодо питань, які не підпадають під дію імунітету, не можна говорити про жодне обмеження доступу до правосуддя. Імунітет держав не може бути виправданим за будь-яких обставин, особливо коли спір не належить до сфери суверенних чи публічних актів (*acta jure imperii*). Фінансові та комерційні питання, так само як і питання освіти, зазвичай характеризуються як *acta jure gestionis* – приватна або несuverенна діяльність, у рамках якої держави не можуть посилаються на імунітет. Логіка цієї відмінності добре підсумована Матіасом Клотом, який так описує загальний принцип, що супроводжував зростання участі держав у економічній діяльності:

«Коли держави почали брати участь у торгівлі та міжнародній економічній діяльності, дедалі частіше ставало очевидним, що надання їм імунітету в цій сфері є недоречним. Оскільки держави вели бізнес так само, як і приватні особи, не було підстав надавати їм привілеї імунітету від судового переслідування у випадку правового спору, що виникає з їхньої комерційної діяльності»[6].

Такий обмежувальний підхід особливо чітко вкорінений у сфері комерційних операцій. Як підкреслює Яс Баніфатемі, комерційний виняток є не похідним від сучасного права імунітету, а його основою:

«Нині комерційні операції або діяльність становлять найважливіший виняток із імунітету держав від юрисдикції. Загальновизнано, що головна причина цього винятку полягає в тому, що коли держава укладає комерційну угоду, вона діє як приватний учасник, а не як суверен, і тому не повинна користуватися суверенним імунітетом щодо відповідної операції. Таким чином, держава не звільняється від юрисдикційної функції іноземного суду щодо своєї участі в комерційних актах (*acta jure gestionis*), тоді як вона користується імунітетом щодо актів суверенної влади (*acta jure imperii*)»[7].

Доктринальне значення цього винятку та його широке визнання також підкреслюються Стефаном Віттіхом, який пояснює його як із практичної, так і з теоретичної точки зору:

«Сенс винятку для комерційних операцій є очевидним. Коли держава здійснює комерційну діяльність як партнер або конкурент приватних осіб, вона не повинна користуватися привілейованим становищем порівняно з приватними підприємцями і має нести відповідальність за свою приватну комерційну поведінку перед судами тієї країни, де відбувається комерційна діяльність. Поряд із цією прагматичною підставою іноді стверджується, що, здійснюючи комерційну діяльність, іноземна держава неявно відмовляється від свого імунітету від юрисдикції. Якими б не були теоретичні підстави, виняток для комерційних операцій чи діяльності став одним із наріжних каменів теорії обмеженого імунітету і породив широку судову практику та значну наукову увагу»[8].

Отже, коли позивач вимагає виконання договірному боргу, комерційного зобов'язання чи іншої приватної операції, посилення на імунітет держави не має легітимного обґрунтування. Принцип суверенної рівності не застосовується до держави, яка діє як комерційний контрагент. Відмова судів розглядати такі вимоги з підстав імунітету порушує не лише статтю 6 § 1 Конвенції, а й звичаєве міжнародне право, з якого, власне, й виводиться імунітет.

Відповідне в цій справі питання полягає в тому, чи становила участь заявника у взаємодії з еміратськими органами у межах проєкту створення Університету Париж-Сорбонна Абу-Дабі «комерційну операцію» у значенні статті 2 §§ 1 (підпункт с)) та 2 КЮІДВ. Якщо так, то стаття 10 § 1 КЮІДВ забороняла державі посилатися на імунітет від юрисдикції в провадженні, що впливає з цієї операції. Згідно зі статтею 2 § 1 (с), «“комерційна операція” означає: і) будь-який договір або операцію комерційного характеру щодо продажу товарів чи надання послуг; ii) будь-який кредитний договір або іншу фінансову операцію, включно з будь-яким зобов’язанням гарантії чи відшкодування, пов’язаним із таким кредитом або операцією; iii) будь-який інший договір або операцію комерційного, промислового характеру чи пов’язану з постачанням товарів або послуг, за винятком трудових договорів». Далі, стаття 2 § 2 КЮІДВ передбачає: «Для визначення того, чи є договір або операція “комерційною операцією” у значенні підпункту с) пункту 1, слід насамперед брати до уваги характер договору або операції, але також варто враховувати її мету, якщо сторони договору або операції так домовилися, або якщо в практиці держави суду (форуму) ця мета є релевантною для визначення некомерційного характеру договору або операції». Нарешті, стаття 2 § 3 цієї ж конвенції передбачає: «Положення пунктів 1 і 2 щодо використання термінів у цій Конвенції не впливають на використання цих термінів або значення, яке може бути їм надано в інших міжнародних документах або у внутрішньому праві держави».

Спростовуючи рішення Паризького апеляційного суду від 30 жовтня 2015 року, цей же суд, але в іншому складі, у рішенні від 28 травня 2019 року, а також Касаційний суд у рішенні від 3 березня 2021 року, дійшли висновку, що діяльність заявника не становила комерційної операції, тим самим дозволивши державі посилатися на імунітет.

Як впливає з пункту 46 рішення та наведених у ньому витягів з рішень національних судів, останні не посилалися прямо на положення КЮІДВ, але застосували звичаєве міжнародне право, відображене цією Конвенцією. Попри це й попри те, що КЮІДВ досі не набула чинності (див. пункт 16 рішення), Суд розглядає справу крізь призму положень цієї конвенції, не вважаючи цю обставину перешкодою для її застосування (пункт 39 рішення), спираючись на власну усталену практику (там само), хоча існує традиційний принцип, за яким договори, що не набрали чинності, не мають обов’язкової сили для

відповідної держави і, отже, поставили б під сумнів саму основу договірною права.

На мою думку, поняття «комерційна операція» у значенні статті 2 § 1 (с) КЮІДВ є автономним конвенційним поняттям міжнародного права – хай і не таким, як автономні поняття Конвенції, оскільки його автономність визначена договором, а не сформована судовою практикою. Коли його застосування порушує права, захищені статтею 6 § 1, остаточне слово щодо його тлумачення належить Суду.

Автономне визначення, яке міститься у КЮІДВ, мало на меті встановити єдиний критерій для розмежування актів *jure imperii* та *jure gestionis* незалежно від різних внутрішньодержавних класифікацій. Стаття 2 § 2 КЮІДВ встановлює відносний чи «подвійний»[9] критерій для визначення того, чи є операція комерційною. Першим критерієм є характер акту[10], тоді як його мета може враховуватися, якщо сторони так домовилися або якщо в практиці суду форуму ця мета має значення. Таке формулювання дозволяє в обмежений спосіб врахувати внутрішньодержавну судову практику, не виходячи за рамки автономної системи КЮІДВ. Водночас воно підтверджує автономний характер визначення, оскільки сама ця Конвенція визначає, коли і за яких умов можуть враховуватися додаткові чинники. Такий підхід відображає не залежність, а виважену гнучкість. Отже, визначення є автономним як у правовому плані, так і концептуально, хоча його застосування неминуче залежить від фактичних обставин.

