

**Cour
Pénale
Internationale**



Международный Уголовный Суд

**International
Criminal
Court**

Язык оригинала: английский

№: ICC-01/09-02/11 ОА

Дата: 30 августа 2011 года

АПЕЛЛЯЦИОННАЯ ПАЛАТА

Присутствуют: Судья Даниел Дэвид Нтанда Нсереко,
председательствующий судья
Судья Сан Хюн Сон
Судья Акуа Куеньехиа
Судья Эрки Коурула
Судья Анита Ушацка

СИТУАЦИЯ В РЕСПУБЛИКЕ КЕНИЯ

**В ДЕЛЕ ПРОКУРОР ПРОТИВ ФРАНСИСА КИРИМИ МУТАУРЫ, УХУРУ
МУИГАИ КЕНЬЯТТЫ и МОХАММЕДА ХУСЕЙНА АЛИ**

Общедоступный документ – СРОЧНО

Решение

**по апелляции Республики Кения в отношении решения Палаты
предварительного производства II от 30 мая 2011 года, озаглавленного
«Решение по ходатайству правительства Кении о возражении в отношении
приемлемости дела к производству в соответствии с подпунктом (b)
пункта 2 статьи 19 Статута»**

О решении согласно положению 31 Регламента Суда уведомляются:**Канцелярия Прокурора**

Г-жа Фату Бенсуда, заместитель Прокурора
Г-н Фабрицио Гуариглиа

Адвокаты Франсиса Кирими Мутауры

Г-н Карим А. А. Хан
Г-н Кеннеди Огета

**Управление общественных адвокатов
для потерпевших**

Г-жа Паолина Массидда

Адвокаты Ухуру Муигаи Кеньятты

Г-н Стивен Кей
Г-н Джиллиан Хиггинс

Представители государств

Г-н Джеффри Найс
Г-н Родни Диксон

Адвокаты Мохаммеда Хусейна Али

Г-н Ивенс Монари
Г-н Гершом Отачи Бв'оманва

СЕКРЕТАРИАТ

Секретарь

Г-жа Сильвана Арбия

Апелляционная палата Международного уголовного суда,

В связи с апелляцией Республики Кения в отношении решения Палаты предварительного производства II от 30 мая 2011 года, озаглавленного «Решение по ходатайству правительства Кении о возражении в отношении приемлемости дела к производству в соответствии с подпунктом (b) пункта 2 статьи 19 Статута» (ICC-01/09-02/11-96),

На основании проведенных обсуждений,

Большинством голосов, при особом мнении судьи Аниты Ушацкой,

Выносит следующее

РЕШЕНИЕ

Решение по ходатайству правительства Кении о возражении в отношении приемлемости дела к производству в соответствии с подпунктом (b) пункта 2 статьи 19 Статута подтверждается.

I. ОСНОВНЫЕ ВЫВОДЫ

1. Для того чтобы, после того как Суд выдал ордер на арест или приказ о явке в Суд, дело считалось неприемлемым к производству на основании подпункта (a) пункта 1 статьи 17 Статута, национальное расследование должно касаться того же лица и в основном тех же действий, утверждения о совершении которых рассматриваются в ходе разбирательства, проводимого Судом. Слово «расследуется» в данном контексте означает принятие мер, направленных на выяснение того, несет ли данное лицо ответственность за эти деяния, например, посредством проведения допроса свидетелей или подозреваемых, сбора документальных доказательств или проведения судебных экспертиз.

2. Если какое-либо государство оспаривает приемлемость дела к производству, оно должно представить Суду достаточно подробные и обладающие доказательной силой доказательства, свидетельствующие о том, что оно действительно расследует это дело. Одних лишь утверждений о том, что расследование ведется, недостаточно.

3. За исключением конкретных положений правила 58 Правил процедуры и доказывания, Палата, рассматривающая возражение о приемлемости дела к производству, располагает широкой свободой усмотрения в определении подхода к ведению разбирательства по вопросу о таком возражении.

II. ИСТОРИЯ ПРОЦЕССА

A. Производство в Палате предварительного производства

4. 31 марта 2010 года Палата предварительного производства II (далее «Палата предварительного производства») большинством голосов приняла решение, вынесенное на основании статьи 15 Римского статута, о разрешении на проведение расследования ситуации в Республике Кения¹ (далее «Решение, вынесенное на основании статьи 15»), в котором она уполномочила Прокурора начать, по его собственной инициативе, расследование ситуации в Республике Кения.

5. 8 марта 2011 года Палата большинством голосов постановила вызвать г-на Франсиса Кирими Мутауру (далее «г-н Мутаура»), г-на Ухуру Муигаи Кеньятту (далее «г-н Кеньятта») и г-на Мохаммеда Хусейна Али (далее «г-н Али») для явки в Суд 7 апреля 2011 года.²

6. 31 марта 2011 года Правительство Республики Кения (далее «Кения») представила в Палату предварительного производства ХОДАТАЙСТВО ОТ ИМЕНИ ПРАВИТЕЛЬСТВА РЕСПУБЛИКИ КЕНИЯ, ПОДАННОЕ НА ОСНОВАНИИ СТАТЬИ 19 СТАТУТА МУС³ (далее «Возражение в отношении приемлемости дела к производству»), в котором оно, среди прочего, просило Палату предварительного производства «[ПЕРЕВОД] признать два дела, находящиеся в настоящее время на ее рассмотрении, неприемлемыми к производству».⁴

7. 4 апреля 2011 года Палата предварительного производства вынесла решение о порядке ведения разбирательства после представления ходатайства правительства

¹ ICC-01/09-19. К данному документу 1 апреля 2010 года было представлено исправление под номером ICC-01/09-19-Согг.

² Решение по ходатайству Прокурора о вызове для явки в Суд Франсиса Кирими Мутауры, Ухуру Муигаи Кеньятты и Мохаммеда Хусейна Али, ICC-01/09-02/11-1.

³ ICC-01/09-02/11-26.

⁴ Возражение в отношении приемлемости дела к производству, пункт 80.

Кении, поданного на основании статьи 19 Римского статута⁵ (далее «Решение о порядке ведения разбирательства от 4 апреля 2011 года»).

8. 21 апреля 2011 года Кения представила ДОКУМЕНТ, СОДЕРЖАЩИЙ ПРИЛОЖЕНИЯ МАТЕРИАЛОВ К ХОДАТАЙСТВУ ПРАВИТЕЛЬСТВА КЕНИИ, ПОДАННОГО НА ОСНОВАНИИ СТАТЬИ 19 РИМСКОГО СТАТУТА⁶ (далее «Документ, содержащий приложения, от 21 апреля 2011 года»), к которому она приложила 22 приложения в обоснование ее Возражения в отношении приемлемости дела к производству.

9. 28 апреля 2011 года Прокурор,⁷ г-н Али,⁸ г-н Мутаура и г-н Кеньятта⁹ представили ответы на Возражение Кении в отношении приемлемости дела к производству. Управление общественных адвокатов для потерпевших (далее «УОАП»), действуя от имени потерпевших, подавших ходатайства об участии в процессе, также представило ответ на Возражение в отношении приемлемости дела к производству.¹⁰

10. 13 мая 2011 года Кения, с разрешения Палаты предварительного производства,¹¹ представила возражение от имени правительства Кении на ответы Прокурора, защиты и УОАП на ходатайство правительства, поданное на основании статьи 19 Римского Статута.¹² Палата предварительного производства получила уведомление об этом документе и семи приложениях к нему 16 мая 2011 года (далее «Возражение Кении от 16 мая 2011 года»).

11. 30 мая 2011 года Палата предварительного производства вынесла решение по ходатайству правительства Кении о возражении в отношении приемлемости дела

⁵ ICC-01/09-02/11-40.

⁶ ICC-01/09-02/11-67.

⁷ Ответ обвинения на ходатайство, поданное от имени правительства Республики Кения на основании статьи 19 Римского статута, ICC-01/09-02/11-71.

⁸ Ответ генерала Мохаммеда Хусейна Али на ходатайство, поданное от имени правительства Республики Кения на основании статьи 19 Статута МУС, ICC-01/09-02/11-70.

⁹ СОВМЕСТНЫЕ ЗАМЕЧАНИЯ ЗАЩИТЫ В ОТНОШЕНИИ ХОДАТАЙСТВА, ПОДАННОГО ПРАВИТЕЛЬСТВОМ РЕСПУБЛИКИ КЕНИЯ НА ОСНОВАНИИ СТАТЬИ 19, ICC-01/09-02/11-72.

¹⁰ Замечания, представленные от имени потерпевших, в отношении ходатайства, поданного правительством Кении на основании статьи 19 Римского статута, ICC-01/09-02/11-74.

¹¹ Решение, вынесенное на основании пункта 5 положения 24 Регламента Суда, по ходатайству, поданному от имени правительства Кении, 2 мая 2011 года, ICC-01/09-02/11-81.

¹² ICC-01/09-02/11-91 с семью приложениями.

к производству в соответствии с подпунктом (b) пункта 2 статьи 19 Статута¹³ (далее «Оспариваемое решение»).

В. Производство в Апелляционной палате

12. 6 июня 2011 года Кения представила апелляцию, озаглавленную «Апелляция правительства Кении в отношении решения по ходатайству правительства Кении о возражении в отношении приемлемости дела к производству в соответствии с подпунктом (b) пункта 2 статьи 19 Статута».¹⁴

13. 20 июня 2011 года Кения представила документ в поддержку апелляции правительства Кении в отношении решения по ходатайству правительства Кении о возражении в отношении приемлемости дела к производству в соответствии с подпунктом (b) пункта 2 статьи 19 Статута.¹⁵ К этому документу 22 июня 2011 года было представлено исправление¹⁶ (далее «Документ в поддержку апелляции»). В обоснование своей апелляции Кения заявляет, что решение Палаты предварительного производства о том, что рассматриваемое Судом дело в отношении двух подозреваемых является приемлемым в соответствии со Статутом, недействительно в силу наличия ошибки в факте, процессуальной ошибки и ошибки в праве и должно быть отменено Апелляционной палатой.¹⁷

14. 4 июля 2011 года Кения представила документ, содержащий обновленный доклад правительства Кении о ходе расследования, представленный в рамках апелляционного производства в отношении решения Палаты предварительного производства о приемлемости дела к производству¹⁸ (далее «Обновленный доклад о ходе расследования»), к которому был приложен доклад начальника Управления уголовных расследований Кении.¹⁹

15. 12 июля 2011 года Прокурор представил ответ обвинения на апелляцию правительства Кении в отношении решения по ходатайству правительства Кении о возражении в отношении приемлемости дела к производству в соответствии

¹³ ICC-01/09-02/11-96.

¹⁴ ICC-01/09-02/11-104.

¹⁵ ICC-01/09-02/11-130.

¹⁶ ICC-01/09-02/11-130-Corr.

¹⁷ Документ в поддержку апелляции, пункт 1.

¹⁸ ICC-01/09-02/11-153.

¹⁹ Приложение 1 к документу, содержащему обновленный доклад правительства Кении о ходе расследования, представленному в рамках апелляционного производства в отношении решения Палаты предварительного производства о приемлемости дела к производству, ICC-01/09-02/11-153-Anx 1.

с подпунктом (b) пункта 2 статьи 19 Статута²⁰ (далее «Ответ Прокурора на Документ в поддержку апелляции»), в котором он утверждал, что Кения не смогла доказать наличия какой-либо обратимой ошибки в Оспариваемом решении и что поэтому апелляции следует отклонить.

16. 12 июля 2011 года г-н Али представил ответ защиты на документ Республики Кения в поддержку апелляции правительства Кении в отношении решения по ходатайству правительства Кении о возражении в отношении приемлемости дела к производству в соответствии с подпунктом (b) пункта 2 статьи 19 Статута²¹ (далее «Ответ г-на Али на Документ в поддержку апелляции»). По существу, г-н Али согласен с утверждениями Кении, представленными в порядке обжалования, и просит отменить Оспариваемое решение.

17. 19 июля 2011 года потерпевшие, представляемые УОАП, представили замечания потерпевших в связи с апелляцией правительства Кении в отношении разбирательства по вопросу о приемлемости дела к производству²² (далее «Замечания потерпевших»). Потерпевшие в основном поддерживают мнение Прокурора в отношении предполагаемых ошибок.²³ В частности, в том что касается предполагаемых фактических ошибок, они отмечают, что использование Кенией писем и докладов в отношении предполагаемого расследования, проводимого Кенией, и бездоказательных инструкций юристам со стороны начальника полиции в обоснование ее Возражения в отношении приемлемости дела к производству ошибочно, поскольку в этих материалах не содержится конкретной информации, свидетельствующей о проведении расследования в отношении шестерых подозреваемых.²⁴

18. 19 июля 2011 года Кения представила ходатайство от имени правительства Кении о разрешении на представление возражения на ответ обвинения на апелляцию правительства Кении в отношении решения по ходатайству правительства Кении о возражении в отношении приемлемости дела к производству в соответствии с подпунктом (b) пункта 2 статьи 19 Статута²⁵ (далее «Ходатайство о разрешении

²⁰ ICC-01/09-02/11-168.

²¹ ICC-01/09-02/11-166.

²² ICC-01/09-02/11-177.

²³ Замечания потерпевших, пункты 40, 43-44.

²⁴ Замечания потерпевших, пункты 13-16, 27-29, 31.

²⁵ ICC-01/09-02/11-180.

на представление возражения»). Ходатайство о разрешении на представление возражения было зарегистрировано 20 июля 2011 года.

19. 26 июля 2011 года Кения представила ответ на замечания потерпевших, представленные в связи с апелляцией правительства Кении в отношении разбирательства по вопросу о приемлемости дела к производству²⁶ (далее «Ответ Кении на Замечания потерпевших»), в котором Кения заявляет, что потерпевшие «[ПЕРЕВОД] лишь повторяет аргумент, выдвинутый обвинением, [...] и не учитывает центральный вопрос: является ли однозначное утверждение правительства Кении, сделанное в МУС, о том, что оно ведет расследование [...] в отношении подозреваемых [...], попросту не соответствующим действительности».²⁷

20. 27 июля 2011 года Прокурор представил ответ обвинения на замечания потерпевших, представленные в связи с апелляцией правительства Кении в отношении разбирательства по вопросу о приемлемости дела к производству²⁸ (далее «Ответ Прокурора на Замечания потерпевших»). Прокурор заявляет, что Замечания потерпевших позволяют еще раз убедиться в «[ПЕРЕВОД] глубоком непонимании [Кенией] субстантивных и процессуальных требований к Возражению в отношении приемлемости дела к производству и, в конечном итоге, ее неспособности представить какие-либо ощутимые доказательства, подтверждающие ее утверждения о том, что на национальном уровне ведется расследование дела в отношении подозреваемых».²⁹ Соответственно, Прокурор соглашается с тем, что Кения неверно использует в процессе обжалования письма и доклады о ведущихся ею расследованиях в отношении подозреваемых.³⁰

21. 28 июля 2011 года Апелляционная палата, получив материалы от Прокурора³¹ и потерпевших³² и предоставив возможность³³ подозреваемым представить их мнения,³⁴ отклонила, *in limine*, Обновленные доклады о ходе расследования.³⁵

²⁶ ICC-01/09-02/11-194.

