

**Cour
Pénale
Internationale**



Международный Уголовный Суд

**International
Criminal
Court**

Язык оригинала: английский

№ ICC-01/09-02/11 OA

Дата: 20 сентября 2011 года

АПЕЛЛЯЦИОННАЯ ПАЛАТА

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

СИТУАЦИЯ В РЕСПУБЛИКЕ КЕНИЯ

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

Общедоступный документ

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 на основании подпункта b) пункта 2
статьи 19 Статута»**

Особое мнение судьи Аниты Ушацкой

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

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

Адвокаты Уильяма Самоэи Рутто

Г-н Джозеф Кипчумба Киген-Катва
Г-н Дэвид Хупер
Г-н Киоко Килукуми Мусау

**Управление общественных адвокатов
для потерпевших**

Г-жа Паолина Массидда

Представители государств

Г-н Джеффри Найс
Г-н Родни Диксон

Адвокаты Генри Кипроно Косгея

Г-н Джордж Одинга Ораро

Адвокаты Джошуа Арапа Сэнга

Г-н Джозеф Кипчумба Киген-Катва

СЕКРЕТАРИАТ

Секретарь

Г-жа Сильвана Арбия

Настоящий документ представляет собой Особое мнение судьи Аниты Ушацкой, прилагаемое к «Решению 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», вынесенному 30 августа 2011 года¹ (далее «Решение большинства»).

1. Я не согласна с большинством в том, что Оспариваемое решение следует утвердить, и поэтому выношу особое мнение в связи с решением Апелляционной палаты. Я считаю, что Палата предварительного производства II (далее «Палата предварительного производства») совершила ошибку в том, как она подошла к разбирательству, предшествовавшему вынесению решения по ходатайству правительства Кении о возражении в отношении приемлемости дела к производству в соответствии с подпунктом b) пункта 2 статьи 19 Статута² от 30 мая 2011 года (далее «Оспариваемое решение»), и я считаю, что в этой связи Оспариваемое решение следует отменить.

I. ПРОЦЕССУАЛЬНЫЙ КОНТЕКСТ

2. История процесса применительно к данной апелляции излагается в Решении большинства; в настоящем документе упор сделан на тех аспектах истории процесса, которые непосредственно важны для данного Мнения.

3. Кения ратифицировала Римский статут в 2005 году,³ и беспорядки в Кении после выборов в 2007 году являются предметом первого расследования, проводящегося Прокурором *proprio motu* в соответствии со статьей 15 Статута. В решении о разрешении на проведение расследования Прокурором, вынесенном на основании пункта 4 статьи 15 Статута,⁴ (далее «Решение о

¹ ICC-01/09-02/11-274.

² ICC-01/09-02/11-96.

³ С информацией по этому вопросу можно ознакомиться по адресу: http://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=XVIII-10&chapter=18&lang=en.

⁴ *Ситуация в Республике Кения*, решение о разрешении на проведение расследования ситуации в Республике Кения, вынесенное на основании статьи 15 Римского статута, 31 марта 2010 года, ICC-01/09-19-Corr.

разрешении на проведение расследования») Палата предварительного производства, говоря о приемлемости к производству потенциальных дел, которые могут образоваться в результате расследования, проводящегося Прокурором, заявила:

[ПЕРЕВОД] 51. Палата подчеркивает, что определение охвата потенциального дела (дел) на данной стадии может вполне служить целям эффективного применения статьи 18 Статута, которая становится применимой сразу же после того, как Палата предварительного производства дает разрешение в отношении начала расследования. Это в целом дало бы государствам, которые «обычно осуществляли бы юрисдикцию в отношении данных преступлений», о которых идет речь, возможность получить полезную информацию (с учетом ограничения, предусмотренного пунктом 1 статьи 18 Статута) в отношении параметров возможного дела (дел) в Суде. Это, в свою очередь, способствовало бы взаимному пониманию Судом и соответствующим государством (государствами) сферы охвата оценки дополняемости, предусмотренной пунктами 2–5 статьи 18 Статута.

52. Учитывая вышесказанное, Палата полагает, что на данной стадии для оценки дополняемости необходимо изучить вопрос о том, проводит или проводило ли соответствующее государство (государства) национальные разбирательства в отношении групп лиц и преступлений, предположительно совершенных в ходе этих инцидентов, которые совместно, наверное, стали бы предметом расследований, проводимых Судом. [...]