Ключова гарантія закріплена у статті 2 § 3, де зазначено, що визначення, наведені в Конвенції, «не впливають» на використання цих термінів та на значення, яке може надаватися їм в інших документах або у внутрішньому праві. Ця норма чітко демонструє, що термінологія КЮІДВ функціонує як автономна, притаманна саме цьому контексту система, забезпечуючи, щоб зміст відповідних понять не залежав від національних класифікацій. Таким чином, посилання в статті 2 § 2 на «практику держави суду (форуму)» слід розуміти радше як орієнтир для тлумачення, а не як визначальний нормативний елемент: він враховується у процесі аналізу, але не визначає правову норму. Це узгоджується з позицією Комісії міжнародного права, згідно з якою, зрештою, саме компетентна юрисдикція, а не держава-відповідач, визначає у кожній конкретній справі, чи має договір або операція комерційний характер, беручи до уваги практику

держави-відповідача[11]. (У цій справі юрисдикцією форуму були саме паризькі суди, а не еміратські.) Автономний характер поняття «комерційна операція» є суттєвим із чіткої причини: якби його зміст визначався внутрішньодержавними класифікаціями, держава могла б самостійно забезпечити собі імунітет, оголосивши будь-яку діяльність «суверенною». Тому суд форуму повинен застосовувати уніфіковані міжнародні стандарти, щоб запобігти такому «самоімунізуванню» та зберегти цілісність теорії обмеженого імунітету. Взаємодія пунктів 2 та 3 статті 2 має наслідком те, що визначення залишається автономним і переважно об'єктивним, хоча й допускає використання мети як коригувального чинника, покликаного вивести з комерційної сфери ті операції, ціль яких є справді суверенною і несумісною з ринковою поведінкою, яку має на увазі міжнародне право.

Якщо застосувати цей баланс тлумачення до проєкту «Сорбонна Абу-Дабі», слід оцінювати участь заявника у взаємодії з еміратськими органами з огляду на об'єктивний характер договірних домовленостей, а освітню мету проєкту можна вилучити з комерційної сфери лише тоді, коли вона очевидно свідчить про здійснення суверенної влади (*acta jure imperii*), а не про участь у звичайній ринковій діяльності (*acta jure gestionis*). Однак, з усією повагою до своїх колег, у цій справі такого не було. Сам по собі факт, що операція переслідує ціль публічної освіти, не робить її некомерційною, якщо вона не пов'язана із здійсненням владних прерогатив або з використанням владних повноважень еміратських органів.

З усією повагою до своїх колег вважаю, що рішення Паризького апеляційного суду від 28 травня 2019 року, рішення Касаційного суду і це рішення Суду ґрунтуються на надто вузькому тлумаченні звичаєвого права та статті 2 КЮІДВ у їх застосуванні до обставин цієї справи. Це дозволило державі вимагати імунітет від юрисдикції, тим самим абсолютно обмеживши право заявника на доступ до суду. І хоча я називаю це тлумачення «вузьким», фактично Суд розширив сферу дії імунітету держав, всупереч фундаментальному принципу, за яким імунітет, як і будь-яке інше обмеження права, має тлумачитися вузько, особливо коли йдеться про комерційну діяльність. Такий підхід є найбільш тривожним різновидом судового обмеження, оскільки він розширює сферу дії обмеження безпосередньо за рахунок самого права. Більше того, широке тлумачення і застосування імунітету держав, саме тому що вони утворюють загальну заборону, мають для права доступу

до суду ще більш руйнівні наслідки, ніж будь-яке інше широко інтерпретоване обмеження. Отже, критерій ефективності, який вимагає Конвенція і який ми тут аналізуємо, було повністю проігноровано.

На мою скромну думку, відмова розглядати термін «комерційна операція» у значенні статті 2 КЮІДВ як автономний, а покладання вирішення цього питання на розсуд держави-відповідача є особливо проблематичними. Така деференція дозволяє державам фактично самим визначати сферу застосування доктрини, яка обмежує фундаментальне конвенційне право. Такий підхід може спричинити фрагментацію захисту, наданого статтею 6 § 1, та підірвати як одноманітне застосування Конвенції, так і її захисну мету, а також роль Суду як остаточного гаранта індивідуальних прав. Дозволяючи національним органам визначати межі імунітету у вузький спосіб, як це сталося у цій справі, Суд фактично відступає від своєї функції й послаблює процесуальні гарантії, притаманні системі Конвенції.

в) Щодо першого критерію ефективності – широкого тлумачення самого права

Після аналізу другого критерію ефективності перейду до першого. Для того щоб право доступу до суду – як і будь-яке інше не абсолютне право, що захищається Конвенцією, – було ефективним, його, як правило, слід тлумачити широко. Однак у цій справі – як і в інших справах про взаємодію права доступу до суду та норми про імунітет держав – Суд не дотримався цього критерію і надав дуже вузьке тлумачення праву доступу до суду, вважаючи, що захисту потребує лише його «сама сутність». Порушення визнається лише тоді, коли обмеження зачіпає «саму суть» права, тоді як інші аспекти права вважаються не настільки важливими. Такий підхід є проблематичним, оскільки його важко узгодити з принципом ефективного захисту прав, гарантованих Конвенцією.

Навіть якщо припустити, що імунітет не є абсолютним обмеженням, фактичний контроль пропорційності виявляється відсутнім. Фокусуючись виключно на «самій суті», тобто на «ядрі» права, Суд по суті зводить тест пропорційності до примітивної перевірки «виживання»: якщо залишається хоча б теоретична можливість доступу, обмеження вважається законним. У будь-якому разі, як справедливо зазначає Матіас Клот, «імунітети фактично усувають

право доступу до суду. Тому застосування критерію “самої суті” є суперечливим, адже за визначенням імунітети зачіпають саме суть права доступу до суду»[12]. Неможливо забезпечити справедливий баланс, оцінюючи право лише з погляду його залишкового ядра. Реальна пропорційність потребує ретельного зважування, а не мінімальної формальної гарантії.

Не менш проблематичним є той підхід, за яким вважається, що «ядро» чи «сама сутність» права доступу до суду не зачіпаються, якщо заявник має можливість подати позов в іншій державі, особливо – як у цій справі – в державі, яка не є членом Ради Європи і на територію якої Конвенція, зокрема її стаття 6 § 1, не поширюється. Критерій «інших засобів захисту» за самою своєю природою може бути релевантним лише для оцінки необхідності обмеження, а не для відповіді на базове питання, чи може особа взагалі здійснити конкретне право. Як слушно зауважив суддя Лукадіс у своїй окремій думці в справі *McElhinney* проти Ірландії, «зіткнувшись зі скаргою на порушення Конвенції, Суд має розглядати справу виключно з погляду правопорядку держави-відповідача (...) Мені видається несправедливим і дивним вимагати від заявника звертатися до іншої держави, аби розв’язати проблему, тобто відсутність доступу до суду у власній країні, яка й виступає у справі відповідачем». Аналогічно Матіас Клот зазначає: «Конвенція покладає на договірні держави обов’язки, які вони мають самостійно виконувати і не можуть перекласти на інші держави. Отже, не можна стверджувати, що не було втручання у здійснення прав, захищених статтею 6 § 1 Конвенції, лише через те, що заявник має можливість ініціювати провадження в судах іноземної держави»[13].