²⁷ Ответ Кении на замечания потерпевших, пункт 3.

²⁸ ICC-01/09-02/11-198.

²⁹ Ответ Прокурора на замечания потерпевших, пункт 8.

³⁰ Ответ Прокурора на замечания потерпевших, пункт 9.

³¹ Ответ Прокурора на Документ в поддержку апелляции, пункт 35.

³² Замечания потерпевших, пункты 44, 45-46, 48.

³³ Распоряжение о представлении замечаний в отношении документа, содержащего обновленный доклад правительства Кении о ходе расследования, представленным в рамках апелляции в отношении решения Палаты предварительного производства о приемлемости дела к производству, 14 июля 2011 года, ICC-01/09-02/11-171.

22. 1 августа 2011 года Апелляционная палата, предоставив возможность³⁶ Прокурору³⁷ и подозреваемым представить их мнения, отклонила, *in limine*, Ходатайство о разрешении на представление возражения.³⁸

23. 3 августа 2011 года Кения представила просьбу о проведении устного слушания в соответствии с пунктом 3 правила 156³⁹ (далее «Просьба о проведении устного слушания»).

24. 17 августа 2011 года Апелляционная палата, предоставив возможность⁴⁰ Прокурору,⁴¹ подозреваемым⁴² и потерпевшим, участвующим в рассмотрении апелляции,⁴³ представить их мнения, отклонила, *in limine*, Просьбу о проведении устного слушания.⁴⁴

³⁴ Замечания защиты в отношении документа, содержащего обновленный доклад правительства Кении о ходе расследования, представленного в рамках апелляции в отношении решения Палаты предварительного производства о приемлемости дела к производству, 15 июля 2011 года, ICC-01/11-02/11-173.

³⁵ См. решение о представлении в рамках апелляции в отношении решения Палаты предварительного производства о приемлемости дела к производству обновленного доклада правительства Кении о ходе расследования, ICC-01/09-02/11-202.

³⁶ Распоряжение о представлении замечаний в отношении ходатайства, поданного от имени Республики Кения, о разрешении на представление возражения на ответ обвинения на апелляцию правительства Кении в отношении решения по ходатайству правительства Кении о возражении в отношении приемлемости дела к производству в соответствии с подпунктом (b) пункта 2 статьи 19 Статута, 21 июля 2011 года, ICC-01/09-02/11-186.

³⁷ Ответ обвинения на ходатайство, поданное от имени Республики Кения, о разрешении на представление возражения на ответ обвинения на апелляцию правительства Кении в отношении решения по ходатайству правительства Кении о возражении в отношении приемлемости дела к производству в соответствии с подпунктом (b) пункта 2 статьи 19 Статута, 22 июля 2011 года, ICC-01/09-02/11-190.

³⁸ См. решение по ходатайству, поданному от имени Республики Кения, о разрешении на представление возражения на ответ обвинения на апелляцию правительства Кении в отношении решения по ходатайству правительства Кении о возражении в отношении приемлемости дела к производству в соответствии с подпунктом (b) пункта 2 статьи 19 Статута, ICC-01/09-02/11-206.

³⁹ ICC-01/09-02/11-210. Просьба о проведении устного слушания была зарегистрирована 4 августа 2011 года.

⁴⁰ Распоряжение о представлении ответа на представленную Республикой Кения просьбу о проведении устного слушания в соответствии с пунктом 3 правила 156, 5 августа 2011 года, ICC-01/09-02/11-217.

⁴¹ Ответ обвинения на представленную правительством Кении просьбу о проведении устного слушания в соответствии с пунктом 3 правила 156, 11 августа 2011 года, ICC-01/09-02/11-232.

⁴² Ответ защиты на просьбу о проведении устного слушания в соответствии с пунктом 3 правила 156, 11 августа 2011 года, ICC-01/09-02/11-233.

⁴³ Ответ на представленную правительством Кении просьбу о проведении устного слушания в соответствии с пунктом 3 правила 156, 11 августа 2011 года, ICC-01/09-02/11-228.

⁴⁴ См. решение по просьбе о проведении устного слушания в соответствии с пунктом 3 правила 156, ICC-01/09-02/11-251.

III. СУЩЕСТВО АПЕЛЛЯЦИИ

25. В своем Документе в поддержку апелляции Кения утверждает, что в Оспариваемом решении имели место ошибка в факте, процессуальная ошибка и ошибка в праве.⁴⁵ Апелляционная палата рассмотрит каждую из них по очереди, начиная с ошибки в праве.

A. Предполагаемая ошибка в праве

26. Основной вопрос, поднятый Кенией в рамках данного основания для апелляции, касается толкования выражения «дело расследуется [...] государством, которое обладает в отношении его юрисдикцией», приводящегося в подпункте (а) пункта 1 статьи 17 Статута. В частности, Кения оспаривает правильность вывода, сделанного Палатой предварительного производства в отношении того, что дело может считаться неприемлемым для Суда только в том случае, если в национальной юрисдикции ведется расследование в отношении того же лица и в отношении тех же самых деяний, как и в деле, уже находящемся на рассмотрении Суда.⁴⁶

1. Процессуальный контекст и соответствующая часть Оспариваемого решения

27. В своем Возражении в отношении приемлемости дела к производству, представленному в Палату предварительного производства, Кения заявила, что Суд еще окончательно не определил значение слова «дело» в пункте 1 статьи 17 Статута.⁴⁷ В сноске Кения заявила, что в решении по апелляции г-на Жермена Катанги в отношении устного решения Судебной палаты II от 12 июня 2009 года о приемлемости дела к производству⁴⁸ (далее «Решение по делу Катанга ОА 8»), Апелляционная палата отказалась выносить решение в отношении выводов, сделанных другими Палатами Суда, относительно того, что для того, чтобы дело было сочтено неприемлемым, «[ПЕРЕВОД] национальное разбирательство должно касаться как деяний, так и лица, являющихся объектом дела, рассматриваемого МУС»,⁴⁹ или так называемого критерия «то же лицо/то же деяние». По мнению Кении, вместо критерия «то же лицо/то же деяние» к Возражению в отношении приемлемости дела

⁴⁵ Документ в поддержку апелляции, пункт 1.

⁴⁶ Документ в поддержку апелляции, пункты 12 (iv), 79-92.

⁴⁷ Возражение в отношении приемлемости дела к производству, пункт 32.

⁴⁸ 25 сентября 2009 года, ICC-01/04-01/07-1497 (ОА 8), со ссылкой на пункты 81-82 Решения по делу Катанга ОА 8.

⁴⁹ Возражение в отношении приемлемости дела к производству, сноска 20.

к производству следует применять критерий, разработанный Палатой предварительного производства в Решении, вынесенном на основании статьи 15. Согласно этому критерию, национальное разбирательство должно «[ПЕРЕВОД] касаться тех же деяний в отношении лиц, находящихся на том же иерархическом уровне, что и лица, являющиеся объектом расследования в МУС».⁵⁰ В Возражении Кении от 16 мая 2011 года Кения также заявила, что «[ПЕРЕВОД] любой аргумент в отношении того, что идентичными *должны быть* как личность *частных лиц*, так и *предмет*, в отношении которых ведутся расследования государством и Прокурором МУС, неизбежно ошибочен, так как государство может просто не располагать доказательствами, имеющимися в распоряжении Прокурора МУС, или может даже не иметь доступа к таким доказательствам».⁵¹ Кения также заявила, что «[ПЕРЕВОД] просто нет гарантии того, что идентичная когорта лиц попадет в сферу расследования, проводящегося государством, стремящимся не допустить приемлемости дела к производству в МУС, и расследования, проводящегося Прокурором, стремящимся ее доказать».⁵² Кения также напомнила, что согласно пункту 5 статьи 19 Статута она обязана представить Возражение в отношении приемлемости дела к производству «[ПЕРЕВОД] при ближайшей удобной возможности [...], событие, вызванное выдачей несколько недель назад приказов о явке в суд шестерых граждан Кении».⁵³

28. В Оспариваемом решении Палата предварительного производства заявила, что Кения, возможно, неправильно поняла критерий приемлемости дела к производству,⁵⁴ и пояснила, что выводы, сделанные ею в Решении, вынесенном на основании статьи 15, были сделаны в контексте выдачи разрешения на расследование *ситуации*, в отношении одного или нескольких потенциальных дел, когда, скорее всего, конкретные подозреваемые еще не определены.⁵⁵ Палата предварительного производства пояснила, что «[ПЕРЕВОД] критерий становится более конкретным, когда речь идет об определении приемлемости дела к производству на стадии «дела»».⁵⁶ Палата предварительного производства напомнила, что в деле *Лубанга* Палата предварительного производства I установила и применила критерий «то же

⁵⁰ Возражение в отношении приемлемости дела к производству, пункт 32.

⁵¹ Возражение Кении от 16 мая 2011 года, пункт 27.

⁵² Возражение Кении от 16 мая 2011 года, пункт 27.

⁵³ Возражение Кении от 16 мая 2011 года, пункт 26.

⁵⁴ Оспариваемое решение, пункт 48.

⁵⁵ Оспариваемое решение, пункт 50.

⁵⁶ Оспариваемое решение, пункт 50.

лицо/то же деяние» на стадии дела.⁵⁷ Палата предварительного производства констатировала, кроме того, что Апелляционная палата в деле *Катанга* отказалась выносить решение только в отношении элемента данного критерия, касающегося «того же деяния», но что из решения Апелляционной палаты можно сделать вывод о том, что Палата «[ПЕРЕВОД] вынесла решение по части критерия, в частности о том, что при определении допустимости «дела» к производству речь должна идти *по меньшей мере* о «том же лице»». ⁵⁸

2. *Представления Кении, сделанные в рамках апелляционного производства*

29. В порядке обжалования Кения заявляет, что Палата предварительного производства совершила ошибку, применив критерий «то же лицо/то же деяние» без учета ее аргументов, оспаривающих правильность такого критерия.⁵⁹ Кения подчеркивает, что она правильно поняла критерий, разработанный в Решении, вынесенном на основании статьи 15, но что, по ее мнению, этот критерий следует применять на всех стадиях разбирательства, а не только на стадии ситуации.⁶⁰ Что же касается критерия «то же лицо/то же деяние», Кения подчеркивает, что критерий допустимости не может предполагать требования в отношении проведения в рамках национальной юрисдикции расследования в отношении тех же самых лиц.⁶¹ Более того, Кения утверждает, что «[ПЕРЕВОД] просто должна быть гибкость в осуществлении свободы усмотрения при применении принципа дополняемости», поскольку существует презумпция в пользу национальных юрисдикций.⁶² Кения заявляет, что аргументы, представленные ею Палате предварительного производства, пока еще не рассматривались в судебной практике Суда,⁶³ и оспаривает утверждение Палаты предварительного производства о том, что Апелляционная палата поддержала мнение о том, что расследование, проводимое государством, должно касаться того же лица.⁶⁴ Кения также заявляет, что она указывала Палате предварительного производства, что при проведении предварительных расследований в отношении других ситуаций Прокурор считал, что «[ПЕРЕВОД] решение о необходимости

⁵⁷ Оспариваемое решение, пункт 51.

⁵⁸ Оспариваемое решение, пункт 52.

⁵⁹ Документ в поддержку апелляции, пункты 79-80.

⁶⁰ Документ в поддержку апелляции, пункт 82.

⁶¹ Документ в поддержку апелляции, пункт 84.

⁶² Документ в поддержку апелляции, пункт 43.

⁶³ Документ в поддержку апелляции, пункт 85.

⁶⁴ Документ в поддержку апелляции, пункт 87.

вмешательства с его стороны зависит от функционирования и возможностей национальной системы в целом», однако Палата предварительного производства этот аргумент не рассмотрела.⁶⁵

3. *Представления г-на Али, сделанные в рамках апелляционного производства*

30. Г-н Али соглашается с представлениями Кении относительно того, что «[ПЕРЕВОД] Палата предварительного производства совершила ошибку, приняв решение о применимости критерия «то же лицо/то же деяние»». ⁶⁶ Г-н Али утверждает, что «[ПЕРЕВОД] ни в одном из решений Палат не содержится ссылок на авторитетный источник, предписывающий применение критерия «то же лицо/то же деяние», и что как таковой этот «[ПЕРЕВОД] критерий несовместим с целями и направленностью Статута».⁶⁷

4. *Представления Прокурора, сделанные в рамках апелляционного производства*

31. Прокурор не согласен с заявлением Кении о том, что Палата предварительного производства не рассмотрела аргументы Кении в отношении того, какой критерий следовало применить. Прокурор утверждает, что Палата предварительного производства четко и правильно рассмотрела эти аргументы, указав, что критерий, указанный в Решении, вынесенном на основании статьи 15, «[ПЕРЕВОД] был выработан для конкретной и ограниченной цели определения приемлемости *на стадии ситуации*».⁶⁸ Прокурор утверждает, что статья 17 Статута «[ПЕРЕВОД] регламентирует порядок определения Судом того форума, в котором следует продолжать рассмотрение, если конкретное дело одновременно подпадает под юрисдикцию и МУС, и государства».⁶⁹ Он заявляет, что Кения «[ПЕРЕВОД] не предусматривает возможности одновременного осуществления Судом и соответствующим государством юрисдикции в отношении разных подозреваемых в связи с преступлениями, вытекающими из одних и тех же событий».⁷⁰ Кроме того,

⁶⁵ Документ в поддержку апелляции, пункт 89.

⁶⁶ Ответ г-на Али на Документ в поддержку апелляции, пункт 35.

⁶⁷ Ответ г-на Али на Документ в поддержку апелляции, пункт 39.

⁶⁸ Ответ Прокурора на Документ в поддержку апелляции, пункт 75.

⁶⁹ Ответ Прокурора на Документ в поддержку апелляции, пункт 82.

⁷⁰ Ответ Прокурора на Документ в поддержку апелляции, пункт 87.

Прокурор утверждает, что критерий «то же лицо/то же деяние» подкрепляется текстом и историей составления Статута.⁷¹

5. *Замечания потерпевших*

32. Потерпевшие полностью поддерживают представления Прокурора в отношении критерия «то же лицо/то же деяние». Они утверждают, что этот «[ПЕРЕВОД] критерий не требует в обязательном порядке от национальных органов привлечения к ответственности конкретного лица или вынесения ему приговора [...], а требует лишь проведения должного расследования в отношении этого лица или привлечения его к уголовной ответственности».⁷²

6. *Определение Апелляционной палаты*

33. В Оспариваемом решении Палата предварительного производства при решении вопроса о приемлемости дела к производству в соответствии с подпунктом (а) пункта 1 статьи 17 Статута применила критерий «то же лицо/то же деяние». Палата предварительного производства отметила, что в Решении по делу *Катанга* ОА 8 Апелляционная палата отказалась выносить решение по вопросу о правильности или неправильности компонента «то же деяние» критерия «то же лицо/то же деяние», поскольку этот вопрос не имел решающего значения для вынесения определения по той апелляции.⁷³ Палата предварительного производства также заявила, что Апелляционная палата отказалась выносить решение лишь по компоненту «то же деяние» этого критерия и что Палата предварительного производства «[ПЕРЕВОД] может сделать четкий вывод о том, что Апелляционная палата приняла решение по части критерия, а именно в отношении того, что при определении допустимости «дела» к производству речь должна идти *по меньшей мере* о «том же лице»».⁷⁴

34. Апелляционная палата отмечает, что в Решении по делу *Катанга* ОА 8 как дело, рассматривавшееся в Суде, так и расследование, проводившееся Демократической Республикой Конго, касались одного и того же лица: г-на Катанги. Поэтому Апелляционной палате не требовалось рассматривать вопрос о том, должно ли дело *всегда* касаться одного и того же лица. Соответственно, Апелляционная палата не

⁷¹ Ответ Прокурора на Документ в поддержку апелляции, пункты 92-102.