54. Таким образом, при таком подходе нет необходимости переходить ко второму шагу, который предполагает изучение остающихся частей этого положения, поскольку имеющаяся информация свидетельствует о ситуации бездействия в отношении элементов, которые, вероятно, будут определять контуры потенциальных дел [...].

4. В этом решении Палата предварительного производства, изучив представленные ей факты, постановила, что потенциальные дела будут приемлемыми к производству в связи с ситуацией бездействия в Кении в отношении расследования действий высокопоставленных руководителей бизнеса и политических лидеров в ходе беспорядков после выборов 2007 года и возбуждения уголовного преследования в их отношении.⁵

5. 15 декабря 2010 года Прокурор раскрыл общественности имена шести граждан Кении, в отношении которых он в тот же день попросил выдать

⁵ Решение о разрешении на проведение расследования, пункты 185-187.

приказы о явке в Суд.⁶ Палата предварительного производства 8 марта 2011 года выдала приказы о явке в отношении трех подозреваемых по данному делу,⁷ а также в отношении трех подозреваемых по делу *Прокурор против Рутто и др.*⁸ В этих решениях Палата предварительного производства воздержалась от вынесения решения о приемлемости дел к производству.⁹

6. 31 марта 2011 года Кения представила ходатайство от имени правительства Республики Кения, поданное на основании статьи 19 Статута МУС¹⁰ (далее «Возражение в отношении приемлемости дела к производству»), в котором оно возразило против приемлемости данного дела к производству. В порядке дальнейшего обоснования Возражения в отношении приемлемости дела к производству Кения представила 21 апреля 2011 года документ, содержащий приложения материалов к ходатайству правительства Кении, поданного на основании статьи 19 Римского статута¹¹ (далее «Документ, содержащий приложения, от 21 апреля 2011 года»), к которому она приложила 22 приложения, а 13 мая 2011 года – возражение от имени правительства Кении на ответы Прокурора, защиты и УОАП на ходатайство правительства, поданное на основании статьи 19 Римского Статута,¹² уведомление о котором было получено 16 мая 2011 года (далее «Возражение от 16 мая 2011 года») и которое содержало семь приложений.

7. В своих представлениях в Палату предварительного производства Кения пояснила, что в настоящее время она реформирует систему уголовного правосудия в стране, чтобы получить возможность провести полное расследование беспорядков после выборов и возбудить уголовное преследование.¹³ Кения подчеркнула, что ей требуется еще несколько недель

⁶ Пресс-релиз КАП от 15 декабря 2010 года, ICC-OTP-20101215-PR615; с документом можно ознакомиться по адресу: <http://www.icc-cpi.int/NR/exeres/BA2041D8-3F30-4531-8850-431B5B2F4416.htm>.

⁷ 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.

⁸ Решение по ходатайству Прокурора о вызове для явки в Суд Уильяма Самоэи Рутто, Генри Кипроно Косгея и Джошуа Арапа Сэнга, ICC-01/09-01/11-1.

⁹ 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, пункт 12.

¹⁰ ICC-01/09-02/11-26.

¹¹ ICC-01/09-01/11-67.

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

¹³ Возражение в отношении приемлемости дела к производству, пункты 47-66, 75-78.

для того, чтобы представить полную картину, и предложила график представления дополнительных документов, которые позволили ли бы Кении в полной мере продемонстрировать Суду достигнутый ею прогресс в расследовании дела в течение нескольких месяцев.¹⁴

8. В поддержку Возражения в отношении приемлемости дела к производству Кения в приложениях, приложенных к Документу, содержащему приложения, от 21 апреля 2011 года и к Возражению от 16 мая 2011 года, представила документацию о реформе системы уголовного правосудия.¹⁵ В этих приложениях также содержалась информация относительно фактов в отношении того, что «[ПЕРЕВОД] национальные расследования ведутся» и что в последующие месяцы будет представлена дополнительная документация.¹⁶ Так, приложение 1 к Документу, содержащему приложения, от 21 апреля 2011 года представляет собой приказ Генерального прокурора Кении, адресованный начальнику полиции, о проведении расследования «[ПЕРЕВОД] в отношении всех других лиц, в отношении которых могут иметься утверждения о том, что они принимали участие в беспорядках после выборов, включая шесть лиц, в отношении которых в настоящее время ведется разбирательство в Международном уголовном суде».¹⁷ Приложение 2 к Возражению от 16 мая 2011 года¹⁸ представляет собой доклад о беспорядках после выборов от 5 мая 2011 года, в котором приводилась конкретная информация в отношении проведенных Кенией расследований. В нем содержалась информация о сфере охвата расследований и предполагаемых обвинениях в отношении г-на Руто, имеющая отношение к параллельному делу *Прокурор против Руто и др.*,¹⁹ и сообщалось, что были отданы, по всей

¹⁴ Возражение в отношении приемлемости дела к производству, пункты 14, 67-74,79; см. также Возражение от 16 мая 2011 года, пункт 58.