Тим не менш у цій справі можливість для заявника звернутися до еміратських судів була врахована усіма інстанціями – Паризьким апеляційним судом (у рішенні від 28 травня 2019 року, див. пункт 11 рішення), Касаційним судом (у рішенні від 3 березня 2021 року, § 11; див. пункт 13 рішення) та самим Судом у цьому рішенні – при визначенні того, чи є застосування державного імунітету пропорційним стосовно права заявника на доступ до суду (див., серед іншого, пункт 53 рішення). Це також було одним із головних аргументів Уряду у його зауваженнях (пункт 34 рішення).

с) Щодо третього критерію ефективності – справжньої пропорційності

Перейду тепер до третього критерію ефективності. Навіть якщо припустити, що обмеження переслідує легітимну мету – а саме дотримання міжнародного права в інтересах міжнародної ввічливості та підтримання добрих відносин між державами шляхом поваги до суверенітету інших держав[14], – у цій справі не було здійснено справжньої перевірки пропорційності, не відбулося реального й збалансованого зважування між обмеженням і відповідним правом, тобто правом доступу до суду. Насправді мала місце повна відсутність аналізу пропорційності.

Справжнє зважування припускає наявність рівноваги між двома шальками терезів – символом правосуддя. Обидва елементи рівняння – обмеження та відповідне право – повинні бути розміщені на цих терезах і оцінені одне щодо одного. Коли аналіз зосереджується лише на обмеженні, як у цій справі, без будь-якого противажного міркування на користь права, терези правосуддя спотворюються ще до початку зважування, і годі говорити про справжній баланс.

Правильне застосування принципу пропорційності *stricto sensu* вимагає більше, ніж просто констатацію, що «втручання не є непропорційним» – формули, яка сама по собі є негативною й підсумковою, як у цій справі. Необхідне конкретне, раціональне зіставлення, у межах якого обмеження й право розглядаються одночасно, їхня «вага» ретельно оцінюється, і встановлюється реальний баланс.

Зокрема, у цій справі оцінка пропорційності не полягала в детальному зіставленні конфліктуючих інтересів. Навпаки, вона була здійснена зовнішнім чином і фактично зводилася до перевірки того, чи національний суд правильно застосував імунітет згідно з КЮІДВ та звичаєвим міжнародним правом. Пропорційність була ототожнена з законністю – тобто з відповідністю легітимної мети міжнародному праву. Іншими словами, те, що подається як аналіз пропорційності, на практиці перетворюється на контроль законності: обмеження визнається виправданим лише тому, що відображає «загальновизнані норми міжнародного права». Пропорційність стає тавтологією: імунітет вважається пропорційним, тому що імунітет існує. Суд називає це перевіркою пропорційності, але у цьому контексті пропорційність перетворюється на порожнє слово.

Розглядаючи відповідність міжнародній практиці як самодостатній критерій пропорційності, Суд фактично позбавляє статтю 6 § 1 її самостійної нормативної сили і не залишає простору для питання, чи справді обмеження зберігає суть права на доступ до правосуддя. Проблема, зокрема, полягає в архітектурі аргументації: розміщуючи аналіз у площині міжнародного права, а не Конвенції, Суд фактично дозволяє зовнішній нормі – імунітету – визначати зміст права, яким Конвенція покликана захищати особу. В результаті перевірка закінчується там, де мала би починатися: із посилання на міжнародне право. Щойно імунітет визнано на підставі звичаєвого міжнародного права, право доступу до суду просто зникає – не тому, що доведено пропорційність обмеження, а тому, що Суд виходить із презумпції, що інакше бути не може.

У будь-якому разі, як я вже зазначав, не може бути справжнього зважування, коли абсолютне обмеження, таке як імунітет держав, неминуче блокує саме те право, яке підлягає захисту. Не можна «збалансувати» здійснення права зі станом, який саме й заперечує його існування. Пропорційність припускає, що обидва інтереси – індивідуальне право та імунітет держави – діють у межах однієї нормативної площини, де їхню «вагу» можна оцінити в єдиному континуумі. Однак у цій справі вони функціонують на різних правових рівнях. Право доступу до суду є ключовою індивідуальною прерогативою, гарантованою Конвенцією, тоді як імунітет від юрисдикції – це структурна норма міжнародного публічного права, яка регулює розподіл судової влади між державами.

Окрім усіх інших недоліків цієї уявної «балансувальної» справи – які вже самі по собі унеможливають визнання, що було здійснено реальний баланс, – такий аналіз, в усякому разі, не може обмежуватися лише ідеєю «самої суті» права. Принцип повної пропорційності має застосовуватися й у площині статті 6.

Наведені критичні зауваження підкріплюються уривком із вже згаданої праці Матіаса Клота, де він посилається також на думки суддів Кости (колишнього Голови Суду), Ресса та Лукаїдіса, які висловили аналогічні міркування:

«Часом підхід Суду до імунітетів та “самої суті права” є “відносним”. Спочатку він аналізує критерії “легітимної мети” та “пропорційності”,

а потім, дійшовши висновку, що ці дві умови виконані, констатує, що, отже, імунітет не порушив саму суть права доступу до суду. Таким чином, оцінка третього критерію залежить від оцінки двох перших. Цей підхід був, цілком слушно, охарактеризований як “гетеродоксальний та нелогічний” суддею Костою у справі Prince Hans-Adam II of Liechtenstein v. Germany. Насправді “відносний підхід” Суду ризикує змішати три окремі критерії аналізу. Якщо результат оцінки третього критерію повністю залежить від оцінки двох інших, він нічого нового не додає.

Однак критерій “самої суті” сам по собі є ще більш проблематичним у контексті імунітетів. Відмінною ознакою імунітетів від судового переслідування є те, що вони блокують будь-який розгляд по суті. Отже, як зазначив суддя Ресс у справі Prince Hans-Adam II of Liechtenstein v. Germany [[ВП], № 42527/98, 12 липня 2001 року], вони роблять право доступу “ілюзорним і теоретичним”. Іншими словами, імунітети повністю позбавляють права доступу до суду змісту, не залишаючи простору для його реалізації. Що ж тоді зачіпається, якщо не сама суть права доступу? Строго кажучи, важко уявити, як абсолютний імунітет міг би не торкатися самої суті права доступу. У своїй окремій думці в справі McElhinney v. Ireland [згаданої вище] суддя Лукаїдіс зазначив: “Справді, стаття 6 може підлягати обмеженням, які неявно допускаються, але ці обмеження не повинні зачіпати саму суть права. Процесуальні умови, такі як строки, дозвіл на подання апеляції тощо, не порушують сутності права...” Суддя Лукаїдіс цілком слушно підкреслив, що повний імунітет перешкоджає “будь-кому домагатися, щоб суд вирішив його справу, без будь-якої вини з його боку [там же]”[15]».