⁷² Замечания потерпевших, пункт 43.

⁷³ Оспариваемое решение, пункт 52, ссылка на Решение по делу *Катанга* ОА 8, пункт 81.

⁷⁴ Оспариваемое решение, пункт 52.

стала выносить решение о правильности компонента «то же лицо» этого критерия и впервые рассматривает этот вопрос в рамках данной апелляции.

35. Статья 17 Статута в соответствующей части гласит:

1. С учетом пункта 10 преамбулы и статьи 1 Суд определяет, что дело не может быть принято к производству в тех случаях, когда:

a) данное дело расследуется или в отношении его возбуждено уголовное преследование государством, которое обладает в отношении его юрисдикцией, за исключением случаев, когда это государство не желает или не способно вести расследование или возбудить уголовное преследование должным образом;

b) дело расследовано государством, которое обладает юрисдикцией в отношении него, и это государство решило не возбуждать в отношении лица, которого это касается, уголовного преследования, за исключением случаев, когда это решение стало результатом нежелания или неспособности государства возбудить уголовное преследование должным образом;

c) лицо, которого это касается, уже было судимо за поведение, которое является предметом данного заявления, и проведение судебного разбирательства Судом не разрешено на основании пункта 3 статьи 20;

d) [...].

36. В статье 17 излагаются основные условия, при которых дело является неприемлемым к производству в Суде. В ней отражен принцип дополняемости (десятый пункт преамбулы и статья 1 Статута), согласно которому Суд «дополняет национальные системы правосудия». Соответственно, в первую очередь ответственность за осуществление уголовного преследования несут государства, и Суд не заменяет собой, а лишь дополняет их системы в этом отношении. В подпунктах (a) по (c) пункта 1 статьи 17 излагается подход к урегулированию коллизии юрисдикций между Судом, с одной стороны, и национальной юрисдикцией, с другой. Соответственно, согласно положениям подпункта (a) пункта 1 статьи 17, в котором рассматривается первый альтернативный вариант, вопрос заключается не просто в том, проводится ли «расследование» вообще, а в том, расследуют ли и Суд, и национальная юрисдикция *одно и то же дело*.

37. Следует также отметить, что статья 17 касается не только определения приемлемости конкретного дела к производству (статья 19 Статута), но также и предварительных постановлений, касающихся приемлемости (статья 18 Статута). Согласно пункту 2 правила 55 Правил процедуры и доказывания, при вынесении

№ ICC-01/09-02/11 OA 15/53

предварительного постановления, касающегося приемлемости, Палата предварительного производства «принимает во внимание факторы, указанные в статье 17, при вынесении решения относительно дачи разрешения на проведение расследования». Факторы, перечисленные в статье 17, также подлежат учету при принятии Прокурором решения в отношении начала расследования в соответствии с пунктом 1 статьи 53 Статута или при обращении за разрешением возбудить расследование *proprio motu* в соответствии со статьей 15, а также при принятии решения об осуществлении уголовного преследования в соответствии с пунктом 2 статьи 53 Статута.

38. Поэтому значение выражения «дело расследуется», содержащегося в подпункте (а) пункта 1 статьи 17 Статута, следует понимать в том контексте, к которому оно относится. Для целей производства, касающегося начала расследования ситуации (статья 15 и пункт 1 статьи 53 Статута), очертания вероятных дел часто будут относительно нечеткими, поскольку расследование, проводящееся Прокурором, будет находиться на начальной стадии. То же самое касается предварительных возражений в отношении приемлемости дела к производству, подаваемых в соответствии со статьей 18 Статута. На этой стадии конкретные подозреваемые зачастую еще не известны, также как не ясны конкретные деяния и их юридическая классификация. Относительная неясность очертаний вероятных дел в рамках производства, предусмотренного статьей 18, также находит отражение в положениях пункта 1 правила 52 Правил процедуры и доказывания, где говорится об «информации о деяниях, которые могут составлять преступления, указанные в статье 5, и иметь значение для целей пункта 2 статьи 18», которая должна содержаться в уведомлении, направляемом Прокурором государствам.

39. В отличие от этого статья 19 Статута касается приемлемости конкретных дел. Дела определяются ордером на арест или приказом о явке в суд, выдаваемым в соответствии со статьей 58, или обвинениями, выдвинутыми Прокурором и утвержденными Палатой предварительного производства в соответствии со статьей 61. Согласно статье 58, для выдачи ордера на арест или приказа о явке в суд должны иметься разумные основания полагать, что лицо, указанное в таком ордере или приказе, совершило преступление, подпадающее под юрисдикцию Суда. Аналогичным образом, согласно положению 52 Регламента Суда, в документе, содержащем обвинения, должны быть указаны лицо, в отношении которого испрашивается

№ ICC-01/09-02/11 OA 16/53

утверждение обвинений, и предъявляемые ему обвинения. В соответствии с подпунктом (с) пункта 1 статьи 17 и пунктом 3 статьи 20 Статута, Суд не может проводить судебное разбирательство в отношении лица, которое уже было судимо национальным судом за то же деяние, за исключением тех случаев, когда соблюдены требования подпунктов (а) или (b) пункта 3 статьи 20 Статута.⁷⁵ Таким образом, определяющими элементами конкретного дела являются наличие конкретного лица и предположительного деяния. Из этого следует, что дело будет неприемлемым к производству в соответствии с положениями подпункта (а) пункта 1 статьи 17 Статута только в том случае, если национальное расследование касается того же лица и в основном того же деяния, что и разбирательство, ведущееся Судом.

40. Возражение в отношении приемлемости дела к производству, лежащее в основе данной апелляции, было представлено на основании подпункта (b) пункта 2 статьи 19 Статута по делу, в рамках которого приказ о явке в Суд был выдан в отношении конкретных подозреваемых в связи с конкретными деяниями. Соответственно, применительно к данной апелляции, «делом» по смыслу подпункта (а) пункта 1 статьи 17 является дело, указанное в приказе о явке. Это дело будет неприемлемым для Суда только в том случае, если те же самые подозреваемые находятся под следствием в Кении в связи с совершением в основном тех же деяний. Слово «расследуется» в данном контексте означает принятие мер, направленных на установление того, несут ли *эти подозреваемые* ответственность за такие деяния, например, посредством допроса свидетелей или подозреваемых, сбора документальных доказательств или проведения судебных экспертиз.⁷⁶ Одной готовности осуществить такие меры или проведения расследования в отношении *других* подозреваемых недостаточно. Это объясняется тем, что, если на практике следственных действий в отношении подозреваемых, являющихся объектом разбирательства в Суде, не проводится, то нельзя сказать, что Судом и национальной юрисдикцией (в настоящее время)

⁷⁵ См. также пункт 1 статьи 90 Статута, в котором регламентируется процедура, применяемая в тех случаях, когда государство получает от Суда просьбу о предоставлении лица в его распоряжение и коллидирующую просьбу от какого-либо другого государства «о выдаче этого же лица за то же самое деяние, образующее основу преступления, за которое Суд добивается предоставления этого лица в его распоряжение».

⁷⁶ См. J. Stigen, *The Relationship between the International Criminal Court and National Jurisdictions: The Principle of Complementarity* (Martinus Nijhoff Publishers, 2008), p. 203. Стиген отмечает, что «[ПЕРЕВОД] изучение должно быть проведено с определенной степенью подробности, отражающей достаточную меру тщательности. В противном случае это будет сочтено бездействием». См. также C. Cárdenas, *Die Zulässigkeitsprüfung vor dem Internationalen Strafgerichtshof* (Berliner Wissenschafts-Verlag, 2005), p. 58.

расследуется *одно и то же дело*, и поэтому коллизии юрисдикции не возникает. Следует, однако, подчеркнуть, что определение наличия расследования необходимо отличать от оценки желания или способности государства «вести расследование или возбудить уголовное преследование должным образом», что представляет собой второй вопрос, который должен быть учтен при определении приемлемости дела к производству.⁷⁷ Вопрос о том, насколько должным образом ведется расследование, не имеет значения для оценки того, действительно ли государство проводит расследование; важно то, осуществляются ли следственные действия или нет.

41. Утверждение Кении о том, что «[ПЕРЕВОД] не может быть так, чтобы при любых обстоятельствах в каждой ситуации и в каждом деле, которое может рассматриваться МУС, лица, в отношении которых Прокурором проводится расследование, должны быть именно теми же лицами, в отношении которых расследование проводится государством, если юрисдикция государства сохраняется»,⁷⁸ неприемлемо. Оно игнорирует тот факт, что производство продвигается вперед и что уже определены конкретные подозреваемые. На данной стадии разбирательства, когда отданы приказы о явке, речь идет уже не о том, проводится ли в Кении расследование в отношении подозреваемых, находящихся на аналогичном иерархическом уровне, а о том, проводится ли в обеих юрисдикциях расследование в отношении тех же самых подозреваемых и в основном в связи с теми же деяниями.

42. Кения пытается опровергнуть этот вывод, заявляя, что национальная юрисдикция не всегда может располагать такими же доказательствами, что и Прокурор, и поэтому расследования могут вестись в отношении иных подозреваемых, нежели подозреваемые, в отношении которых расследование проводится Судом.⁷⁹ Данный аргумент неубедителен по двум причинам. Во-первых, если государство не проводит расследование в отношении определенного подозреваемого в силу отсутствия

⁷⁷ Как поясняла Апелляционная палата в Решении по делу *Катанга* ОА 8, пункт 78, «[ПЕРЕВОД] при определении приемлемости дела к производству в соответствии с подпунктами (а) и (б) пункта 1 статьи 17 Статута, прежде всего следует поставить следующие вопросы: 1) осуществляется ли в настоящее время расследование или судебное преследование или 2) проводилось ли расследование в прошлом, и было ли государством, имеющим соответствующую юрисдикцию, принято решение о непривлечении данного лица к ответственности. И лишь в том случае, если ответы на эти вопросы будут положительными, следует обратиться ко вторым частям подпунктов (а) и (б) и рассмотреть вопрос о нежелании и неспособности».

⁷⁸ Документ в поддержку апелляции, пункт 43.

⁷⁹ Документ в поддержку апелляции, пункт 83, ссылка на Возражение Кении от 16 мая 2011 года, пункты 27-28.

доказательств, то тогда просто не возникает коллизии юрисдикций, и нет причин, по которым дело может считаться неприемлемым для Суда. Во-вторых, для допустимости конкретного дела к производству на основании подпункта (а) пункта 1 статьи 17 и статьи 19 Статута важно не то, располагает ли государство теми же доказательствами, что и Прокурор, а то, осуществляет ли государство мероприятия, имеющие целью установить, несут ли эти подозреваемые ответственность за те же самые, в основном, деяния, что и деяния, являющиеся предметом разбирательства в Суде.

43. Кения также утверждает, что для того, чтобы национальное разбирательство продвигалось вперед, необходима «[ПЕРЕВОД] гибкость в осуществлении свободы усмотрения при применении принципа дополняемости».⁸⁰ Этот аргумент необоснован, поскольку, как разъяснено выше, цель процедуры определения приемлемости дела к производству в соответствии со статьей 19 Статута заключается в определении того, не является ли дело, возбужденное Прокурором, неприемлемым в силу коллизии юрисдикций. Если такой коллизии нет, дело считается приемлемым. Утверждение о необходимости наличия презумпции в пользу национальных юрисдикций⁸¹ не противоречит этому выводу. Хотя в соответствии с подпунктами (а) по (с) пункта 1 статьи 17 Статута предпочтение, действительно, отдается национальным юрисдикциям, оно действует только в той мере, в которой на национальном уровне проводится или проводилось расследование и/или осуществляется или осуществлялось судебное преследование. Если в отношении подозреваемого или определенного деяния расследование в национальной юрисдикции не проводилось, у Суда нет юридических оснований для признания дела неприемлемым.

44. Кроме того, процедура определения приемлемости конкретного дела к производству в соответствии со статьей 19 Статута является лишь одним аспектом принципа дополняемости. Обеспокоенность, выраженная Кенией в отношении осуществления уголовной юрисдикции и защиты ее суверенитета, учитывается в положениях статей 15, 53, 18 и 19 Статута. Тем не менее, согласно статье 19 упор делается на конкретном деле, являющемся предметом разбирательства в Суде. Поэтому сделанная Кенией ссылка на тщательное предварительное изучение,

⁸⁰ Документ в поддержку апелляции, пункт 43.

⁸¹ Документ в поддержку апелляции, пункт 43.

проводившееся Прокурором в отношении других ситуаций,⁸² неубедительна: производство в отношении этих ситуаций просто находится на иной стадии, нежели производство по данному делу.

45. Аналогичным образом, аргумент о том, что после выдачи приказов о явке Кения была вынуждена согласно положениям пункта 5 статьи 19 Статута представить Возражение в отношении приемлемости дела к производству «при ближайшей возможности», и поэтому от нее нельзя было «[ПЕРЕВОД] ожидать, что она заранее до этой даты в деталях подготовит все аспекты Ходатайства о возражении в отношении приемлемости дела к производству»,⁸³ также ошибочен. В соответствии с пунктом 5 статьи 19 Статута государство должно представить протест в отношении приемлемости дела к производству как можно скорее после того, как оно будет в состоянии на деле установить наличие коллизии юрисдикций.⁸⁴ Это положение не требует от государства опротестовывать приемлемость дела лишь потому, что Суд отдал приказ о явке.

46. Соответственно, Апелляционная палата постановляет, что, учитывая конкретную стадию, которой достигло разбирательство, Палата предварительного производства правильно применила критерий «то же лицо/то же деяние». Таким образом, Палата предварительного производства не совершила никакой ошибки в праве.

В. Предполагаемые ошибки в факте

47. В рамках данного основания для апелляции Кения утверждает, что вывод, сделанный Палатой предварительного производства, о том, что в Кении не проводилось расследований в отношении подозреваемых МУС ввиду «[ПЕРЕВОД] отсутствия информации, подтверждающей утверждение правительства Кении относительно ведения *текущих* расследований в отношении [...] подозреваемых «вплоть до представления стороной ее Возражения»»,⁸⁵ был необоснованным «[ПЕРЕВОД] в свете той информации, которую правительство Кении представило Палате предварительного производства II».⁸⁶ В частности, Кения утверждает, что

⁸² Документ в поддержку апелляции, пункты 89-91.

⁸³ Документ в поддержку апелляции, пункт 83, ссылка на Возражение Кении от 16 мая 2011 года, пункты 27-28.

⁸⁴ Также следует отметить ограничения, касающиеся заявления протестов в отношении приемлемости дела к производству, содержащиеся в пункте 4 статьи 19 Статута.

⁸⁵ Документ в поддержку апелляции, пункт 4, ссылка на Оспариваемое решение, пункт 66.