¹⁵ Документ, содержащий приложения, от 21 апреля 2011 года.

¹⁶ Документ, содержащий приложения, от 21 апреля 2011 года, пункт 4.

¹⁷ ICC-01/09-02/11-67-Anx1, стр. 2.

¹⁸ ICC-01/09-02/11-91-Anx2.

¹⁹ В документе указано: «[ПЕРЕВОД] Расследования не завершены по различным причинам, в том числе по причине ненадежности свидетелей или нежелания сотрудничать с их стороны. Некоторые из наиболее заметных текущих дел включают: расследование УУР Накуру, дело № 10/2008; подозреваемым по этому делу проходит distinguished Уильям Самози Руто – предыдущий министр сельского хозяйства. Имеются утверждения о том, что министр совместно 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

видимости компетентными органами, распоряжения о начале расследования в отношении пяти других лиц, относительно которых Суд проводит расследование.²⁰

9. В своих представлениях в Палату предварительного производства Кения также высказывала юридические соображения, в частности в отношении принципа дополняемости и определения слова «дело», содержащегося в подпункте а) пункта 1 статьи 17 Статута.²¹ Кения заявляла, что она имеет право представлять «[ПЕРЕВОД] доклад[ы] поэтапно» в ходе разбирательства по вопросу о приемлемости дела к производству и что критерий, разработанный и применяемый другими Палатами – так называемый «[ПЕРЕВОД] критерий то же лицо/то же деяние», – является слишком узким и что следует применять более широкий критерий, основанный на Решении о разрешении на проведение расследования.

10. В ходе разбирательства по вопросу о приемлемости дела к производству Палата предварительного производства вынесла следующие основные процессуальные решения. Так, 4 апреля 2011 года Палата предварительного производства вынесла решение о ведении разбирательства после ходатайства правительства Кении, поданного на основании статьи 19 Римского статута (далее «Решение от 4 апреля 2011 года»)²² Затем, 2 мая 2011 года Палата предварительного производства решением, вынесенным на основании пункта 5 положения 24 Регламента Суда, по ходатайству, поданному от имени правительства Кении (далее «Решение от 2 мая 2011 года»)²³ удовлетворила просьбу Кении о разрешении на представление ответа. В этих процессуальных

расследуется, поскольку остается несколько областей, в которых необходимо подкрепить информацию фактами, чтобы сделать справедливый вывод», ICC-01/09-01/11-89-Апх2, стр. 2, 3.

²⁰ В разделе, озаглавленном «[ПЕРЕВОД] Дальнейшие шаги», указано: «[ПЕРЕВОД] [...] 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», ICC-01/09-01/11-89-Апх2, стр. 4.

²¹ Возражение в отношении приемлемости дела к производству, пункты 23-34; Возражение от 16 мая 2011 года, пункты 24-27.

²² ICC-01/09-02/11-40.

²³ ICC-01/09-02/11-81, пункты 13-14.

решениях Палата предварительного производства подчеркивала необходимость ускорить темпы проведения разбирательства.²⁴

11. Кения также представила просьбу о помощи, представленную от имени правительства Республики Кения согласно пункту 10 статьи 93 и правилу 194²⁵ (далее «Просьба о помощи»), от 21 апреля 2011 года и ходатайство о проведении устного слушания в соответствии с пунктом 2 правила 58²⁶ (далее «Просьба от 18 мая 2011 года»), зарегистрированную 18 мая 2011 года.