З огляду на наведене я, з усією повагою до своїх колег, стверджую, що підхід Суду ґрунтується на фундаментальній категоріальній помилці. Пропорційність – це оцінка, яка має бути заснована на правах: вона полягає в аналізі необхідності, відповідності та справедливого балансу, а не в аналізі джерел права. Поставивши між ними знак рівності, Суд трансформує питання прав людини на питання міжнародного права. У пункті 48 рішення більшість пропонує спершу розглянути справу в площині міжнародного права, а вже потім – у площині статті 6 § 1. Така послідовність викликає занепокоєння щодо ролі, яку стаття 32 Конвенції відводить Суду. Перевіряючи правильність застосування міжнародного права національними судами, Суд ризикує взяти на себе

роль суду «четвертої інстанції», зосереджуючись більше на мотивуванні національних судових рішень, ніж на наглядовій функції, покладеній на нього Конвенцією.

Аргументація Суду також страждає на певну циклічність: він визначає обмеження як пропорційне, якщо воно «відповідає міжнародному праву», що в свою чергу припускає, що питання полягає в тому, чи норма про імунітет, передбачена міжнародним правом та застосована в конкретній справі, не виправдано обмежує право, гарантоване статтею 6 § 1. Справжній внутрішній аналіз пропорційності мав би вимагати, щоб Суд зіставив індивідуальне право доступу до суду з легітимною метою поваги до суверенної рівності – так, як він це робить у випадку інших обмежень права доступу до суду (наприклад, щодо позовної давності). До того ж, у нормативній ієрархії цінностей у межах європейського правопорядку фундаментальні права мають переважати над процесуальними привілеями держав, особливо тоді, коли імунітет не відповідає жодній нагальній функціональній потребі. Права людини мають конституційне значення в європейському правопорядку: їх не можна відсунути на другий план через традиційні правила міжнародної ввічливості між державами. Якщо виникає справжній конфлікт, його слід вирішувати на користь права особи на справедливий судовий розгляд, а не на користь формального суверенного імунітету.

Суверенний імунітет був задуманий для врегулювання відносин між державами, а не для визначення того, як держави мають ставитися до індивідів. Тому він не може функціонувати як «контрправо» у балансуванні прав людини. Тут немає конкуруючих, але сумірних цінностей; є радше взаємно несумісні рамки. Аргументація Суду виходить з концептуальної помилки: замість того, щоб зважувати конкуруючі інтереси, Суд сприймає сам факт існування імунітету як вирішальний для відповіді на запитання щодо пропорційності. Однак правильний контроль пропорційності вимагав би аналізу ступеня втручання, легітимності мети та необхідності відповідної міри. Коли юрисдикція суду відкидається, немає «міри», яку слід оцінювати; є лише відсутність судового рішення. Таким чином, пропорційність перетворюється на риторичний інструмент, який маскує те, що по суті є категоричним виключенням.

Зрештою, як можна здійснювати перевірку пропорційності, якщо визнання імунітету не просто обмежує судовий контроль, а повністю

його скасовує? Аналіз пропорційності, який передбачає існування градуальної міри обмеження, в такому контексті втрачає сенс. Звідси випливає, що будь-яке прийняття імунітету в межах системи Конвенції перетворює гарантію статті 6 § 1 на формальність, позбавлену реального змісту.

d) Щодо четвертого критерію ефективності – «конкретності та ефективності» права

Нарешті, коротко торкнуся четвертого критерію ефективності. Оскільки три попередні ключові критерії було грубо порушено – і, фактично, застосовано у зворотному напрямі – я доходжу обдуманого висновку, що тлумачення і застосування відповідного положення Конвенції в конкретних обставинах цієї справи не зробили здійснення відповідного права конкретним та ефективним. Навпаки, право було редуковано до ілюзорної або суто теоретичної конструкції. Це особливо тривожно з погляду принципу ефективності, згідно з яким у разі сумніву при зважуванні того, чи має обмеження перевагу над відповідним правом, перевага має надаватися праву: *in dubio pro jure, pro libertate, pro persona*. У цій справі не було лише «відсутності сумніву»; було абсолютно очевидно, що право доступу до суду було порушене через загальну заборону, яка впливала з імунітету держави.

10. Конвенція повинна тлумачитися з урахуванням правил, закріплених у Віденській конвенції про право міжнародних договорів 1969 року («ВКПД»), стаття 31 § 3 (с) якої передбачає, що «разом з контекстом береться до уваги: (...) с) будь-яке застосовне у відносинах між сторонами відповідне правило міжнародного права». Вираз «береться до уваги» є ключовим: він означає врахування, а не інкорпорацію чи заміну. Той, хто тлумачить договір, повинен брати до уваги інші норми міжнародного права, але не може дозволити їм витіснити текст самого договору. Так само слова «в їх контексті» (стаття 31 § 1 ВКПД) означають, що зміст термінів договору слід виводити із самого договору, прочитаного у світлі його об'єкта та мети, а не механічно переносити з інших документів. Стаття 31 § 3 (с) ВКПД закріплює принцип системної інтеграції, згідно з яким договори мають тлумачитися у згоді з іншими нормами міжнародного права. Втім інтеграція не означає модифікації чи заміни. Її мета – гармонійне, послідовне тлумачення, наскільки

це можливо, а не переписування зобов'язань. Як слушно зауважує Даніель Ріткер, принцип зовнішньої узгодженості положень Конвенції з міжнародним правом є одним із вимірів або аспектів принципу ефективності[16].

Якщо текст Конвенції є чітким, інші норми міжнародного права не можуть його заміщувати. Конвенція – це автономний інструмент із власною структурою, метою і завданням. Вона, безумовно, існує в рамках міжнародного правопорядку, але її автономне значення переважає у власній системі застосування. Отже, зовнішні норми можуть враховуватися при тлумаченні[17], але не можуть відсунути на другий план її прямі положення. Тому формули «в їх контексті» та «береться до уваги» вимагають врахування міжнародно-правового контексту та гармонійного тлумачення, наскільки це можливо, але не дозволяють замінювати чи змінювати положення Конвенції. Вони забезпечують узгодженість, але не підпорядкування. Таким чином, права, захищені Конвенцією, включно з правом доступу до суду, не можуть бути скасовані або звужені з огляду на інший міжнародний договір – у цій справі КЮІДВ, – а також через звичаєве міжнародне право чи інші міжнародні норми.

Згідно зі статтею 19 Конвенції Суд утворено на постійній основі для забезпечення дотримання державами-учасниками зобов'язань, що випливають із Конвенції та її Протоколів. Відповідно до статті 32 § 1 Конвенції завдання Суду – здійснювати юрисдикцію щодо всіх питань, що стосуються тлумачення й застосування Конвенції та її Протоколів, включно, безумовно, зі статтею 6. Отже, Суд є охоронцем Конвенції, й на нього покладено обов'язок зберігати її цілісність та ефективність у разі конфлікту між зовнішніми нормами чи претензіями. Інакше кажучи, завдання Суду – застосовувати Конвенцію до фактичних обставин кожної справи, забезпечуючи конкретний та ефективний захист прав, які вона гарантує. Крім того, за статтею 34 Конвенції Суд розглядає індивідуальні заяви осіб, які стверджують, що держава-учасниця порушила їхні права, визнані Конвенцією чи її Протоколами, і ухвалює рішення за такими заявами. Це положення прямо передбачає, що держави-учасниці зобов'язуються не перешкоджати ефективному здійсненню права на звернення до Суду. Це право на індивідуальну заяву є наріжним каменем системи Конвенції: воно становить основну гарантію її дієвості та головний засіб забезпечення ефективності контрольного механізму Суду.