⁸⁶ Документ в поддержку апелляции, пункт 5.

Палата предварительного производства совершила ошибку в оценке представленных Кенией приложений, что Палата предварительного производства сделала нелогичный вывод из предложения Кении представить обновленные доклады о ходе расследования и что она действовала предвзято. Эти утверждения будут проанализированы поочередно.

1. Предполагаемая ошибка в оценке приложений, представленных Кенией

48. Кения утверждает, что Палата предварительного производства совершила ошибку при оценке представленных Кенией приложений.⁸⁷

**а) Процессуальный контекст и соответствующая часть
Оспариваемого решения**

49. В обоснование своего Возражения в отношении приемлемости дела к производству, представленного в Палату предварительного производства, Кения приложила 22 приложения к своему Документу, содержащему приложения, от 21 апреля 2011 года и семь приложений к Возражению Кении от 16 мая 2011 года. Изучив эти 29 приложений, Палата предварительного производства пришла к выводу о том, что Кения «[ПЕРЕВОД] в основном ссылалась на мероприятия в сфере реформы судебной системы и обещания относительно проведения следственных мероприятий в будущем. В то же время, в том что касается ее утверждений о наличии текущих инициатив, никаких конкретных доказательств таких мер она не представила».⁸⁸ В частности, Палата предварительного производства сочла, что лишь приложение 1⁸⁹ и приложение 3,⁹⁰ включенные в Документ, содержащий приложения, от 21 апреля 2011 года (далее «Приложение 1» и «Приложение 3» соответственно), и приложение 2,⁹¹ включенное в Возражение Кении от 16 мая 2011 года (далее «Приложение 2»), имели прямое отношение к процессу расследования в Кении.⁹²

50. Что касается Приложения 3 от марта 2011 года (доклада о ходе работы, представленного главным государственным прокурором Генеральному прокурору, в котором кратко излагаются и перечисляются дела и расследования, проведенные

⁸⁷ Документ в поддержку апелляции, пункты 53-58.

⁸⁸ Оспариваемое решение, пункт 60.

⁸⁹ Документ, содержащий приложения, от 21 апреля 2011 года, приложение 1.

⁹⁰ Документ, содержащий приложения, от 21 апреля 2011 года, приложение 3.

⁹¹ Возражение Кении от 16 мая 2011 года, приложение 2.

⁹² Оспариваемое решение, пункт 60.

в связи с беспорядками в период после выборов), то Палата предварительного производства в то же время отметила, что «[ПЕРЕВОД] в докладе нигде нет ни малейшего упоминания имен ни одного из троих подозреваемых, в отношении которых в Суде ведется разбирательство».⁹³ В том что касается Приложения 1 (письма Генерального прокурора на имя начальника полиции Кении от 14 апреля 2011 года, в котором последнему дается указание провести расследование в отношении всех подозреваемых, дела которых рассматриваются в Суде), Палата предварительного производства пришла к выводу о том, что «[ПЕРЕВОД] из этого письма ясно, что к моменту представления правительством Кении [Возражения в отношении приемлемости дела к производству], в котором оно заявляет, что ведет расследование рассматриваемого в Суде дела, на самом деле никаких *текущих* расследований не проводилось».⁹⁴ Что касается Приложения 2 (доклада начальника Управления уголовных расследований Кении от 5 мая 2011 года, в котором, среди прочего, упоминается незавершенное дело в отношении г-на Руто), Палата предварительного производства пришла к выводу о том, что, «[ПЕРЕВОД] хотя информация, приведенная в [Приложении 1 и Приложении 2] свидетельствует о том, что были даны инструкции по проведению расследования в отношении этих троих подозреваемых [...], правительство Кении не сообщает Палате никаких деталей относительно осуществленных, по его словам, *текущих* следственных мероприятий».⁹⁵

b) Представления Кении, сделанные в рамках апелляционного производства

51. В рамках апелляции Кения утверждает, что Палата предварительного производства необоснованно сосредоточила внимание на Приложении 3, которое представляет собой «[ПЕРЕВОД] один из основных докладов, изучаемых полицией Кении»,⁹⁶ и было представлено «[ПЕРЕВОД] в порядке справочной информации для полноты картины»⁹⁷ в отношении применяемой Кенией стратегии «снизу вверх». Кения утверждает, что она не заявляла, что в Приложении 3 упоминается кто-либо из подозреваемых, и что использование Палатой предварительного производства этого очевидного факта «[ПЕРЕВОД] полностью игнорирует то, что правительство Кении

⁹³ Оспариваемое решение, пункт 61.

⁹⁴ Оспариваемое решение, пункт 62.

⁹⁵ Оспариваемое решение, пункт 64.

⁹⁶ Документ в поддержку апелляции, пункт 55.

⁹⁷ Документ в поддержку апелляции, пункт 54.

просто могло не иметь в своем распоряжении каких-либо доказательств, несмотря на то что оно действовало добросовестно, осудив действия каждого из [...] подозреваемых в отдельности и всех подозреваемых вместе взятых».⁹⁸ Более того, Кения оспаривает вывод, сделанный Палатой предварительного производства в отношении того, что Приложение 1 и Приложение 2 свидетельствуют только о том, что «[ПЕРЕВОД] были даны указания в отношении проведения расследования».⁹⁹ Кения утверждает, что в Приложении 2 указано, что «[ПЕРЕВОД] имеется *незавершенное* дело (дело № 10/2008) в отношении одного из подозреваемых, г-на Руто, и ведется расследование в отношении всех [...] подозреваемых»¹⁰⁰ и что «[ПЕРЕВОД] конкретное расследование в отношении [...] подозреваемых велось с тех пор, когда имена [...] подозреваемых были обнародованы Прокурором МУС».¹⁰¹ Кроме того, Кения утверждает, что в своем Возражении от 16 мая 2011 года Кения представила подробную информацию относительно проводящихся следственных мероприятий, но что Палата предварительного производства эти представления не упомянула.¹⁰² Кения считает, что, если бы эти представления были приняты во внимание, было бы «[ПЕРЕВОД] невозможно прийти к выводу о том, [...] что имеет место «*бездействие*»».¹⁰³

**с) Представления г-на Али, сделанные в рамках
апелляционного производства**

52. Г-н Али поддерживает аргументы, выдвинутые Кенией.¹⁰⁴ Он утверждает, что Палата предварительного производства совершила ошибку, применив «[ПЕРЕВОД] чрезмерно высокий стандарт доказательств к заявлениям, представленным» Кенией.¹⁰⁵ В частности, г-н Али заявляет, что «[ПЕРЕВОД] требование в отношении того, чтобы государство-участник представило конкретные детали результатов проводящихся им расследований, прежде чем такие результаты будут представлены [кенийским] судебным органам, представляет собой исключительно интрузивную меру,

⁹⁸ Документ в поддержку апелляции, пункт 55.

⁹⁹ Документ в поддержку апелляции, пункт 56.

¹⁰⁰ Документ в поддержку апелляции, пункт 56. Г-н Руто является одним из троих подозреваемых по делу ICC-01/09-01/11, которое также находится на рассмотрении Палаты предварительного производства.

¹⁰¹ Документ в поддержку апелляции, пункт 57.

¹⁰² Документ в поддержку апелляции, пункт 5.

¹⁰³ Документ в поддержку апелляции, пункт 6.

¹⁰⁴ Ответ г-на Али на Документ в поддержку апелляции, пункт 13.

¹⁰⁵ Ответ г-на Али на Документ в поддержку апелляции, пункт 20.

выходящую за рамки, присущие надлежащему вынесению определения по Возражению в отношении приемлемости дела к производству».¹⁰⁶

d) Представления Прокурора, сделанные в рамках апелляционного производства

53. Прокурор заявляет, что информация, представленная Палате предварительного производства, в частности Приложения 1, 2 и 3, «[ПЕРЕВОД] представляет собой доказательство того, что до представления [Возражения в отношении приемлемости дела к производству] расследование в отношении подозреваемых *не* проводилось».¹⁰⁷ В том что касается Приложения 3, Прокурор «[ПЕРЕВОД] считает, что, поскольку в этом важном докладе по вопросу о расследованиях и судебном преследовании по делам, связанным с беспорядками в период после выборов, не имелось никаких ссылок на подозреваемых, Палата предварительного производства вполне логично сделала вывод о том, что по меньшей мере до марта 2011 года такое расследование в их отношении не проводилось».¹⁰⁸ Кроме того, Прокурор заявляет, что Приложение 1, «[ПЕРЕВОД] [д]аже если к нему подойти самым благоприятным образом, [...] свидетельствует лишь о том, что распоряжение о начале расследования дел, касающихся подозреваемых, было отдано Генеральным прокурорам через 14 дней после представления возражения в Суд».¹⁰⁹ Что касается Приложения 2, Прокурор утверждает, что, если бы «[ПЕРЕВОД] расследования проводились до 5 мая 2011 года, как это утверждает [Кения], то эти распоряжения были бы лишены смысла, независимо от содержащегося в том же докладе указания, на которое ссылается [Кения], относительно того, что «[ПЕРЕВОД] [в] настоящее время группа находится на местах, проводя расследование в соответствии с полученными указаниями»».¹¹⁰

e) Замечания потерпевших

54. Потерпевшие соглашаются с мнениями Прокурора в отношении Приложения 3.¹¹¹ Кроме того, в том что касается Приложения 1, потерпевшие замечают, что письмо от 14 апреля 2011 года, по всей видимости, просто «[ПЕРЕВОД] положило начало или дало импульс проведению расследования в отношении подзащитных либо

¹⁰⁶ Ответ г-на Али на Документ в поддержку апелляции, пункт 22.

¹⁰⁷ Ответ Прокурора на Документы в поддержку апелляций, пункт 46.

¹⁰⁸ Ответ Прокурора на Документы в поддержку апелляций, пункт 51.

¹⁰⁹ Ответ Прокурора на Документы в поддержку апелляций, пункт 47.

¹¹⁰ Ответ Прокурора на Документы в поддержку апелляций, пункт 48.

¹¹¹ Замечания потерпевших, пункт 13.

санкционировало его проведение»,¹¹² как это первоначально утверждала Кения в ее Возражении в отношении приемлемости дела к производству. В то же время они замечают, что в Возражении Кении от 16 мая 2011 года, в частности в Приложении 2, «[ПЕРЕВОД] приводится иное, пусть и столь же двусмысленное, изложение предыстории и текущего состояния расследования».¹¹³ В Приложении 2 указано, что, после того как Прокурор МУС обнародовал имена подозреваемых, «[ПЕРЕВОД] [н]ачальник полиции вновь поручил группе следователей провести исчерпывающее расследование в отношении шестерых лиц, названных *Окампо*, и других высокопоставленных граждан»¹¹⁴ (выделение добавлено). По мнению потерпевших, это означает, что Кения вела расследование дел в отношении подозреваемых еще до 14 апреля 2011 года, что свидетельствует об изменении в ее первоначальной позиции.¹¹⁵ Поэтому потерпевшие ставят под сомнение «[ПЕРЕВОД] обоснованность этого заявления» и «[ПЕРЕВОД] достоверность заявлений правительства в отношении расследований в целом».¹¹⁶

f) Определение Апелляционной палаты

55. В том что касается предполагаемой ошибки в факте, Апелляционная палата в предыдущих решениях указывала, что проводимое ею рассмотрение носит корректирующий характер и не является рассмотрением *de novo*. Поэтому она не будет вмешиваться, если только не будет доказано, что Палата предварительного производства или Судебная палата совершили явную ошибку, а именно: неверно оценили факты, приняли во внимание факты, не имеющие отношения к делу, или не учли факты, имеющие к нему отношение.¹¹⁷ В том что касается «неверной оценки

¹¹² Замечания потерпевших, пункт 14.

¹¹³ Замечания потерпевших, пункт 28.

¹¹⁴ Замечания потерпевших, пункт 28.

¹¹⁵ Замечания потерпевших, пункт 15.

¹¹⁶ Замечания потерпевших, пункт 15.

¹¹⁷ *Прокурор против Жан-Пьера Бембы Гомбо*, решение по апелляции Прокурора в отношении решения Палаты предварительного производства II о временном освобождении из-под стражи Жан-Пьера Бембы Гомбо и созыве слушаний с участием Королевства Бельгия, Португальской Республики, Французской Республики, Федеративной Республики Германия, Итальянской Республики и Южно-Африканской Республики, 2 декабря 2009 года, ICC-01/05-01/08-631-Red (OA 2), пункт 61 (ссылка на дело *Прокурор против Жермена Катанги и Матьё Нгуджоло Шуи*, решение по апелляции Матьё Нгуджоло Шуи от 27 марта 2008 года в отношении решения Палаты предварительного производства I по ходатайству заявителя о временном освобождении из-под стражи, 9 июня 2008 года, ICC-01/04-01/07-572 (OA 4), пункт 25; см. также *Прокурор против Жан-Пьера Бембы Гомбо*, «Решение по апелляции г-на Жана-Пьера Бембы Гомбо в отношении решения Палаты предварительного производства III, озаглавленного «Решение по ходатайству о временном освобождении из-под стражи» (“*Decision on application for interim release*”), 16 декабря 2008 года, ICC-01/05-01/08-323-tRUS (OA), пункт 52.

фактов», Апелляционная палата не будет вмешиваться в оценку фактов, данную Палатой предварительного производства или Судебной палатой, лишь потому, что Апелляционная палата, возможно, пришла бы к иному выводу. Она будет вмешиваться только в том случае, если она не сможет определить, каким образом Палата разумным образом могла прийти к своему выводу на основании имевшихся в ее распоряжении доказательств.¹¹⁸

56. Так, при рассмотрении данной апелляции, если не доказано наличие таких явных ошибок, Апелляционная палата будет придерживаться фактического вывода, сделанного Палатой предварительного производства в отношении отсутствия доказательств того, что Кения действительно вела расследование в отношении этих трех подозреваемых.

57. Апелляционная палата отмечает, что Кения заявила Палате предварительного производства, что она ведет расследование в отношении всех подозреваемых, в отношении которых были выданы приказы о явке в Суд. Хотя в самом Возражении в отношении приемлемости дела к производству это утверждение было сделано относительно туманно,¹¹⁹ Кения более подробно изложила его в Документе от 21 апреля 2011 года.¹²⁰

58. Наиболее конкретные заявления были сделаны Кенией в ее Возражении от 16 мая 2011 года, в котором Кения заявила в отношении подозреваемых, что:

¹¹⁸ *Прокурор против Калликсте Мбарушиманы*, «Решение по апелляции г-на Калликсте Мбарушиманы в отношении решения Палаты предварительного производства I от 19 мая 2011 года, озаглавленного «Решение по ходатайству защиты о временном освобождении из-под стражи», 14 июля 2011 года, ICC-01/04-01/10-283-tRUS (OA), пункты 1 и 17.

¹¹⁹ В пункте 69 Возражения в отношении приемлемости дела к производству Кения заявила: «[ПЕРЕВОД] Правительство исходит из того, что расследование всех дел, в том числе дел, находящихся в настоящее время на рассмотрении МУС, пойдет наиболее эффективно после назначения нового директора государственного обвинения; эта процедура, как ожидается, будет завершена, в соответствии с положениями Конституции, к концу мая 2011 года». В пункте 71 Кения заявила: «[ПЕРЕВОД] Обновленный доклад о ходе этих расследований и о том, что они достигают самого высокого уровня и касаются всех дел, в том числе дел, в настоящее время рассматривающихся в МУС, будет представлен к концу июля 2011 года».