12. В Оспариваемом решении Палата предварительного производства отклонила Просьбу Кении от 18 мая 2011 года о проведении устного слушания, на котором Кения просила заслушать должностное лицо, отвечающее за проведение расследований в Кении.²⁷ Палата предварительного производства также вынесла решение по определению «дела», избрав критерий «то же лицо/то же деяние».²⁸ Палата предварительного производства сослалась на отсутствие информации и подробностей в документации, представленной Кенией,²⁹ и сочла, что лишь три из 29 приложений, представленных в Палату, имели, как представляется, «[ПЕРЕВОД] некоторое прямое отношение».³⁰ Она сочла, что Кения не представила доказательств совершения «[ПЕРЕВОД] каких-либо конкретных шагов», демонстрирующих, что она в настоящее время ведет расследование в отношении трех подозреваемых по данному делу.³¹ В этом контексте Палата предварительного производства упомянула предложение Кении о представлении дополнительных докладов о ходе расследований, но не стала рассматривать эту просьбу более подробно.³² Палата предварительного производства затем постановила:

²⁴ Решение от 4 апреля 2011 года, пункт 10: «[ПЕРЕВОД] Палата, стремясь ускорить темпы проведения разбирательства и избежать любых неоправданных задержек»; см. также Решение от 2 мая 2011 года, пункт 15.

²⁵ ICC-01/09-58.

²⁶ ICC-01/09-02/11-92.

²⁷ Палата предварительного производства также отказала в рассмотрении представленной Кенией Просьбы о помощи до вынесения Оспариваемого решения.

²⁸ Оспариваемое решение, пункты 51-57.

²⁹ Оспариваемое решение, пункт 69.

³⁰ Оспариваемое решение, пункт 64.

³¹ Оспариваемое решение, пункт 68.

³² Оспариваемое решение, пункт 63.

[ПЕРЕВОД] 70. Апелляционная палата указывала, что приемлемость дела к производству должна определяться «[ПЕРЕВОД] на основе фактов в том виде, в котором они существуют на момент проведения разбирательства в отношении возражения в отношении приемлемости дела к производству». Таким образом, в отсутствие информации, обосновывающей утверждение правительства Кении о том, что ведутся *текущие* расследования в отношении трех подозреваемых, проводившиеся вплоть до представления стороной ее Возражения на ответ, Палата считает, что сохраняется ситуация бездействия. [...]

13. 6 июня 2011 года Кения представила 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,³³ а 20 июня 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.³⁴

II. ОШИБКА В ОСУЩЕСТВЛЕНИИ СВОБОДЫ УСМОТРЕНИЯ ПАЛАТОЙ ПРЕДВАРИТЕЛЬНОГО ПРОИЗВОДСТВА

14. В рамках апелляции заявитель утверждает, среди прочего, что Палата предварительного производства совершила процессуальные ошибки в ходе разбирательства, предшествовавшего вынесению Оспариваемого решения, в частности отклонив Просьбу от 18 мая 2011 года о проведении устного слушания, что не позволило заявителю представить дополнительную документацию в отношении текущего расследования, ведущегося в Кении в течение определенного времени, а также не приняв решения по Просьбе о помощи до вынесения Оспариваемого решения. Можно отметить, что в пункте 3 статьи 19 Статута, читаемом совместно с правилом 59 Правил процедуры и доказывания, а также пунктами 1 и 3 правила 58 Правил процедуры и доказывания, излагаются некоторые минимальные требования, касающиеся подлежащей применению процедуры. Так, согласно пункту 3 статьи 19 Статута, пункту 3 правила 59 и пункту 3 правила 58 Правил процедуры и доказывания, те, кто передал ситуацию в Суд, потерпевшие, Прокурор и лицо, «которое предоставлено в распоряжение Суда или которое

³³ ICC-01/09-02/11-104.

³⁴ ICC-01/09-02/11-130; см. исправление к этому документу под номером ICC-01/09-02/11-130-Согг.

явилось добровольно или по приказу о явке», имеют право представить «замечания» в течение срока, устанавливаемого Палатой. Помимо этих минимальных требований пункт 2 правила 58 Правил процедуры и доказывания наделяет Палату широкой свободой усмотрения в отношении регулирования подлежащей применению процедуры. Этот пункт гласит:

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 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.