Якщо визнати, що зовнішні норми можуть замінювати чи змінювати положення Конвенції, це означало б, що вона має поступатися перед ними. Це підірвало б не лише її верховну роль як остаточної гарантії індивідуальних прав та верховенства права в Європі, але й унікальну функцію Суду як її охоронця й тлумача. У цьому зв'язку особливо показовою є думка судді Лукаїдіса у справі *McElhinney* (згадана вище), де він зазначив:

«Загальні принципи міжнародного права не закріплені в Конвенції, за винятком випадків, коли вона прямо до них відсилає (див., наприклад, статті 15, 35 § 1 і 53 Конвенції та статтю 1 Протоколу № 1). Отже, слід із великою обережністю ставитися до визнання обмежень прав, закріплених Конвенцією, які ґрунтуються на принципах міжнародного права, наприклад тих, що закріплюють імунітети, які не належать навіть до норм *jus cogens*.»

Аргументація судді Лукаїдіса зміцнює погляд, згідно з яким Конвенція – і, зокрема, право доступу до суду, закріплене в її статті 6, – є *lex specialis* у сфері прав людини, якій не можуть суперечити загальні принципи міжнародного права про імунітет держав.

Суд також повинен пам'ятати про специфічний характер Конвенції як договору про права людини (див. *Loizidou* проти Туреччини (по суті), 18 грудня 1996 року, Звіти 1996-VI, с. 2231, § 43). Конвенція є *lex specialis* у сфері прав людини, і її було ухвалено для захисту індивідів від наслідків таких структурних доктрин, як імунітет держав. Натомість звичаєве міжнародне право про імунітет держав є старішим режимом, що виконує інші функції: воно покликане регулювати відносини між державами, а не права, що гарантуються Конвенцією. Зокрема, право доступу до суду можна вважати *lex posterior* щодо міжнародного права про імунітет держав, хоча вони й належать до різних нормативних площин. Принципи міжнародного права, що встановлюють імунітет, ніколи не мали на меті витіснити фундаментальні права, гарантовані Конвенцією. Визнання імунітету як виправдання на ґрунті статті 6 § 1 означало б інверсію ієрархії норм між правами людини і прерогативами держав. Конвенція була ухвалена для того, щоб обмежувати такі прерогативи, а не закріплювати їх. Отже, навіть якщо імунітет відображає усталені норми міжнародного права, його визнання у сфері індивідуальних прав, на мою думку, несумісне з гарантією доступу до суду, яку надає Конвенція.

11. Крім того, справедливий судовий процес, який гарантується статтею 6, сам по собі повинен розглядатися як норма міжнародного права[18]. Право доступу до суду, хоч і є імпліцитним у статті 6 § 1 Конвенції, є необхідною передумовою ефективного користування правом на справедливий судовий розгляд, а отже, є невід’ємною та невідокремлюваною частиною того самого нормативного каркасу. Відмова в доступі до суду фактично нівелює гарантії справедливості, закріплені в статті 6.

Якщо розглядати процесуальну справедливість як принцип або норму, усі гарантії статті 6 – як явні, так і неявні – мають виконуватися кумулятивно: порушення будь-якого елемента підриває цілісність права на справедливий судовий розгляд загалом. Відтак визнання імунітету держави в умовах, коли це перешкоджає доступу до правосуддя, несумісне не лише з буквою, а й з духом і метою Конвенції. Цей висновок підсилюється тим, що процесуальна справедливість, як її захищає стаття 6, перетворилася на норму міжнародного права. Таким чином, вимога її дотримання виходить за межі системи Конвенції та інтегрується у ширший правопорядок міжнародної спільноти. Будь-яке порушення статті 6 стає тим більш неприйнятним, оскільки воно не лише підриває захист, що його гарантує Конвенція, але також послаблює фундаментальний принцип самого міжнародного права, покликаний забезпечувати, щоб справедливість, підзвітність і верховенство права не зупинилися на кордонах жодної країни.

Отже, коли посилання на імунітет держави має наслідком перешкоджання доступу до суду, такий імунітет повинен поступитися перед вищим імперативом – здійсненням правосуддя згідно з Конвенцією і, ширше, згідно з міжнародним верховенством права. Пошук справедливого балансу між міжнародними нормами не може відбуватися за рахунок індивідуальних прав, тим більше, що сама процесуальна справедливість та доступ до суду є нормами міжнародного права. Навпаки, необхідно підтверджувати, що державна влада зупиняється там, де починається відмова в правосудді.

У світлі наведеного стаття 6 займає ключове місце в структурі Конвенції. Сам Суд неодноразово наголошував, що право на справедливий судовий розгляд має «центральне» значення в системі Конвенції і відображає «фундаментальний принцип верховенства

права»[19]. Він також підкреслював, що це право посідає чільне місце в демократичному суспільстві й що його обмежувальне тлумачення було б несумісним із об'єктом і метою Конвенції[20]. Однак, як видно з аналізу, у цій справі Суд не просто утримався від обмежувального тлумачення цього права – він обрав шлях до абсолютизації обмеження. Стаття 6, яку було охарактеризовано як «провідну, оскільки вона відкриває шлях до реалізації усіх інших юридичних прав»[21], є нормою, на яку найчастіше посилаються перед Судом. Відповідно, стаття 6 – це не лише процесуальна гарантія, а й конституційний принцип – нормативний стовп, що підтримує здійснення всіх інших прав, захищених Конвенцією. Забезпечуючи захист справедливості як самостійної цінності, Конвенція гарантує, що правосуддя залишатиметься принциповим, ефективним і гідним довіри.