¹²⁰ В пунктах 2 и 3 Документа, содержащего приложения, Кения заявила следующее: «[ПЕРЕВОД] 2. [...] Как разъясняется в [Возражении в отношении приемлемости дела к производству], продолжают различные следственные процессы. В отношении этих национальных расследований имели место дальнейшие события, в том числе в отношении расследований, касающихся шести подозреваемых, дела которых в настоящее время рассматриваются в МУС. [...] 3. Эти материалы свидетельствуют о том, что национальные расследования ведутся. Они подтверждают [Возражение в отношении приемлемости дела к производству], демонстрируя, что правительство расследует два дела, находящиеся в настоящее время на рассмотрении МУС, в связи с чем они являются неприемлемыми к производству в МУС на основании статьи 19».

[ПЕРЕВОД] Кенийские власти ведут расследование, касающееся шестерых подозреваемых, которое было начато вскоре после беспорядков, начавшихся в период после выборов; эти шестеро подозреваемых в настоящее время находятся в центре внимания при проведении расследования.¹²¹

59. Кения также пояснила, приводя то, что она назвала «[ПЕРЕВОД] полной предысторией нынешних расследований в отношении шестерых подозреваемых», что:

[ПЕРЕВОД] Было проведено расследование всех утверждений и рассмотрены все доказательства, собранные в отношении любых лиц, включая шестерых подозреваемых. Об этом свидетельствует тот факт, что на одного из шестерых подозреваемых было заведено дело на основании заявлений свидетелей, собранных группой. В то время проводилось дальнейшее расследование на основе этих доказательств. (Дело остается открытым в связи с тем, что разыскиваются дополнительные потенциальные свидетели, а также с учетом расследований, которые в настоящее время ведутся в отношении всех шестерых подозреваемых [...]). Если бы группа в то время располагала достаточными доказательствами в отношении любого из других подозреваемых, были бы заведены дополнительные дела.¹²²

Когда Прокурор обнародовал имена шестерых подозреваемых, группе Управления уголовных расследований и директора государственного обвинения (УУР/ДГО) было немедленно поручено провести расследование в отношении этих лиц [...]. Имена некоторых лиц, названных Прокурором, стали для группы УУР/ДГО неожиданностью, поскольку на национальном уровне дел на них заведено не было, так как не было найдено никаких доказательств, которые оправдали бы такую меру. Тем не менее, начальник полиции направил следователей назад на места, чтобы навести справки в отношении всех шестерых подозреваемых. В итоге заведено дело на всех шестерых подозреваемых, и сейчас расследование продолжается.¹²³

60. В разделе, озаглавленном «[ПЕРЕВОД] Текущее расследование», Кения сообщила, что «[ПЕРЕВОД] [в] целях предоставления самой последней информации для настоящего Возражения начальник полиции подтвердил, что в отношении шестерых подозреваемых в настоящее время ведется исчерпывающее расследование силами группы УУР/ГП», и привел перечень конкретных «[ПЕРЕВОД] следственных мероприятий, [...] осуществляющихся в настоящее время».¹²⁴

61. Палата предварительного производства сочла эти утверждения как таковые недостаточными для установления того, что расследование ведется, и потребовала представить доказательства осуществления Кенией конкретных шагов по ведению

¹²¹ Возражение Кении от 16 мая 2011 года, пункт 31.

¹²² Возражение Кении от 16 мая 2011 года, пункт 50.

¹²³ Возражение Кении от 16 мая 2011 года, пункт 52.

¹²⁴ Возражение Кении от 16 мая 2011 года, пункт 56.

расследования в отношении троих подозреваемых.¹²⁵ Апелляционная палата не находит никакой ошибки в таком подходе. Как разъяснено в пункте 39 выше, возражение в отношении допустимости дела к производству, представленное на основании подпункта (а) пункта 1 статьи 17, первый альтернативный вариант, и статьи 19 Статута, может быть успешным лишь в том случае, если в государстве проводится расследование того же дела, что и в Суде, т.е. государство должно принимать меры, направленные на установление того, несут ли подозреваемые ответственность за те же самые, в основном, деяния, как и деяния, рассматриваемые в ходе разбирательства в Суде. Как это также признает Кения, бремя доказательства неприемлемости дела к производству лежит на государстве, оспаривающем его приемлемость.¹²⁶ Для того чтобы доказать это, государство должно представить Суду достаточно конкретные доказательства, обладающие доказательной силой, которые продемонстрируют, что оно, действительно, расследует дело. Одних заявлений о том, что расследование ведется, недостаточно. Как ранее указывала Апелляционная палата, хотя и в ином контексте:

[О]сновополагающим принципом права является то, что судебные решения должны быть основаны на фактах, установленных на основе доказательств. Представление доказательств, подтверждающих утверждение, является отличительной чертой судебного разбирательства; суды не основывают свои решения на побуждениях, интуиции или догадках или только на сострадании или чувствах. Такой путь привел бы к произволу и противоречил бы верховенству права.¹²⁷

62. Утверждения Кении о том, что «[ПЕРЕВОД] [с]татья 17 не требует представления Суду подробностей расследования»¹²⁸ и что «[ПЕРЕВОД] к заявлениям государств-участников следует относиться с уважением и считать их достоверными и сделанными добросовестно, если только нет *убедительных доказательств* обратного»,

¹²⁵ Оспариваемое решение, пункты 60-65.

¹²⁶ См. Возражение Кении от 16 мая 2011 года, пункт 61, в котором Кения заявила, что «[ПЕРЕВОД] правительство Кении согласно с пунктом 12 Ответа обвинения в том, что бремя доказательства неприемлемости дела к производству лежит на стороне, оспаривающей его приемлемость» [сноска опущена].

¹²⁷ См. в *Ситуация в Уганде*, «Решение по апелляциям защиты в отношении решений Палаты предварительного производства II, озаглавленных «Решение по заявлениям об участии потерпевших а/0010/06, а/0064/06 по а/0070/06, а/0081/06, а/0082/06, а/0084/06 по а/0089/06, а/0091/06 по а/0097/06, а/0099/06, а/0100/06, а/0102/06 по а/0104/06, а/0111/06, а/0113/06 по а/0117/06, а/0120/06, а/0121/06 и а/0123/06 по а/0127/06», 23 февраля 2009 года, ICC-02/04-179-tRUS (OA) и ICC-02/04-01/05-371-tRUS (OA 2), пункт 36.

¹²⁸ Документ в поддержку апелляции, пункт 6.

неприемлемы.¹²⁹ Как правильно отмечает Прокурор, «[ПЕРЕВОД] заявление правительства о том, что оно *активно ведет расследование* не является [...] решающим. В таком случае правительство должно подтвердить свое заявление ощутимыми доказательствами, чтобы продемонстрировать, что оно действительно проводит соответствующее расследование».¹³⁰ Другими словами, должны иметься доказательства, обладающие доказательной силой.

63. Переходя к оценке, данной Палатой предварительного производства приложениям, представленным Кенией, и к вопросу о том, содержится ли в этой оценке какая-либо явная ошибка, Апелляционная палата отмечает, что Палата предварительного производства сочла Приложения 1, 2 и 3 имеющими непосредственное отношение к делу.¹³¹ Приложение 3 представляет собой «[ПЕРЕВОД] доклад о ходе работы, в котором приводятся данные о беспорядках в период после выборов в шести провинциях».¹³² Палата предварительного производства пришла к выводу о том, что «[ПЕРЕВОД] в докладе нигде нет ни малейшего упоминания имен ни одного из троих подозреваемых».¹³³ Приложение 1 представляет собой письмо Генерального прокурора Кении от 14 апреля 2011 года на имя начальника полиции. Генеральный прокурор дал указание начальнику полиции, среди прочего, «[ПЕРЕВОД] провести расследование в отношении всех других лиц, в отношении которых могут иметься утверждения о том, что они принимали участие в беспорядках в период после выборов, *включая шестерых лиц, в отношении которых в настоящее время ведется разбирательство в Международном уголовном суде*»¹³⁴ (выделение добавлено). Приложение 2 представляет собой доклад о ходе работы, представленный 5 мая 2011 года главному государственному прокурору начальником Управления уголовных расследований (далее «УУР»), в котором, среди прочего, указано:

[ПЕРЕВОД] Некоторые из наиболее заметных текущих дел включают: - расследование УУР Накуру, дело № 10/2008; подозреваемым по этому делу проходит distinguished Уильям Самоеи Руто – предыдущий министр сельского хозяйства. Имеются утверждения о том, что министр совместно

¹²⁹ Документ в поддержку апелляции, пункт 8.

¹³⁰ Ответ Прокурора на Документ в поддержку апелляции, пункт 37.

¹³¹ Оспариваемое решение, пункт 60.

¹³² Оспариваемое решение пункт 61.

¹³³ Оспариваемое решение 61.

¹³⁴ Приложение 1, стр. 3.

с другими представителями группы Календжин подстрекал календжинскую молодежь к совершению актов насилия в отношении лиц, не принадлежащих к группе Календжин, проживающих в некоторых частях провинции Рифт-Валли. Дело по-прежнему расследуется, поскольку остается несколько областей, в которых необходимо подкрепить информацию фактами, чтобы сделать справедливый вывод.¹³⁵

64. В докладе также говорится:

[ПЕРЕВОД] Когда Прокурор МУС наконец раскрыл имена лиц, которых впоследствии стали называть «шестеркой окампо» [sic], для следователей полиции это стало неожиданностью. Это связано с тем, что, *за исключением* *достопочтенного Уильяма Самоеи Рутто, ни один из членов шестерки окампо* [sic] *ранее в ходе расследований не упоминался.* Тем не менее, начальник полиции вновь поручил группе следователей провести исчерпывающее расследование в отношении шестерых лиц, названных Окампо, и других высокопоставленных граждан. [Выделение добавлено.]¹³⁶

65. Кроме того, в разделе доклада, озаглавленном «[ПЕРЕВОД] Дальнейшие шаги», приводится следующий вывод:

[ПЕРЕВОД] После раскрытия прокурором МУС г-ном Луиз [sic] Морен [sic] Окампо информации о причастности высокопоставленных лиц (шестерки Окампо) к беспорядкам в период после выборов, начальник полиции отдал дополнительное распоряжение группе исчерпывающим образом расследовать все утверждения.

В настоящее время группа работает на местах, проводя расследование согласно полученным указаниям. Она также вновь рассматривает все предыдущие расследования и отчеты с целью их использования для содействия в проведении расследования.¹³⁷

66. В отношении этих приложений Палата предварительного производства пришла к следующему мнению:

[ПЕРЕВОД] Хотя информация, приводящаяся в этих двух приложениях, показывает, что были даны указания о проведении расследования в отношении троих подозреваемых, дела которых находятся в производстве в Суде, правительство Кении не представило Палате никаких деталей в отношении осуществления предполагаемых *текущих* следственных действий.¹³⁸

67. По мнению Апелляционной палаты, данный вывод, сделанный Палатой предварительного производства, не свидетельствует о наличии явной ошибки.

¹³⁵ Приложение 2, стр. 2-3.

¹³⁶ Приложение 2, стр. 3.

¹³⁷ Приложение 2, стр. 4.

¹³⁸ Оспариваемое решение, пункт 64.

Апелляционная палата отмечает, что из 29 приложений, представленных Кенией, Приложения 1 и 2 были единственными, касавшимися непосредственно рассматриваемого дела. Однако, хотя в Приложениях 1 и 2 содержалась ссылка общего характера на предположительно ведущееся расследование в отношении всех подозреваемых по данному делу, в них не приводится никаких деталей относительно тех мер, которые, возможно, были приняты Кенией с целью установления ответственности этих лиц за деяния, которые вменяются им вину в рамках разбирательства, проводящегося в Суде. Имя ни одного из трех подозреваемых по данному делу в этих двух приложениях не упоминается. Единственный подозреваемый, чье имя конкретно упоминается, - это г-н Руто, один из трех подозреваемых по делу *Прокурор против Руто и др.*¹³⁹ В Приложении 2 приводится некоторая информация в отношении его возможной причастности к подстрекательству к насилию против населения, не относящегося к группе Календжин, проживающего в некоторых районах провинции Рифт-Валли. Однако даже эта информация недостаточна для того, чтобы подтвердить то, что было сделано для проведения расследования в его отношении в связи с этими деяниями.

68. Кроме того, Апелляционная палата отмечает, что даже представления Кении были недостаточно конкретными. В Возражении Кении от 16 мая 2011 года указано, что «[ПЕРЕВОД] начальник полиции подтвердил [...], что [...] в настоящее время в отношении подозреваемых группой УУР/ГП ведется тщательное расследование», и перечисляются шесть «[ПЕРЕВОД] следственных мероприятий [, осуществляющихся] в настоящее время».¹⁴⁰ Однако, в то время как Кения утверждает, например, что «[ПЕРЕВОД] сотрудники повторно посещают места совершения преступлений с целью проведения допроса и сбора любых доказательств, которые могли бы помочь им в проведении расследования в отношении шестерых подозреваемых»,¹⁴¹ она не представила никаких доказательств этого, как, например, полицейских протоколов, в которых были бы зафиксированы время и место проведения таких посещений или указаны дела, в связи с которыми проводились эти расследования.

¹³⁹ ICC-01/09-01/11.

¹⁴⁰ Возражение Кении от 16 мая 2011 года, пункт 56.

¹⁴¹ Возражение Кении от 16 мая 2011 года, пункт 56.

69. В этих обстоятельствах Апелляционная палата не находит никакой явной ошибки в оценке представленных Кенией приложений, данной Палатой предварительного производства. Тем самым, вывод, сделанный Палатой предварительного производства о том, что Кения не доказала того, что она ведет расследование в отношении трех подозреваемых, не является ошибочным.

2. *Предположительная нелогичность вывода, сделанного из предложения о представлении обновленных докладов о ходе расследования, и утверждения в отношении предвзятости*

70. Кения утверждает, что Палата предварительного производства сделала нелогичный вывод из ее предложения о представлении обновленных докладов о ходе расследования.¹⁴² Кения также заявляет, что Палата предварительного производства пришла к ошибочным выводам на основе представленных Кенией юридических документов и в целом предвзято к ней относилась.¹⁴³

**а) Процессуальный контекст и соответствующая часть
Оспариваемого решения**

71. В Возражении в отношении приемлемости дела к производству Кения заявила, что «[ПЕРЕВОД] расследование всех дел, в том числе дел, находящихся в настоящее время на рассмотрении МУС, пойдет наиболее эффективно после назначения нового директора государственного обвинения; эта процедура, как ожидается, будет завершена [...] к концу мая 2011 года.¹⁴⁴ Кения далее заявила, что она представит Палате предварительного производства «[ПЕРЕВОД] [о]бновленный доклад о ходе этих расследований и о том, что они достигают самого высокого уровня [...] к концу июля 2011 года».¹⁴⁵ Кения добавила, что в докладе «[ПЕРЕВОД] также будет излагаться стратегия расследования, которая [...] построена на проведении расследования и привлечении к ответственности преступников более низкого уровня, с тем чтобы добраться до самых высокопоставленных лиц, несущих, возможно, ответственность за совершенные деяния».¹⁴⁶ В дополнение к этому Кения заявила, что «[ПЕРЕВОД] Палате предварительного производства в конце августа и сентября 2011 года будут представлены дальнейшие доклады о ходе расследования на всех

¹⁴² Документ в поддержку апелляции, пункт 46.