15. Апелляционная палата проводит рассмотрение дискреционных решений Палат предварительного производства и Судебных палат, проявляя определенное уважение. Согласно судебной практике Апелляционной палаты она не проводит рассмотрение *de novo* и поэтому не может использовать свою свободу усмотрения вместо свободы усмотрения Палаты предварительного производства или Судебной палаты. Напротив, Апелляционная палата вмешивается только в том случае, если осуществление свободы усмотрения представляло собой злоупотребление свободой усмотрения.³⁵ Соответственно, вопрос, на который необходимо дать ответ, заключается в том, совершила ли

³⁵ В этом отношении Апелляционная палата заявила, касаясь подхода, принятого в других международных уголовных трибуналах: «Функции 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». См. *Прокурор против Джозефа Кони и др.*, «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, пункт 80.

Палата предварительного производства ошибку в осуществлении своей свободы усмотрения. Ниже я объясню, почему я считаю, что она ее совершила.

16. Прежде всего, следует напомнить, что статья 19 Статута предусматривает несколько процедур, касающихся приемлемости дела к производству. Согласно пункту 1 статьи 19 Статута Палата может своим решением определить приемлемость дела к производству. Согласно пункту 3 статьи 19 Статута Прокурор может просить Палату вынести постановление по вопросу о приемлемости. Согласно пункту 2 статьи 19 Статута, протест в отношении приемлемости дела к производству может быть принесен, среди прочего, как в данном разбирательстве, «государством, обладающим юрисдикцией в отношении дела». Кроме того, статья 19 Статута также распространяется на определения по вопросу о юрисдикции Суда. Таким образом, разбирательство, ведущееся на основании статьи 19 Статута, является не уголовным разбирательством, а разбирательством особого рода, прежде всего служащим цели урегулирования коллизий юрисдикций.

17. Учитывая то, что участники, равно как и предмет разбирательства, проводящегося на основании статьи 19 Статута, могут сильно различаться, столь широкая свобода усмотрения, как представляется, предоставлена Палате пунктом 2 правила 58 Правил процедуры и доказывания с той целью, чтобы Палата имела возможность адаптировать процедуру с учетом конкретного рассматриваемого дела.

18. Возражение государства в отношении приемлемости дела к производству на основании подпункта b) пункта 2 статьи 19 Статута может быть основано только на «том основании, что оно ведет расследование или уголовное преследование по делу или провело расследование или уголовное преследование». Другими словами, при проведении разбирательства на основании подпункта b) пункта 2 статьи 19 сразу же возникает вопрос о праве государства самостоятельно проводить расследование и возбуждать уголовное преследование по делу, что составляет основу принципа дополняемости.

19. Дополняемость, как сказал один из комментаторов, является

[ПЕРЕВОД] [...] одним из краеугольных камней, если не главным краеугольным камнем Римского статута. Она позволяет достичь равновесия между суверенитетом государства и действенностью и авторитетом МУС. Без нее договоренности достичь бы не удалось.³⁶

Тот факт, что дополняемость является одним из основных руководящих принципов в отношениях между государствами и Судом, подтверждается тем, сколь заметное место отведено этому принципу в Статуте (статья 1 и преамбула), а также историей редактирования Римского статута:³⁷ «Уголовная юрисдикция» Суда и государств «дополняют» друг друга. Это означает, что и Суд, и государства стремятся добиться выполнения целей Статута, отраженных в его преамбуле, в особенности цели «положить конец безнаказанности лиц, совершающих» «самые серьезные преступления, вызывающие озабоченность всего международного сообщества».³⁸ Это также означает, что между Судом, в особенности Канцелярией Прокурора, и соответствующим государством должны существовать, по мере возможности, тесное сотрудничество и связь.³⁹ Дополняемость подкрепляет принцип международного права, согласно которому осуществление уголовной юрисдикции является суверенным правом каждого государства, но в то же время предполагает возможность вмешательства со стороны Суда в интересах достижения целей международного уголовного правосудия. Хотя тем самым диалог между государством и Судом необходим и желателен, именно Суд, а не третья сторона, является арбитром в

³⁶ S. A. Williams, “Issues of Admissibility, Article 17”, in O. Triffterer (ed.) *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court, Observer’s Notes, Article by Article*, (NOMOS, Baden-Baden, 1st ed., 1999), p. 392, para. 20 (сноска опущена).

³⁷ См. проект доклада Специального комитета по вопросу об учреждении Международного уголовного суда, Проект доклада Специального комитета, 22 августа 1995 года, A/AC.244/CRP.5, стр.1: «Концепция дополняемости была названа одним из важнейших элементов в деле учреждения международного уголовного суда»; см. также *Дипломатическая конференция полномочных представителей под эгидой Организации Объединенных Наций по учреждению международного уголовного суда*, Краткие отчеты Дипломатической конференции 1998 года, 11-е заседание, 22 июня 1998 года, A/CONF.183/C.1/SR11, пункт 19; см. также 12-е заседание, 23 июня 1998 года, A/CONF.183/C.1/SR.12, пункт 49.