12. У цій справі Суд, дотримуючись своєї усталеної практики, визнав заяву прийнятною (пункт 21 рішення) і провів аналіз по суті. Врешті він дійшов висновку про відсутність порушення статті 6 § 1, а не вирішив справу на стадії прийнятності. Такий підхід, однак, виявляє структурну несумісність у методології Суду. Якби Суд не був готовий провести справжню оцінку пропорційності у площині статті 6 § 1 – подібно до тієї, яку він зазвичай здійснює щодо інших не абсолютних прав, таких як права, закріплені у статтях 8–11 Конвенції, – то для забезпечення процесуальної узгодженості слід було б відхилити заяву як неприйнятну за відсутністю юрисдикції вже на стадії прийнятності, не розглядаючи її по суті.
13. Звернувшись до розгляду по суті, Суд де-факто припустив, що має компетенцію оцінити, чи переслідує обмеження легітимну мету і чи є воно пропорційним. Однак, замість того щоб застосувати добре відомий триетапний тест (легітимна мета, належність, необхідність та пропорційність *stricto sensu*), як описано вище, Суд лише перевірів відповідність обмеження нормам міжнародного права щодо імунітету держав, тим самим підмінивши пропорційність законністю. Повторю ще раз: цей підхід різко відрізняється від практики Суду щодо пропорційності у справах, де йдеться про інші не абсолютні права, де аналіз зосереджується на зважуванні індивідуального права та конкуруючого публічного інтересу.
14. Якщо висловитися різкіше, результат виглядає як аналітичний парадокс: Суд заявляє про свою компетенцію здійснювати аналіз

по суті, але відмовляється здійснювати цю компетенцію відповідно до власного методу тлумачення Конвенції. Якщо розглядати імунітет держави як абсолютну перешкоду, яка позбавляє сенсу право доступу до суду, то аналіз Суду по суті набуває суто формального характеру, слугуючи лише підтвердженням наперед визначеного результату. Якщо ж, навпаки, Суд визнає, що право доступу до суду, виведене зі статті 6 § 1, застосовується, то вірність власній практиці вимагає здійснення справжнього балансування. Інакше заявникам відмовляють у процесуальних гарантіях, притаманних системі Конвенції, попри те, що формально виноситься рішення по суті. Та зрештою, оскільки імунітет держави є абсолютною заборонаю, таке балансування неможливо навіть почати.

15. Отже, підхід Суду ризикує завдати шкоди як юридичній визначеності, так і узгодженості його практики. Він створює враження, що імунітет держави діє як обмеження статті 6 § 1, яке повністю обходить принцип пропорційності, виводячи цілу категорію справ за межі нормативної рамки Конвенції. Як я детальніше поясню нижче, більш послідовний і принциповий підхід полягав би в тому, щоб Суд визнав свою некомпетентність і оголосив заяву неприйнятною. Якби було обрано цей шлях, питання про те, чи імунітет держави позбавляє права доступу до суду, взагалі б не виникло, оскільки це право формально не було б у грі. В оскаржуваному рішенні Суд не робить ні того, ні іншого. Натомість він відходить від власних норм ухвалення рішень і, таким чином, послаблює авторитет своєї інтерпретаційної функції.
16. Підсумовуючи, якщо розглядати імунітет держави як абсолютну перешкоду, то контроль пропорційності перетворюється на фікцію: результат відомий наперед, а «аналіз» лише підтверджує автоматичне застосування правила. В таких умовах Суд не може насправді застосувати класичну структуру пропорційності (легітимна мета, належність, необхідність і пропорційність *stricto sensu*), адже останній етап передбачає зважування двох інтересів, змагатися між якими не дозволено. Таким чином, Суд стикається з суперечністю: він визнає потребу у перевірці пропорційності, але застосовує таку форму контролю, яка не здатна забезпечити збалансований результат, тим самим позбавляючи відповідне право практичної ефективності.

17. У кінцевому підсумку імунітет держави є юрисдикційною перешкодою – «імунітетом від юрисдикції»[22], і внаслідок самої своєї природи його слід розглядати на стадії прийнятності, а не по суті. Оскільки імунітет держав діє як процесуальна перепона, він тісніше пов'язаний саме зі стадією прийнятності, аніж із розглядом по суті. Хоча суди й розглядають питання імунітету після встановлення своєї компетенції відповідно до міжнародного права[23], імунітет, по суті, залишається питанням юрисдикції й, відповідно, має вирішуватися на стадії прийнятності. Більше того, трактування імунітету як питання, що розглядається по суті, позбавило б його основного змісту – захисту держави від судового переслідування, якщо не застосовується жоден із визнаних винятків. Такий захист виглядав би порожнім і ілюзорним, якби суди повинні були переходити до розгляду по суті лише для того, щоб визначити, чи існує імунітет.

Отже, можна стверджувати, що імунітет діє як фільтр прийнятності, заснований на пороговому принципі: він регулює допуск до судового розгляду, але не сам розгляд по суті. Це підтверджує – а не спростовує – попередній характер імунітету. Його процесуальний характер є не лише концептуальним, а й доктринальним, як чітко зазначає Хейзел Фокс: «імунітет держави може бути перешкодою як для провадження перед міжнародним судом, так і перед національним судом, але його основне значення полягає у впливі, який він чинить на компетенцію національних судів»[24].

Цей підхід, який підкреслює процесуальний характер імунітету, не було враховано в цій справі, де ані національні суди, ані Суд не спиралися на імунітет як на підставу для визнання заяви неприйнятною: питання імунітету не розглядалося[25] на стадії прийнятності, але знову з'явилося на стадії розгляду по суті як абсолютна перешкода доступу до суду. Такий розвиток подій породжує структурну неузгодженість: якщо імунітет розглядати як норму, яка позбавляє Суд юрисдикції щодо спору, він мав би діяти як підстава для відхилення заяви. Навпаки, коли Суд визнав заяву прийнятною й перейшов до аналізу по суті, його логічно зобов'язувала до цього власна практика – здійснити повний аналіз пропорційності, а не дозволяти результату визначатися заздалегідь імунітетом.

Переміщуючи юрисдикційну функцію імунітету зі стадії прийнятності до аналізу по суті – і роблячи це без застосування методики балансування, закріпленої в Конвенції – Суд порушує процесуальну структуру статті 6 § 1 і розмиває межу між прийнятністю та розглядом по суті. Знову ж таки, в оманливий спосіб Суд, нібито розглядаючи імунітет як питання прав людини на рівні розгляду по суті, фактично трактує його на цій стадії як суто юрисдикційну перешкоду. Така плутанина концептуально непослідовна й виявляє суттєву суперечність у міркуваннях Суду: питання подається як таке, що стосується прав людини, але вирішується як питання юрисдикції та таким чином уникає саме тієї процедури балансування, якої вимагає стаття 6.

18. Підсумовуючи, висловлю такі міркування.

Якщо, як стверджує більшість, до справи мала бути застосована норма про імунітет держави, я все одно дійшов би висновку про порушення статті 6 § 1 Конвенції з підстав, наведених вище.

Якщо, навпаки, питання імунітету держави не мало би поставати на стадії розгляду по суті, оскільки відповідна операція – посередницька місія – була комерційним актом і належала до сфери *jure gestionis*, я так само констатував би порушення цієї норми, тому що національні суди – Паризький апеляційний суд (у рішенні від 28 травня 2019 року) та Касаційний суд – не визнали її такою і тим самим позбавили заявника ефективного доступу до суду.

Нарешті, якби у цій справі операція справді належала до сфери *jure gestionis* і якби спірне питання розглядалося виключно на стадії прийнятності як питання юрисдикції, жоден елемент, пов'язаний з обмеженням права доступу до суду, не становив би перешкоди для здійснення юрисдикції. Саме тому я проголосував за визнання заяви прийнятною, наголосивши, що принцип ефективності не може бути обмежений лише аналізом по суті. Він повинен застосовуватися до всього процесу тлумачення, забезпечуючи від самого початку – у тому числі на стадії прийнятності – що процесуальний формалізм не переважить фундаментальної мети Конвенції, а саме ефективного захисту прав людини.