¹⁴³ Документ в поддержку апелляции, пункты 45, 58.

¹⁴⁴ Возражение в отношении приемлемости дела к производству, пункт 69.

¹⁴⁵ Возражение в отношении приемлемости дела к производству, пункт 71.

¹⁴⁶ Возражение в отношении приемлемости дела к производству, пункт 71.

уровнях при новом директоре государственного обвинения».¹⁴⁷ Кения также делала представления относительно того критерия, который следует применять к Возражению в отношении приемлемости дела к производству, утверждая, что им должен быть критерий, использованный Палатой предварительного производства в Решении, вынесенном на основании статьи 15.¹⁴⁸

72. В Оспариваемом решении Палата предварительного производства пояснила, что она была удивлена заявлением Кении, которое послужило «[ПЕРЕВОД] подтверждением со стороны Кении того, что пока что предположительно ведущееся *текущее* расследование еще не распространилось на лиц, находящихся на высшем уровне иерархической структуры»,¹⁴⁹ в том числе подозреваемых, дела которых рассматриваются в Суде. Палата предварительного производства пришла к выводу о том, что это представление противоречит аргументам, выдвинутым в Возражении Кении от 16 мая 2011 года в отношении того, что в настоящее время действительно ведется текущее расследование в отношении подозреваемых, дела которых рассматриваются в Суде.¹⁵⁰ Палата предварительного производства также сочла, что было «[ПЕРЕВОД] не ясно, почему [...] Кения до сих пор не представила подробный доклад о ходе текущего расследования».¹⁵¹ По мнению Палаты, если национальное разбирательство в отношении подозреваемых уже ведется, то «[ПЕРЕВОД] не имеется каких-либо убедительных причин ждать до июля 2011 года, чтобы представить указанный первый доклад».¹⁵² Что касается юридических представлений Кении, Палата предварительного производства заявила, что представления Кении «[ПЕРЕВОД] вызывают сомнение в желании государства действительно провести расследование в отношении троих подозреваемых» и что «[ПЕРЕВОД] не ясно, каким образом Палата может убедиться в том, что текущие расследования в отношении троих подозреваемых по данному делу действительно ведутся».¹⁵³

¹⁴⁷ Возражение в отношении приемлемости дела к производству, пункт 74.

¹⁴⁸ Возражение в отношении приемлемости дела к производству, пункт 32.

¹⁴⁹ Оспариваемое решение, пункт 58.

¹⁵⁰ Оспариваемое решение, пункт 58.

¹⁵¹ Оспариваемое решение, пункт 59.

¹⁵² Оспариваемое решение, пункт 59.

¹⁵³ Оспариваемое решение, пункт 56.

b) Представления Кении, сделанные в рамках апелляционного производства

73. В рамках апелляции Кения утверждает, что вывод, сделанный Палатой предварительного производства относительно того, что предложение Кении о представлении дальнейших докладов о ходе расследования является признанием того, что в настоящее время расследования в отношении подозреваемых не ведутся, был «[ПЕРЕВОД] «нелогичным», в частности потому что Кения предложила представить *обновленный* доклад, в то же время указав в Возражении в отношении приемлемости дела к производству, что расследование в отношении подозреваемых уже ведется.¹⁵⁴ По словам Кении, на основе информации, которую она представила Палате предварительного производства, было «[ПЕРЕВОД] абсолютно ясно», что текущие расследования ведутся.¹⁵⁵ Кения также утверждает, что Палата предварительного производства не объяснила, почему нельзя представлять доклады, а вместо этого обвинила Кению в том, что она не представила детальную информацию.¹⁵⁶ Кения, кроме того, заявляет, что она сообщала Палате предварительного производства о том, что «[ПЕРЕВОД] в случае возникновения каких-либо сомнений относительно национальных расследований ей следует *либо* заслушать начальника полиции непосредственно, [...] *либо* получить доклады о ходе расследования».¹⁵⁷

74. Кения также заявляет, что Палата предварительного производства не рассмотрела выдвинутые ею правовые аргументы, а использовала вместо этого данные представления, «[ПЕРЕВОД] чтобы сделать вывод о том, что правительству Кении не следует доверять в плане информации, предоставляемой им относительно национального расследования».¹⁵⁸ Кроме того, в Документе в поддержку апелляции Кения утверждает, что, «[ПЕРЕВОД] [е]сли взглянуть на все разбирательство в целом, складывается впечатление что Палата [предварительного производства] была преисполнена решимости отклонить поданное правительством Ходатайство о возражении в отношении приемлемости дела к производству и сделать это как можно быстрее».¹⁵⁹ Палата предварительного производства предположительно

¹⁵⁴ Документ в поддержку апелляции, пункт 46.

¹⁵⁵ Документ в поддержку апелляции, пункт 47.

¹⁵⁶ Документ в поддержку апелляции, пункт 50.

¹⁵⁷ Документ в поддержку апелляции, пункт 7.

¹⁵⁸ Документ в поддержку апелляции, пункт 45.

¹⁵⁹ Документ в поддержку апелляции, пункт 58.

«[ПЕРЕВОД] использовала наименее выгодные для правительства Кении толкования каждой отдельно взятой просьбы и каждого отдельно взятого представления правительства Кении, а также каждого предоставленного правительством доказательства».¹⁶⁰

с) Представления г-на Али, сделанные в рамках апелляционного производства

75. Г-н Али заявляет, что Палата предварительного производства совершила ошибку, оставив без внимания представления Кении о том, что «[ПЕРЕВОД] расследования проводятся и что представить предполагалось обновленную информацию».¹⁶¹ Кроме того, он утверждает, что в своем решении Палата предварительного производства «[ПЕРЕВОД] делает неверный вывод о том, что к моменту представления Возражения в отношении приемлемости дела к производству расследования должны были быть завершены».¹⁶² Г-н Али заявляет, что «[ПЕРЕВОД] Римский статут не требует от государственных органов завершить расследования, прежде чем опротестовывать приемлемость дела к производству. Кроме того, не существует требования о том, что национальные расследования должны находиться на столь же продвинутой стадии, как и расследования, проводимые обвинением».¹⁶³ По мнению г-на Али, такое требование могло бы «[ПЕРЕВОД] подорвать существование суда [...], создав конкуренцию между Судом и национальными властями».¹⁶⁴

d) Представления Прокурора, сделанные в рамках апелляционного производства

76. Прокурор утверждает, что «[ПЕРЕВОД] Палата [предварительного производства] правильно истолковала представления [Кении] в том смысле, что «[ПЕРЕВОД] так называемый подход «снизу вверх», применяемый в ходе расследования, пока не распространился на лиц, находящихся на высшем уровне иерархической структуры, в том числе на подозреваемых».¹⁶⁵ Кроме того, Прокурор утверждает, что, «[ПЕРЕВОД] вопреки утверждениям [Кении], Палата не требовала того, чтобы расследования были завершены», а «[ПЕРЕВОД] лишь требовала наличия

¹⁶⁰ Документ в поддержку апелляции, пункт 58.

¹⁶¹ Ответ г-на Али на Документ в поддержку апелляции, пункт 18.

¹⁶² Ответ г-на Али на Документ в поддержку апелляции, пункт 18.

¹⁶³ Ответ г-на Али на Документ в поддержку апелляции, пункт 19.

¹⁶⁴ Ответ г-на Али на Документ в поддержку апелляции, пункт 19.

¹⁶⁵ Ответ Прокурора на Документ в поддержку апелляции, пункт 57.

доказательств «конкретных мер, свидетельствующих о проведении текущих расследований» в отношении подозреваемых.¹⁶⁶

77. Что касается утверждений о предвзятости, Прокурор заявляет, что эти утверждения необоснованны.¹⁶⁷ В частности, он утверждает, что Палата предварительного производства не основывала свои фактические выводы относительно отсутствия национальных расследований на том факте, что Кения оспаривает критерий «то же лицо/то же деяние», и что Палата не подразумевала, что Кения действовала «[ПЕРЕВОД] нечестно» в отношении представленной ею информации.¹⁶⁸ Прокурор заявляет, что Палата предварительного производства, напротив, «[ПЕРЕВОД] просто сделала вывод о том, что [Кения] не представила никаких доказательств в обоснование ее утверждения о том, что в отношении подозреваемых проводится текущее расследование».¹⁶⁹

е) Замечания потерпевших

78. Потерпевшие заявляют, что обещание, данное Кенией, относительно представления обновленных докладов «[ПЕРЕВОД] подтверждает неясность», окружающую утверждения Кении о том, что расследования ведутся. Они отмечают, что понятие обновленного доклада предполагает, что расследования уже начаты, в то же время напрямую этого не констатируя.¹⁷⁰

79. Что касается утверждений о предвзятости, потерпевшие замечают, что Оспариваемое решение «[ПЕРЕВОД] вовсе не основано на предположении о нечестности, а просто объясняется отсутствием достаточно подробной информации, которая позволила бы установить факт проведения расследования в отношении подозреваемых в связи с совершением предполагаемых преступлений».¹⁷¹

ф) Определение Апелляционной палаты

80. Как указано в предыдущем разделе, Палата предварительного производства пришла к выводу о том, что Кения не смогла представить информацию, свидетельствующую о проведении конкретных следственных действий в отношении

¹⁶⁶ Ответ Прокурора на Документ в поддержку апелляции, пункт 59.

¹⁶⁷ Ответ Прокурора на Документ в поддержку апелляции, пункт 52.

¹⁶⁸ Ответ Прокурора на Документ в поддержку апелляции, пункт 53.

¹⁶⁹ Ответ Прокурора на Документ в поддержку апелляции, пункт 53.

¹⁷⁰ Замечания потерпевших, пункт 9.

¹⁷¹ Замечания потерпевших, пункт 36.

данных подозреваемых.¹⁷² Именно в этом свете следует рассматривать выводы, сделанные Палатой предварительного производства в связи с предложением Кении о представлении дополнительных докладов. Поскольку Палата пришла к выводу о том, что исходя из представленной ей информации не имелось достаточных свидетельств того, что Кения проводит расследование в отношении подозреваемых, то для Палаты не было ошибкой заявить, что предложение Кении о представлении дополнительных докладов на самом деле являлось признанием того, что на тот момент такие расследования не проводились.

81. Кроме того, вопреки представлениям, сделанным Кенией и г-ном Али, Палата предварительного производства не подразумевала, что Возражение в отношении приемлемости дела к производству можно было представлять лишь после того, как расследования будут завершены. Как правильно отметил Прокурор, Палата предварительного производства лишь потребовала, чтобы на момент представления Возражения в отношении приемлемости дела к производству принимались и были продемонстрированы конкретные прогрессивные шаги.¹⁷³

82. Утверждения Кении о том, что Палата предварительного производства, несмотря на отсутствие доказательств, противоречащих представлениям Кении, просто ей не поверила и что Палата заняла враждебную позицию и пришла к ошибочным выводам на основе сделанных Кенией юридических представлений, также необоснованно. В Оспариваемом решении Палата предварительного производства нигде не делает вывода о том, что Кении нельзя доверять. Палата предварительного производства отклонила Возражение в отношении приемлемости дела к производству не потому, что она не доверяла Кении или сомневалась в ее намерениях, а потому, что Кения не представила достаточных доказательств, позволяющих удостовериться в факте проведения расследования в отношении этих троих подозреваемых.

83. Таким образом, в подходе Палаты предварительного производства к предложению Кении о представлении обновленных докладов о ходе расследования невозможно найти какой-либо явной ошибки. Нельзя также сказать, что Палата предварительного производства отнеслась к Кении предвзято.

¹⁷² Оспариваемое решение, пункт 60.

¹⁷³ Оспариваемое решение, пункт 60.

С. Предполагаемые процессуальные ошибки

84. Кения называет в порядке обжалования три процессуальных ошибки: i) отказ в разрешении представить дальнейшие доклады о ходе расследования в соответствии с графиком, предложенным Кенией; ii) отказ в проведении устного слушания, среди прочего, для заслушания показаний начальника полиции в отношении предполагаемых текущих расследований; и iii) отказ в принятии решения по просьбе Кении о помощи до вынесения решения по Возражению в отношении приемлемости дела к производству.¹⁷⁴ По мнению Кении, все эти ошибки способствовали тому, что Палата предварительного производства предположительно совершила ошибку, придя к выводу о «бездействии».¹⁷⁵

85. Прежде чем перейти к анализу этих предполагаемых ошибок, Апелляционная палата напоминает о своем решении от 16 сентября 2009 года по апелляции, касавшейся приемлемости к производству дела Джозефа Кони и др.¹⁷⁶ (далее «Решение по делу *Кони* ОА 3»). В этом решении Апелляционная палата указала, что «заявитель может ставить вопрос о процессуальных ошибках в рамках апелляций, подаваемых в соответствии с пунктом 1 (а) статьи 82 Статута».¹⁷⁷ Однако, для того чтобы решение о приемлемости дела к производству было вследствие таких ошибок отменено, эти ошибки должны оказать на принятое решение существенное влияние.¹⁷⁸

86. В правовых документах Суда не приводится подробного изложения процедуры, применяемой после подачи Возражения в отношении приемлемости дела к производству на основании статьи 19 Статута. Однако в соответствующей части правила 58 Правил процедуры и доказывания указано:

1. Просьба или ходатайство согласно статье 19 представляется в письменном виде и содержит основания для представления.
2. Когда Палата получает просьбу или ходатайство, содержащие протест или вопрос в отношении ее юрисдикции или приемлемости дела согласно пункту 2 или 3 статьи 19, или действует в соответствии со своим собственным решением, как это предусмотрено в пункте 1 статьи 19, она принимает решение о процедуре, которой следует придерживаться, и может принять

¹⁷⁴ Документы в поддержку апелляций, пункт 59.

¹⁷⁵ Документы в поддержку апелляций, пункт 59.

¹⁷⁶ См. *Прокурор против Джозефа Кони и др.*, Апелляционная палата, «Решение по апелляции защиты в отношении решения от 10 марта 2009 года о приемлемости дела к производству согласно пункту 1 статьи 19 Статута», 16 сентября 2009 года, ICC-02/04-01/05-408-tRUS (ОА 3).

¹⁷⁷ Решение по делу Кони ОА 3, пункт 47. См. также Решение по делу *Катанга* ОА 8, пункт 37.

¹⁷⁸ Решение по делу Кони ОА 3, пункт 48.

соответствующие меры для надлежащего проведения расследования. Она может проводить слушание. Она может присоединить протест или вопрос к утверждению или судебному разбирательству, если это не влечет за собой неоправданной задержки, и в этом случае она вначале заслушивает протест или вопрос и выносит по ним решение.