³⁸ Пункты 4 и 5 преамбулы.

³⁹ См. X. Agirre, A. Cassese, R. E. Fife, H. Friman, C. K. Hall, J. T. Holmes, J. Kleffner, H. Olasolo, N. H. Rashid, D. Robinson, E. Wilmshurst, A. Zimmermann, “Informal expert paper: The principle of complementarity in practice”, ICC-OTP 2003, p. 5; см. также J. Kleffner, “Complementarity as a catalyst for compliance”, in: J. Kleffner, G. Kor (eds) *Complementary Views on Complementarity* (Asser Press, 2006), p. 82; см. также обратную сторону этого подхода (призыв к государствам осуществлять свою юрисдикцию) M. Benzing, *The Complementarity Regime of the ICC*, Max Planck Yearbook of United Nations Law, volume 7, 2003, p. 592, at p. 596.

случае возникновения коллизии.⁴⁰ По словам одного из комментаторов, дополняемость представляет собой попытку примирения «[ПЕРЕВОД] императивов суверенитета и глобального правосудия».⁴¹ В случае коллизии этих «императивов» судьям Суда придется определить, является ли дело приемлемым к производству на основании подпунктов а) и б) пункта 1 статьи 17 Статута. Согласно этому положению Суд может осуществлять юрисдикцию в отношении конкретного дела лишь в том случае, если это дело либо а) не рассматривается национальными юрисдикциями (ситуация бездействия), либо б) рассматривается или было рассмотрено, но национальная юрисдикция не желает или не способна, либо не желала или была не способна провести расследование или возбудить уголовное преследование должным образом. Апелляционная палата в деле *Прокурор против Жермена Катанги и Матьё Нгуджоло Шуи* недавно подтвердила эти два элемента решения о приемлемости дела к производству на основании подпунктов а) и б) пункта 1 статьи 17 Статута.⁴²

20. В основе понимания вопросов, связанных с дополняемостью, лежит признание того, что «[ПЕРЕВОД] оценка дополняемости является результатом постоянного процесса».⁴³ Учитывая положения статьи 19 и, в частности, пункта 10 статьи 19 Статута, представляется, что неприемлемое дело может стать приемлемым и наоборот, как это, в частности, подтверждается судебной практикой Апелляционной палаты.⁴⁴ Согласно пункту 4 статьи 19 Статута

⁴⁰ См. J. T. Holmes, Complementarity: National Courts versus the ICC, in: A. Cassese, СТР. Gaeta, J. R.W.D. Jones (ed.) *The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary, Volume 1* (Oxford 2002), p. 672.

⁴¹ G. Simpson, "Politics, Sovereignty, Remembrance" in: D. McGoldrick, СТР. Rowe, E. Donnelly (eds), *The Permanent International Criminal Court. Legal and Policy Issues* (Oxford, 2004), p. 61

⁴² Решение по апелляции г-на Жермена Катанги в отношении устного решения Судебной палаты II от 12 июня 2009 года о приемлемости дела к производству, 25 сентября 2009 года, ICC-01/04-01/07-1497, ОА8, пункт 78.

⁴³ F. Gioia, "Comments on chapter 3 of Jann Kleffner", J. Kleffner, G. Kor (eds) *Complementary Views on Complementarity* (Asser Press, 2006), p. 109; автор также пришел к выводу о явлении «процессуального диалога»; см. также J. T. Holmes, "Complementarity: National Courts versus the ICC", in: A. Cassese, СТР. Gaeta, J. R.W.D. Jones (ed.) *The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary, Volume 1* (Oxford, 2002), p. 683.