У світлі викладеного й з огляду на те, що Суд розглянув конфлікт між імунітетом держав та правом доступу до суду на рівні розгляду по суті

й у контексті цієї норми, зрештою позбавивши заявника судового контролю, я не можу погодитися з висновком Суду про відсутність порушення статті 6 § 1 Конвенції. З концептуального погляду висновок про «відсутність порушення» не те саме, що висновок про те, що держава від початку не користувалася імунітетом – у такому разі питання дотримання статті 6 § 1 взагалі не постало б. Висновок про «відсутність порушення» передбачає аналіз по суті, заснований на презумпції застосовності статті 6 § 1, тоді як визнання відсутності імунітету означало б відсутність юрисдикційної перешкоди на стадії прийнятності й, відповідно, відсутність будь-якого обмеження права доступу до суду, гарантованого цією нормою.

[1] Для загального огляду теми див.: Philippa Webb, «Human Rights and Immunities of State Officials», у: Erika de Wet та Jure Vidmar (ред.), *Hierarchy in International Law – The Place of Human Rights* (Oxford University Press, 2012), с. 114 і наст., особливо с. 117–118; Ricardo Pavoni, «Human Rights and the Immunities of Foreign States and International Organisations», у: Erika de Wet та Jure Vidmar (ред.), *Hierarchy in International Law – The Place of Human Rights* (Oxford University Press, 2012), с. 71 і наст.

[2] Див. пункт 71 моєї частково окремої думки у справі Regner проти Чеської Республіки ([ВП], № 35289/11, 19 вересня 2017 року) та пункт 26 моєї окремої думки у справі Humpert проти Німеччини ([ВП], № 59433/18 та 3 інші, 14 грудня 2023 року).

[3] Ту ж думку суддя Лукаїдіс висловив поза своїми суддівськими повноваженнями, розвинувши її:

«Я також вважаю, що в сучасному демократичному суспільстві абсолютний імунітет від судового переслідування є анахронічною доктриною, несумісною з вимогами справедливості та верховенства права. Крім того, я вважаю, що у сфері застосування положень Європейської конвенції з прав людини *lex specialis* є саме Конвенція, і тому слід з обережністю ставитися до прийняття істотних обмежень прав, захищених Конвенцією, які ґрунтуються на принципах міжнародного права чи національного законодавства, зокрема таких, що встановлюють імунітети».

Див.: Loukis G. Loucaides, *The European Convention on Human Rights – Collected Essays* (Martinus Nijhoff Publishers, 2007), гл. 11 «Questions of Fair Trial under the European Convention on Human Rights», 193, с. 214.

[4] Я вже порушував питання права доступу до суду в своїй окремій думці у справі Naït-Liman проти Швейцарії ([ВП], № 51357/07, 15 березня 2018 року), а також у частково окремій думці у справі Regner проти Чеської Республіки (згаданої вище). Як я зазначив у другій із цих думок (пункт 31), абсолютні, загальні та приховані обмеження прав – такі як обмеження, що було предметом відповідної справи – приносять людську гідність, яка є підґрунтям кожного права людини, включно з правом на справедливий судовий розгляд. У цій справі я також стверджував (пункти 63–71), що, загалом, у практиці Суду не має бути місця для абсолютних заборон.

[5] Як пояснює Матіас Клот, «абсолютний імунітет означає, що будь-яке провадження проти держави буде заблоковане». Див.: Matthias Kloth, *Immunities and the Right of Access to Court under Article 6 of the European Convention on Human Rights* (Martinus Nijhoff Publishers, 2010), с. 22.

[6] Matthias Kloth, там само, с. 22.

[7] Yas Banifatemi, «Jurisdictional Immunity of States – Commercial Transactions», у: Tom Ruys, Nicolas Angelet та Luca Ferro (ред.), *The Cambridge Handbook of Immunities and International Law* (Cambridge University Press, 2019), 125, с. 125.

[8] Stephan Wittich, «The Definition of Commercial Acts», гл. 2, у: Gerhard Hafner, Marcelo G. Kohen та Susan Breau (ред.), *State Practice Regarding State Immunities* (Martinus Nijhoff Publishers, 2006), 21, с. 21.

[9] Вислів використано в «Проектах статей про юрисдикційні імунітети держав та їх власності з коментарями», ухвалених Комісією міжнародного права на її 43-й сесії (1991 рік) і поданих до Генеральної Асамблеї, пункт 2(26), с. 20.

[10] Як зазначає Stephan Wittich (там само, с. 31–32), «переважна більшість відомих справ свідчить, що суди європейських держав віддають перевагу критерію характеру акту порівняно з критерієм мети і прямо використовують характер акту для визначення, чи йдеться про

акт *jure imperii* або *jure gestionis*». Він далі пояснює (там само, с. 32–33), що ця методологічна перевага не є випадковою, а заснована на структурних міркуваннях: «Загалом вважається, що перевага критерію характеру над критерієм мети пов'язана з тим, що держави можуть завжди використати посилення на мету акту для того, щоб заявити про імунітет. Як стверджує один із провідних авторів [Christoph Schreuer, *State Immunity: Some Recent Developments* (1988), 15]: “Проблема з критерієм мети полягає, безумовно, в тому, що, щойно ми починаємо аналізувати *underlying reasons* – причини, які спонукали державу-партнера укласти операцію, – ми майже напевно знайдемо політичну мету. Якою б комерційною не була діяльність, її завжди можна пов'язати з загальним благом”».» Подібний скепсис щодо критерію мети фіксується й у підготовчих матеріалах Комісії міжнародного права. Як зазначено в проєктах статей про юрисдикційні імунітети держав та їх власності (пункт 2(26), с. 20), окремі делегації в Шостому комітеті та деякі члени Комісії вважали за краще уникати критерію мети як такого, що є надто суб'єктивним.

[11] Див. проєкти статей про юрисдикційні імунітети держав та їх власності (пункт 2(26), с. 20).

[12] Matthias Kloth, там само, с. 199.

[13] Там само, с. 200.

[14] Щодо поваги до міжнародного права як легітимної мети див. також: David Lloyd Jones, «Article 6 ECHR and Immunities Arising in Public International Law», *International & Comparative Law Quarterly* (2003), 52(2), 463, с. 471, де аналізуються рішення у справах Al-Adsani, Fogarty та McElhinney (усі згадані). Зв'язок між суверенним імунітетом і міжнародним правом ґрунтується на принципі *par in parem non habet imperium* («рівний не має влади над рівним»), згідно з яким держава не повинна підпорядковуватися юрисдикції іншої держави.

[15] Там само, с. 18. Див. також, у цьому ж виданні, короткий підсумок на с. 199–200.

[16] Daniel Rietiker, «The Principle of “Effectiveness” in the Recent Jurisprudence of the European Court of Human Rights: Its Dimensions and its Consistency with Public International Law – No Need for the Concept of

Treaty *Sui Generis*», *Nordic Journal of International Law* 79 (2010) 245, с. 267–275.