87. Так, в правиле 58 Правил процедуры и доказывания излагается процедура, применяемая при подаче просьбы или ходатайства на основании статьи 19 Статута. Согласно этому правилу такая просьба должна быть препровождена Прокурору и соответствующему лицу, и им предоставляется возможность сделать письменные представления. За исключением этих конкретных положений Палата предварительного производства располагает широкой свободой усмотрения при принятии решения о порядке ведения разбирательства по вопросу о возражении в отношении приемлемости дела к производству. В Решении по делу *Кони* ОА 3 Апелляционная палата разъяснила тот стандарт рассмотрения, который она использует применительно к дискреционным решениям, следующим образом:

[Ф]ункции Апелляционной палаты включают рассмотрение осуществления Палатой предварительного производства ее дискреционных полномочий, чтобы убедиться в том, что Палата осуществила их надлежащим образом. Однако Апелляционная палата не будет вмешиваться в осуществление Палатой предварительного производства ее дискреционных полномочий согласно пункту 1 статьи 19 Статута в отношении определения приемлемости дела к производству, если только не будет установлено, что в этом определении присутствует ошибка в праве, ошибка в факте или процессуальная ошибка, причем только в том случае, если эта ошибка оказала существенное влияние на определение. Это, по сути дела, означает, что Апелляционная палата будет вмешиваться в дискреционное решение лишь при определенных условиях. Такой подход поддерживается судебной практикой других международных трибуналов, а также национальных судов. Согласно их подходу, вмешательство в порядке обжалования оправдывают следующие условия: i) если осуществление дискреционных полномочий основано на ошибочном толковании закона; ii) если их осуществление основано на явно неправильном понимании факта или iii) если решение настолько несправедливо и необоснованно, что представляет собой злоупотребление дискреционными полномочиями.¹⁷⁹

88. Этот стандарт рассмотрения будет положен в основу приводящегося ниже анализа трех предполагаемых процессуальных ошибок.

1. Отказ в разрешении представить дальнейшие доклады о ходе расследования

¹⁷⁹ Решение по делу *Кони* ОА 3, пункт 80.

89. Первая процессуальная ошибка, на которую указывает Кения, заключается в том, что Палата предварительного производства предположительно совершила ошибку, отказавшись дать разрешение на представление дальнейших докладов о ходе расследования.

**а) Процессуальный контекст и соответствующая часть
Оспариваемого решения**

90. В своем Возражении в отношении приемлемости дела к производству, представленному в Палату предварительного производства, Кения заявила, что расследования в связи с беспорядками в период после выборов в Кении ведутся, и предложила график представления обновленных докладов о ходе расследования. Первый из этих докладов должен был быть представлен в конце июля 2011 года, а дополнительные доклады – в конце августа и сентября 2011 года соответственно.¹⁸⁰ Кения заверяла, что цель докладов будет заключаться в том, чтобы держать Палату в курсе прогресса, достигнутого в ходе расследования всех дел, включая дела, находящиеся в настоящее время на рассмотрении МУС.¹⁸¹ В частности, эти доклады продемонстрировали бы, каким образом данные расследования, проводящиеся под руководством нового директора государственного обвинения, «[ПЕРЕВОД] достигают самого высокого уровня»¹⁸² и каким образом стратегия расследования «[ПЕРЕВОД] построена на проведении расследования и привлечении к ответственности преступников более низкого уровня, с тем чтобы добраться до самых высокопоставленных лиц, несущих, возможно, ответственность за совершенные деяния».¹⁸³ Эти заявления были повторены в Возражении Кении от 16 мая 2011 года.¹⁸⁴ В Решении о порядке ведения разбирательства от 4 апреля 2011 года Палата предварительного производства это предложение не упоминала. В Оспариваемом решении Палата предварительного производства сочла, что предложение о представлении обновленных докладов было, по сути дела, «[ПЕРЕВОД] подтверждением со стороны правительства Кении того, что предположительно ведущиеся *текущие* расследования пока еще не распространились на лиц, находящихся на высшем уровне иерархической структуры, будь то на троих

¹⁸⁰ Возражение в отношении приемлемости дела к производству, пункты 71 и 79.

¹⁸¹ Возражение в отношении приемлемости дела к производству, пункты 71 и 79.

¹⁸² Возражение в отношении приемлемости дела к производству, пункт 71.

¹⁸³ Возражение в отношении приемлемости дела к производству, пункт 71.

¹⁸⁴ Возражение Кении от 16 мая 2011 года, пункт 25.

подозреваемых, дела которых рассматриваются Судом, или каких-либо иных лиц *такого же уровня*».¹⁸⁵ Это, по мнению Палаты, противоречило аргументам Кении о том, что на самом деле уже ведутся расследования в отношении подозреваемых, дела которых находятся на рассмотрении Палаты.¹⁸⁶ Кроме того, Палата предварительного производства сочла непонятным, почему подробный доклад о ходе расследований в отношении подозреваемых еще не представлен, если в настоящее время ведутся национальные разбирательства в отношении подозреваемых.¹⁸⁷ Однако Палата предварительного производства формально не вынесла решения в отношении просьбы Кении о разрешении на представление дополнительных докладов.

b) Представления Кении, сделанные в рамках апелляционного производства

91. Кения в порядке обжалования утверждает, что Палата предварительного производства не привела обоснований отказа принять предложенный ею график представления обновленных докладов¹⁸⁸ и что Кения была ошибочно лишена возможности представить доклады, в которых содержались бы дальнейшие подробности в отношении расследования.¹⁸⁹ Кроме того, Кения утверждает, что Палата предварительного производства не учла то, что в отношении других ситуаций «[ПЕРЕВОД] государствам-участникам предоставлялось достаточно продолжительное время для проведения их расследования, а также то, есть ли вообще какое-либо различие между этими ситуациями».¹⁹⁰

c) Представления г-на Али, сделанные в рамках апелляционного производства

92. Г-н Али соглашается с аргументами Кении, подчеркивая, что Палата предварительного производства «[ПЕРЕВОД] совершила ошибку, отказав [Кении] в разрешении на представление поэтапных докладов о ходе расследования вопреки судебной практике данного Суда».¹⁹¹ Как следствие этого, г-н Али утверждает, что Палата предварительного производства не располагала всей необходимой

¹⁸⁵ Оспариваемое решение, пункт 58.

¹⁸⁶ Оспариваемое решение, пункт 58.

¹⁸⁷ Оспариваемое решение, пункт 59.

¹⁸⁸ Документ в поддержку апелляции, пункты 12 (i) и 60.

¹⁸⁹ Документ в поддержку апелляции, пункты 12, 60 и 63. Кения выдвигает аналогичные аргументы в качестве части своих представлений в отношении предполагаемых ошибок в факте, см. пункт 50.

¹⁹⁰ Документ в поддержку апелляции, пункт 61.

¹⁹¹ Ответ г-на Али на Документ в поддержку апелляции, пункт 24.

информацией.¹⁹² По его мнению, Палате предварительного производства «[ПЕРЕВОД] не следовало ограничиваться учетом только той информации, которая была представлена [Кенией] в ее первоначальном ходатайстве, но также учесть любые доказательства, представленные впоследствии».¹⁹³

d) Представления Прокурора, сделанные в рамках апелляционного производства

93. Прокурор заявляет, что в основе представлений Кении лежит неверное понимание режима приемлемости дел к производству и что Кения «[ПЕРЕВОД] пыталась искусственно затянуть производство по вопросу о приемлемости дела к производству в надежде, вероятно, на то, что в какой-то момент в будущем в отношении подозреваемых действительно будет проводиться расследование, в связи с которым дело может стать неприемлемым к производству в МУС».¹⁹⁴ По мнению Прокурора, Палата предварительного производства отклонила, «[ПЕРЕВОД] в силу неизбежных выводов», предложение Кении о представлении дополнительных докладов, когда она установила, что никаких расследований не ведется и что поэтому дела приемлемы к производству в Суде.¹⁹⁵

e) Замечания потерпевших

94. Потерпевшие соглашались с представлениями Прокурора в этом отношении.¹⁹⁶

f) Определение Апелляционной палаты

95. По существу, аргументация Кении сводится к тому, что Палате предварительного производства не следовало выносить решение по Возражению в отношении приемлемости дела к производству в тот момент, когда она это сделала, а следовало дать Кении больше времени для представления дополнительных доказательств. Апелляционная палата напоминает, что согласно правилу 58 Правил процедуры и доказывания, Палата предварительного производства обладала свободой усмотрения в вопросе регулирования разбирательства по Возражению в отношении приемлемости дела к производству. Согласно этому правилу, Палата предварительного производства имела право дать разрешение на представление дополнительных доказательств.

¹⁹² Ответ г-на Али на Документ в поддержку апелляции, пункт 27.

¹⁹³ Ответ г-на Али на Документ в поддержку апелляции, пункт 28.

¹⁹⁴ Ответ Прокурора на Документ в поддержку апелляции, пункт 62 (сноска опущена).

¹⁹⁵ Ответ Прокурора на Документ в поддержку апелляции, пункт 63.

¹⁹⁶ Замечания потерпевших, пункт 40.

96. Тем не менее, вопрос, который должна решить Апелляционная палата, заключается не в том, что Палата предварительного производства могла бы сделать, а в том, не совершила ли Палата предварительного производства ошибки в своих действиях. Как указано выше в пункте 87, правило 58 наделяет Палату предварительного производства широкой свободой усмотрения. Апелляционная палата будет вмешиваться только в том случае, если Палата предварительного производства злоупотребила своей свободой усмотрения. В данном случае Апелляционная палата такого злоупотребления не наблюдает. Палата предварительного производства вынесла решение по Возражению в отношении приемлемости дела к производству 30 мая 2011 года, т.е. почти два месяца спустя после того, как оно было представлено. Палата предварительного производства приняла Документ, содержащий приложения, от 21 апреля 2011 года, хотя представление таких дополнительных материалов не предусматривается ни правилом 58 Правил процедуры и доказывания, ни Решением Палаты предварительного производства о порядке ведения разбирательства от 4 апреля 2011 года. Палата предварительного производства также удовлетворила просьбу Кении о представлении возражения на представления, сделанные подозреваемыми, Прокурором и потерпевшими.¹⁹⁷ В этих обстоятельствах нельзя сказать, что Палата предварительного производства не дала Кении достаточной возможности выдвинуть свои аргументы или представить доказательства в обоснование своей позиции. В этом контексте Апелляционная палата еще раз подчеркивает дискреционный характер решения Палаты предварительного производства. Хотя Палата предварительного производства и имела право разрешить представить дополнительные доказательства, она не была обязана это сделать; Кения также не могла рассчитывать на то, что ей будет разрешено представить дополнительные доказательства. Скорее, как указано в пунктах 64 и 65 выше, Кения должна была проследить за тем, чтобы Возражение в отношении приемлемости дела к производству было в достаточной мере подкреплено доказательствами.

97. Аргумент Кении в отношении того, что в других ситуациях государствам предоставлялось «[ПЕРЕВОД]» значительное время для проведения их

¹⁹⁷ Решение, принятое в соответствии с пунктом 5 положения 24 Регламента Суда, по ходатайству, представленному от имени правительства Кении, 2 мая 2011 года, ICC-01/09-02/11-81.

расследований»¹⁹⁸ и что Палата предварительного производства этого не упомянула, неубедителен. В Возражении в отношении приемлемости дела к производству Кения ссылаясь на ситуации в Колумбии, Грузии и Афганистане.¹⁹⁹ Как отмечает Прокурор, в отношении этих ситуаций он еще не решил, следует ли возбуждать расследование.²⁰⁰ Поэтому они не сопоставимы с данным делом, по которому не только было возбуждено расследование, но также были выданы приказы о явке в Суд. Соответственно, у Палаты предварительного производства не было оснований учитывать другие ситуации или сравнивать их с данным делом.

98. Апелляционная палата отмечает, что согласно пункту 5 статьи 19 Статута государства должны подавать протест в отношении приемлемости дела к производству «при ближайшей возможности». Это положение следует рассматривать в контексте других положений по вопросу о приемлемости, в частности пункта 1 статьи 17 Статута. Как разъясняется в пункте 36 выше, цель возражения в отношении приемлемости дела к производству в соответствии с пунктом 1 статьи 17 Статута заключается в урегулировании существующих коллизий между конкурирующими юрисдикциями – Судом, с одной стороны, и национальной юрисдикцией, с другой. Как указано в пункте 45 выше, «ближайшая возможность», о которой говорится в пункте 5 статьи 19 Статута, касается ближайшего времени после того, как действительно возникнет коллизия юрисдикций. Поэтому государство не может рассчитывать на то, что ему будет разрешено исправить возражение в отношении приемлемости дела к производству или представить дополнительные доказательства в обоснование своей позиции лишь в силу того, что это государство представило свое возражение преждевременно.

99. Таким образом, никакой процессуальной ошибки в подходе Палаты предварительного производства к предложению Кении о представлении дополнительных докладов не выявлено.

2. *Отказ в проведении устного слушания*

100. Вторая процессуальная ошибка, на которую указывает Кения, заключается в том, что Палата предварительного производства предположительно совершила ошибку,

¹⁹⁸ Документ в поддержку апелляции, пункт 61.

¹⁹⁹ Возражение в отношении приемлемости дела к производству, сноска 8.

²⁰⁰ Ответ Прокурора на Документ в поддержку апелляции, пункт 64.

отказав в проведении устного слушания до вынесения решения по Возражению в отношении приемлемости дела к производству.²⁰¹

**а) Процессуальный контекст и соответствующая часть
Оспариваемого решения**

101. В своем Возражении в отношении приемлемости дела к производству Кения просила Палату предварительного производства созвать устное слушание, чтобы «[ПЕРЕВОД] дать правительству возможность обратиться к Палате предварительного производства в связи с его Ходатайством» и «[ПЕРЕВОД] чтобы можно было представить и рассмотреть все соответствующие аргументы».²⁰² Кения также просила Палату предварительного производства созвать распорядительное заседание, чтобы заслушать представления по вопросу о графике и порядке разбирательства в связи с Возражением в отношении приемлемости дела к производству.²⁰³ Эта последняя просьба, но не просьба о проведении устного слушания, была повторно представлена в заключительном разделе Возражения в отношении приемлемости дела к производству в качестве одной из мер, о которых просила Кения.²⁰⁴

102. В Решении о порядке ведения разбирательства от 4 апреля 2011 года Палата предварительного производства отклонила просьбу о проведении распорядительного заседания и установила процедуру, подлежащую применению в связи с рассмотрением Возражения в отношении приемлемости дела к производству, которая не предусматривала проведения устного слушания.²⁰⁵ Кения 17 мая 2011 года представила новое ходатайство о проведении устного слушания согласно пункту 2 правила 58,²⁰⁶ которое было зарегистрировано на следующий день (далее «Ходатайство от 18 мая 2011 года»), в котором она просила Палату предварительного производства созвать слушание по вопросу о Возражении в отношении приемлемости дела к производству, прежде чем Палата будет выносить решение по его существу.

103. В Оспариваемом решении Палата предварительного производства рассмотрела Ходатайство от 18 мая 2011 года в качестве предварительного вопроса. Палата предварительного производства пояснила, что в ее Решении о порядке ведения

²⁰¹ Документ в поддержку апелляции, пункты 12 (ii), 64-69.

²⁰² Возражение в отношении приемлемости дела к производству, пункт 20.

²⁰³ Возражение в отношении приемлемости дела к производству, пункт 21.

²⁰⁴ Возражение в отношении приемлемости дела к производству, пункт 81.

²⁰⁵ Решение по вопросу о ведении разбирательства от 4 апреля 2011 года, пункт 10.

²⁰⁶ ICC-01/09-02/11-92.

разбирательства от 4 апреля 2011 года она прямо отклонила просьбу о проведении распорядительного заседания, которая, по мнению Палаты предварительного производства, была равнозначна просьбе о проведении устного слушания.²⁰⁷ Поэтому Палата предварительного производства восприняла Ходатайство от 18 мая 2011 года как просьбу о пересмотре решения и отклонила его как недопустимое.²⁰⁸ Палата предварительного производства также отметила, что «[ПЕРЕВОД] она предоставила всем сторонам и участникам процесса достаточную возможность выдвинуть все аргументы в связи с Возражением в отношении приемлемости дела к производству. Поэтому Палата не считает необходимым проводить второй раунд обмена представлениями перед вынесением определения по существу ходатайства».²⁰⁹

в) Представления Кении, сделанные в рамках апелляционного производства

104. В рамках апелляционного производства Кения утверждает, что в выводе Палаты предварительного производства об отсутствии необходимости в проведении второго раунда обмена представлениями между сторонами и участниками процесса для вынесения ею определения по вопросу о приемлемости дела к производству не учтено то, что «[ПЕРЕВОД] основной причиной, по которой правительство просило провести устное слушание, [...] было стремление предоставить Палате возможность напрямую заслушать начальника полиции по вопросу о деталях национального расследования в отношении [...] подозреваемых».²¹⁰ Кения также заявляет, что подход, избранный Палатой предварительного производства, к просьбе о проведении устного слушания свидетельствует о решимости Палаты «[ПЕРЕВОД] «закрывать» получение любой дальнейшей относящейся к делу информации» и что для Палаты было «[ПЕРЕВОД] просто недопустимо намекать на то, что правительство или его адвокаты действовали недобросовестно, выступая с ходатайством о проведении устного слушания».²¹¹

²⁰⁷ Оспариваемое решение, пункты 35-36.

²⁰⁸ Оспариваемое решение, пункт 38.

²⁰⁹ Оспариваемое решение, пункт 37.

²¹⁰ Документ в поддержку апелляции, пункт 66.

²¹¹ Документ в поддержку апелляции, пункт 67

с) Представления г-на Али, сделанные в рамках апелляционного производства

105. Г-н Али соглашается с представлениями, сделанными Кенией.²¹² Он утверждает, что «[ПЕРЕВОД] отказ в проведении устного слушания лишил [Кению] возможности предоставить дополнительную информацию, добавив все относящиеся к делу доказательства, [...] включая устные показания», и подчеркивает, что «[ПЕРЕВОД] в судебной практике Суда всегда признавалось, что документальные доказательства имеют меньший вес, чем устные показания».²¹³ Г-н Али также считает, что решение Палаты предварительного производства об отказе в проведении устного слушания «[ПЕРЕВОД] противоречит предыдущей практике Суда».²¹⁴

d) Представления Прокурора, сделанные в рамках апелляционного производства

106. Прокурор отмечает, что пункт 2 правила 58 Правил процедуры и доказывания предоставляет Палате предварительного производства свободу усмотрения при принятии решения о целесообразности проведения устного слушания.²¹⁵ Прокурор считает, что апелляция Кении может быть удовлетворена только в том случае, если Кения докажет, что Палата предварительного производства злоупотребила свободой усмотрения, решив не проводить устное слушание, чего, по его мнению, Кения сделать не смогла.²¹⁶

e) Замечания потерпевших

107. Потерпевшие соглашаются с мнениями Прокурора в этом отношении.²¹⁷

f) Определение Апелляционной палаты

108. Как указано выше, согласно пункту 2 правила 58 Правил процедуры и доказывания Палата предварительного производства располагает широкой свободой усмотрения при вынесении решения о надлежащем порядке рассмотрения возражения в отношении приемлемости дела к производству.²¹⁸ Согласно этому положению Палата предварительного производства *может* провести слушание, но не обязана это делать. Таким образом, решение Палаты предварительного производства не проводить

²¹² Ответ г-на Али на Документ в поддержку апелляции, пункты 30-34.

²¹³ Ответ г-на Али на Документ в поддержку апелляции, пункт 33. (Сноска опущена).

²¹⁴ Ответ г-на Али на Документ в поддержку апелляции, пункт 34.

²¹⁵ Ответ Прокурора на Документ в поддержку [sic], пункт 67.

²¹⁶ Ответ Прокурора на Документ в поддержку [sic], пункты 66-69..

²¹⁷ Замечания потерпевших, пункты 40-41.

²¹⁸ См. пункт 87 выше.

устное слушание было принято в порядке осуществления свободы усмотрения. Как и в случае вопроса о представлении дополнительных докладов, рассматриваемого в предыдущем разделе,²¹⁹ вопрос, который предстоит решить Апелляционной палате, заключается поэтому не в том, могла ли Палата предварительного производства провести устное слушание, а в том, не является ли ее решение об отказе в проведении такого слушания злоупотреблением ее свободой усмотрения. По мнению Апелляционной палаты, хотя, возможно, основания для проведения устного слушания и имелись, нельзя сказать, что, решив этого не делать, Палата предварительного производства злоупотребила своей свободой усмотрения.

109. Аргумент Кении о том, что Палата предварительного производства не учла основную цель просьбы о проведении устного слушания – заслушать начальника полиции, – неубедителен и не свидетельствует о наличии какой-либо ошибки в осуществлении Палатой предварительного производства свободы усмотрения. Как отмечает Прокурор,²²⁰ Кения не поясняет, почему показания начальника нельзя было представить в письменном виде, в особенности в свете как однозначного предпочтения представлений в письменном виде, предусмотренного пунктом 3 правила 58 Правил процедуры и доказывания, так и указаний Палаты предварительного производства относительно того, что представления следует делать в письменном виде.²²¹ В Ходатайстве от 18 мая 2011 года Кения заявила, что проведение устного слушания «[ПЕРЕВОД] является, в конечном итоге, наиболее эффективным и действенным средством для того, чтобы Палата смогла оценить национальные расследования в отношении шестерых подозреваемых».²²² Это, однако, не объясняет, почему устное слушание было бы «[ПЕРЕВОД] наиболее эффективным и действенным» способом получения информации.

110. Кроме того, утверждение Кении о том, что основная причина просьбы о проведении устного слушания состояла в том, чтобы предоставить начальнику полиции возможность дать показания, и что Палата предварительного производства проигнорировала эту цель, не подтверждается материалами дела: в Ходатайстве от 18 мая 2011 года Кения приводила несколько причин для созыва такого

²¹⁹ См. пункты 95 et seq.

²²⁰ Ответ Прокурора на Документ в поддержку апелляций, пункт 69.

²²¹ Решение по вопросу о ведении разбирательства от 4 апреля 2011 года, пункт 12.

²²² Ходатайство от 18 мая 2011 года, пункт 23.

слушания.²²³ К числу этих причин относилась необходимость рассмотреть «[ПЕРЕВОД] фундаментальные и сложные юридические вопросы, возникающие в связи с представлениями, сделанными в рамках [возражения] в отношении приемлемости дела к производству».²²⁴ В этих обстоятельствах Палату предварительного производства нельзя упрекнуть в том, что она отказала в просьбе о проведении устного слушания, среди прочего, на основании отсутствия необходимости в проведении второго раунда обмена представлениями.

111. Что касается аргумента Кении о том, что Палата предварительного производства, возможно, неправильно поняла просьбу о проведении устного слушания, содержащуюся в Возражении в отношении приемлемости дела к производству, следует отметить, что Палата предварительного производства рассмотрела существо просьбы в Оспариваемом решении и пришла к выводу о том, что в свете имевшихся ранее возможностей для того, чтобы сделать представления, в проведении устного слушания необходимости нет.²²⁵ Соответственно, любая ошибка, которую Палата предварительного производства могла бы сделать в толковании просьб о проведении распорядительного заседания и устного слушания, приводящихся в Возражении в отношении приемлемости дела к производству, не имели бы последствий для вынесения Палатой определения по просьбе о проведении устного слушания.

112. Таким образом, никакой ошибки в осуществлении Палатой предварительного производства свободы усмотрения в отношении просьбы о проведении устного слушания не обнаружено.

3. *Отказ в вынесении решения по просьбе о помощи*

113. Третья процессуальная ошибка, на которую указывает Кения, заключается в том, что Палата предварительного производства предположительно совершила ошибку, не приняв решения по просьбе о помощи до вынесения решения по Возражению в отношении приемлемости дела к производству.²²⁶

²²³ Ходатайство от 18 мая 2011 года, пункты 12-33.

²²⁴ Ходатайство от 18 мая 2011 года, пункт 30.

²²⁵ Оспариваемое решение, пункты 35-36.

²²⁶ Документ в поддержку апелляции, пункты 12 (iii), 70-78.

**а) Процессуальный контекст и соответствующая часть
Оспариваемого решения**

114. 21 апреля 2011 года Кения представила в Палату предварительного производства и внесла в материалы ситуации просьбу о помощи, представленную от имени правительства Республики Кения согласно пункту 10 статьи 93 и правилу 194²²⁷ (далее «Просьба о помощи»). Просьба о помощи касалась «[ПЕРЕВОД] передачи всех заявлений, документов или иных видов доказательств, полученных Судом и Прокурором в ходе расследований, проводимых МУС в связи с беспорядками в Кении в период после выборов, в том числе расследований в отношении шестерых подозреваемых, дела которых в настоящее время рассматриваются в МУС».²²⁸ Кения также просила Палату предварительного производства вынести решение по Просьбе о помощи до принятия решения по находившемуся на рассмотрении Возражению в отношении приемлемости дела к производству.²²⁹

115. В Оспариваемом решении Палата предварительного производства пришла к выводу об отсутствии связи между Просьбой о помощи и Возражением в отношении приемлемости дела к производству и заявила, что в этой связи она вынесет решение по Просьбе о помощи в отдельном решении.²³⁰ Это решение было вынесено Палатой предварительного производства 29 июня 2011 года.²³¹

б) Представления Кении, сделанные в рамках апелляционного производства

116. В порядке обжалования Кения оспаривает подход, избранный Палатой предварительного производства. Она заявляет, что «[ПЕРЕВОД] получение помощи от Прокурора имело непосредственное отношение к ее [Возражению в отношении приемлемости дела к производству] и было связано с ним»²³² и что «[ПЕРЕВОД] было бы несправедливо лишать [Кению] возможности использовать такие доказательства в ее национальных расследованиях и, как следствие, в ее [В]озражении в отношении приемлемости дела к производству».²³³ Поэтому Кения заявляет, что

²²⁷ ICC-01/09-58.

²²⁸ Просьба о помощи, пункт 2.

²²⁹ Просьба о помощи, пункт 7.

²³⁰ Оспариваемое решение, пункты 30-31.

²³¹ Решение по просьбе о помощи, представленной от имени правительства Республики Кения согласно пункту 10 статьи 93 Статута и правилу 194 Правил процедуры и доказывания, 29 июня 2011 года, ICC-01/09-63.

²³² Документ в поддержку апелляции, пункт 74.

²³³ Документ в поддержку апелляции, пункт 77.

при осуществлении своей свободы усмотрения в вопросах регулирования производства в отношении приемлемости дел к производству Палате предварительного производства следовало сначала вынести решение по Просьбе о помощи.²³⁴

с) Представления г-на Али, сделанные в рамках апелляционного производства

117. Г-н Али не делает никаких представлений, конкретно касающихся предполагаемой ошибки в отношении подхода Палаты предварительного производства к Просьбе о помощи.

d) Представления Прокурора, сделанные в рамках апелляционного производства

118. Прокурор отмечает, что Просьба о помощи была представлена через три недели после Возражения в отношении приемлемости дела к производству.²³⁵ Он заявляет, что непонятно, каким образом информация, полученная в результате Просьбы о помощи, могла бы повлиять на исход рассмотрения Возражения в отношении приемлемости дела к производству, поскольку такая информация могла бы быть использована только в ходе последующих разбирательств.²³⁶ По мнению Прокурора, даже если бы Палата предварительного производства совершила ошибку в подходе к Просьбе о помощи, это не оказало бы существенного влияния на Оспариваемое решение.²³⁷

e) Замечания потерпевших

119. Потерпевшие соглашаются с мнением Прокурора.²³⁸ Они заявляют, что Кения «[ПЕРЕВОД] не может утверждать, с одной стороны, что ее расследования уже ведутся независимо от этой информации, а, с другой стороны, утверждать, что эта информация ей необходима, чтобы опровергнуть выводы Палаты о том, что никаких расследований не ведется».²³⁹

²³⁴ Документ в поддержку апелляции, пункт 77.

²³⁵ Ответ Прокурора на Документ в поддержку апелляции, пункт 71.

²³⁶ Ответ Прокурора на Документ в поддержку апелляции, пункт 71.

²³⁷ Ответ Прокурора на Документ в поддержку апелляции, пункт 71.

²³⁸ Замечания потерпевших, пункт 40.

²³⁹ Замечания потерпевших, пункт 42.

f) Определение Апелляционной палаты

120. Апелляционная палата не согласна с аргументом Кении о том, что подход Палаты предварительного производства к Просьбе о помощи равнозначен процессуальной ошибке, лишаящей Оспариваемое решение силы.

121. Как указано выше, правило 58 Правил процедуры и доказывания наделяет Палату предварительного производства широкой свободой усмотрения в вынесении решений о порядке ведения разбирательств, связанных с возражениями в отношении приемлемости дела к производству. Следовательно, даже если Палата предварительного производства могла бы сначала вынести решение по Просьбе о помощи, а затем по Возражению в отношении приемлемости дела к производству, она не была обязана поступать именно таким образом. В том что касается определения по Возражению в отношении приемлемости дела к производству, вопрос заключался в том, можно ли, на основании имеющихся доказательств, считать, что Кения ведет расследование дела в отношении троих подозреваемых. Вопрос о том, следовало ли передать Кении конкретные доказательства, которые могли бы подкрепить ведущиеся расследования или лечь в основу новых расследований, не имел отношения к принятию решения по Возражению в отношении приемлемости дела к производству.

122. Таким образом, никакой процессуальной ошибки в решении Палаты предварительного производства о вынесении решения по Возражению в отношении приемлемости дела к производству до принятия решения по Просьбе о помощи не выявлено.

IV. НАДЛЕЖАЩАЯ МЕРА СУДЕБНОЙ ЗАЩИТЫ

123. При рассмотрении апелляции, поданной в соответствии с подпунктом (а) пункта 1 статьи 82 Статута, Апелляционная палата может утвердить, отменить или изменить обжалуемое решение (пункт 1 правила 158 Правил процедуры и доказывания). В данном случае вывод, содержащийся в Оспариваемом решении, представляется целесообразным утвердить, поскольку в этом решении не выявлено никакой ошибки. Соответственно, апелляция отклоняется.

Особое мнение судьи Аниты Ушацкой будет представлено позднее.

Совершено на английском и французском языках, причем текст на английском языке имеет преимущественную силу.

[подпись]

**Судья Даниел Дэвид Нганда Нсереко
председательствующий судья**

30 августа 2011 года

Гаага, Нидерланды