[17] Як зазначає Mark E. Villiger у своїй праці *Handbook on the European Convention on Human Rights* (Brill Nijhoff, 2023), § 257 (с. 183–184), щодо звернення до інших міжнародних договорів при тлумаченні Конвенції та її Протоколів: «Суд зобов'язаний тлумачити й застосовувати Конвенцію та її Протоколи (статті 19 і 32 § 1). Щоб допомогти собі в цьому, він іноді звертається до інших міжнародних договорів. Оскільки багато з них ратифіковано значною кількістю держав, вони відображають певну реальність, що дозволяє уточнити зміст і сферу застосування Конвенції та її Протоколів. У цьому контексті міжнародні договори можуть допомагати окреслити контури відповідного положення Конвенції. Вони також можуть свідчити про існування консенсусу між державами-учасницями щодо захисту прав людини». У тому ж дусі Олівер Дерр зазначає, що «загальні норми звичаєвого міжнародного права можуть слугувати для визначення контексту договірної положення і, таким чином, містити важливі орієнтири для його тлумачення». Див.: Oliver Dörr у: Oliver Dörr, Kirsten Schmalenbach (ред.), *Vienna Convention on the Law of Treaties – A Commentary*, 2-ге вид. (Springer, 2018), ч. III, розд. 3, с. 606, § 98.

[18] У цьому зв'язку в пункті 40 моєї окремої думки в справі Fajstavr проти Чеської Республіки (№ 48303/21, 16 жовтня 2025 року) я зазначив:

«Отже, я стверджую, що процесуальна справедливість є не лише інструментом тлумачення, а й самостійною нормою міжнародного права. Вона закріплена в кожній гарантії статті 6 Конвенції, що підкреслює як невід'ємний характер цих гарантій, так і те, наскільки важливою є справедливість процедур для легітимності судових процесів. Процесуальна справедливість – це загальний принцип міжнародного права, глибоко вкорінений у практиці та притаманних повноваженнях міжнародних судів і трибуналів, включно з Європейським судом з прав людини. Вона тісно пов'язана з їхньою легітимністю, підтримуючи їх авторитет та сприйняття в міжнародному правопорядку. Легітимність, у свою чергу, вимагає визнання процесуальної справедливості нормативним правилом, що надає їй обов'язкову силу, яка виходить за межі суто інструментальної корисності. Гарантії, закріплені в статті 6, роблять право на

справедливий судовий розгляд наріжним каменем верховенства права та процедурної легітимності, на яких зрештою ґрунтується міжнародний правопорядок. Крім того, як я вже зазначав, процесуальна справедливість визнається загальним принципом міжнародного права і, отже, джерелом міжнародного права у значенні статті 38 Статуту Міжнародного Суду ООН. Той факт, що право на справедливий судовий розгляд за статтею 6 може, за певних обставин, бути предметом дерогації відповідно до статті 15 Конвенції, не зменшує його нормативної цінності. Можливість дерогації лише обмежує сферу застосування цієї гарантії в ситуаціях надзвичайного характеру, не підриваючи її фундаментального значення як принципу міжнародного права».

[19] Див. *Sunday Times* проти Сполученого Королівства (№ 6538/74, § 55, 26 квітня 1974 року (Пленум)).

[20] Див. *Delcourt* проти Бельгії (№ 2689/65, § 25, 17 січня 1970 року), *Moreira de Azevedo* проти Португалії (№ 11296/84, § 66, 23 жовтня 1990 року), *De Cubber* проти Бельгії (№ 9186/80, §§ 30 і 32, 26 жовтня 1984 року).

[21] Див.: Laura Hoyano, «What is balanced on the scales of justice? In search of the essence of the right to a fair trial», *Criminal Law Review* (2014), 1, с. 4.

[22] Див.: Michael Akehurst, *A Modern Introduction to International Law*, 3-тє вид. (George Allen and Unwin Ltd, 1977), с. 109.

[23] Див. справи *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000* (Демократична Республіка Конго проти Бельгії), рішення від 14 лютого 2002 року, Збірник МС ООН 2002, § 46; *Immunités juridictionnelles de l'État* (Німеччина проти Італії; Греція (трета сторона)), рішення від 3 лютого 2012 року, Збірник МС ООН 2012, § 82.

[24] Див.: Hazel Fox, *The Law of State Immunity* (Oxford University Press, 2013), с. 20.

[25] Зокрема, Суд розглянув питання прийнятності лише в одному реченні (пункт 21 рішення), вдавшись до загальної формули без реального аналізу суті: «Вважаючи, що заява не є явно

необґрунтованою і не є неприйнятною з будь-якої іншої підстави, передбаченої статтею 35 Конвенції, Суд оголошує її прийнятною».

VI. Значення рішення ЄСПЛ для української судової практики та висновки

Для України значення справи «Renouard v. France» полягає принаймні в такому.

По-перше, при вирішенні питання про надання імунітету іноземній державі українські суди мають:

- чітко розмежовувати *acta jure imperii* та *acta jure gestionis* не лише за формальним статусом сторони (державний орган), а й за природою та економічним контекстом операції;
- з обережністю використовувати критерій «мети», розуміючи, що майже будь-яка діяльність держави може бути репрезентована як «публічно корисна»; пріоритет має надаватися природі правочину, наявності чи відсутності владних повноважень та «ексorbitантних» умов.

По-друге, у спорах із «змішаною» природою (коли держава здійснює діяльність, що має і комерційні, і політичні цілі, наприклад, культурна дипломатія, освітні проекти, інфраструктурні інвестиції) доцільно виходити з презумпції *jure gestionis* у відносинах з приватними посередниками та підрядниками, якщо відсутні чіткі ознаки реалізації владних прерогатив.

По-третє, у випадках, коли надання імунітету фактично позбавляє позивача будь-якого реалістичного доступу до альтернативного форуму (через очевидну залежність судів іноземної держави, воєнні дії, санкційний режим тощо), українські суди мають прямо враховувати статтю 6 Конвенції та практику ЄСПЛ, застосовуючи «критерії ефективності» й виходячи з пріоритету захисту права на суд.

По-четверте, при майбутньому вдосконаленні законодавства про імунітет іноземних держав та їхнього майна слід:

- кодифікувати винятки з імунітету у сферах трудових і комерційних відносин, зокрема щодо посередницьких і консалтингових послуг;
- відобразити автономне тлумачення поняття «комерційна транзакція» у дусі Конвенції ООН 2004 р. і доктрини «обмеженого» імунітету;
- передбачити пряме зобов'язання судів тлумачити обмеження доступу до суду вузько й з урахуванням статті 6 Конвенції.

По-п'яте, суди мають враховувати в своїй практиці сформульовані та адаптовані для українського контексту чотири «критерії ефективності» права доступу до суду (широке тлумачення права, вузьке тлумачення обмежень, реальна пропорційність, практична ефективність), які можуть бути використані як методологічний інструмент при судовій практиці й наукових дослідженнях.