⁴⁴ *Прокурор против Жермена Катанги и Матьё Нгуджоло Шуи*, решение по апелляции г-на Жермена Катанги в отношении устного решения Судебной палаты II от 12 июня 2009 года о приемлемости дела к производству, 25 сентября 2009 года, ICC-01/04-01/07-1497, ОА8, пункт 56 которого гласит: «[ПЕРЕВОД] [...] Таким образом, дело, первоначально являвшееся приемлемым, может стать неприемлемым в силу изменения обстоятельств в соответствующем государстве и наоборот. Пункт 10 статьи 19 Статута наделяет Прокурора правом подавать просьбу о пересмотре предыдущего решения о неприемлемости дела, если он уверен в том, «что

государство более не может оспаривать приемлемость дела к производству на основании подпунктов а) и b) пункта 1 статьи 17 после того, как судебное разбирательство уже началось. Тем не менее, до этого момента государство обладает суверенным правом начать расследование дела или возбудить уголовное преследование по нему и оспорить приемлемость этого дела к производству в Суде.⁴⁵ В таком случае, с учетом исключений, предусмотренных статьей 17 Статута, данное дело становится неприемлемым к производству в Суде, и юрисдикция государства преобладает над юрисдикцией Суда.

21. В вышеупомянутом решении⁴⁶ Апелляционная палата постановила, что «[ПЕРЕВОД] [в] целом, приемлемость дела к производству должна определяться на основе фактов в том виде, в котором они существуют на момент проведения разбирательства в связи с возражением в отношении приемлемости дела к производству. Это объясняется тем, что приемлемость дела на основании подпунктов а), b) и c) пункта 1 статьи 17 Статута зависит прежде всего от мероприятий, связанных с проведением расследования и уголовным преследованием, которые проводятся государством, обладающим юрисдикцией. Эти мероприятия могут меняться с течением времени».⁴⁷ Данное заявление Апелляционной палаты касалось апелляции, в ходе которой дело являлось приемлемым в течение всего разбирательства по вопросу о приемлемости. Тем не менее, если государство имеет право начать расследование и уголовное преследование и представить возражение в отношении приемлемости дела к производству в любое время до начала судебного разбирательства в Суде, представляется логичным, что государство может начать свое расследование и уголовное преследование, когда возражение

открылись новые обстоятельства, в силу которых отпадают основания, по которым дело ранее было признано неприемлемым согласно статье 17». [...] Таким образом, данное положение четко свидетельствует о том, что в силу положений Статута фактическая ситуация, на основе которой определяется приемлемость дела к производству, не всегда является статичной, а может быть преходящей».

⁴⁵ В этом контексте важна также схема сотрудничества государства, касающаяся ареста лиц и предоставления их в распоряжение.

⁴⁶ См. выше, пункт 19.

⁴⁷ *Прокурор против Жермена Катанги и Матьё Нгуджоло Шуи*, решение по апелляции г-на Жермена Катанги в отношении устного решения Судебной палаты II от 12 июня 2009 года о приемлемости дела к производству, 25 сентября 2009 года, ICC-01/04-01/07-1497, OA8, пункт 56.

в отношении приемлемости дела к производству уже было представлено. В этом контексте можно заметить, что пункт 5 статьи 19 Статута гласит: «Государство [...] подает протест при ближайшей возможности». Такой подход соответствует интересам Суда и надлежащему отправлению правосудия, позволяя избежать потенциально длительного и дорогостоящего производства в Суде, которое, возможно, на более поздней стадии придется прекратить в связи с тем, что дело станет неприемлемым к производству. Это также является аргументом в пользу того, что государство, действуя добросовестно,⁴⁸ может использовать механизм представления возражения при ближайшей возможности, даже если это государство пока еще не достигло стадии расследования конкретного дела или возбуждения уголовного преследования в полном объеме и намерено сделать это в течение проведения разбирательства по возражению в отношении приемлемости дела к производству.

22. Широкая свобода усмотрения, предоставленная Палате пунктом 2 правила 58 Правил процедуры и доказывания, наделяет Палату правом адаптировать процедуру к потребностям ведущегося разбирательства, принимая во внимание все имеющиеся интересы, включая суверенные права государства. При этом Палата должна также учитывать, что государство может подать второе возражение в отношении приемлемости дела к производству лишь с разрешения Палаты и в «исключительных случаях», как об этом говорится в пункте 4 статьи 19 Статута. Соответственно, используя свое право обжалования приемлемости дела, государство, вероятно, исходит из того, что Суд будет в полной мере уважать права государства при определении процедуры вынесения решения по возражению в отношении приемлемости дела к производству. Такая процедура должна учитывать конкретные обстоятельства, указанные государством, включая его четко выраженные намерения. Понимание того, что при принятии решения в центре внимания находятся права государства, подтверждается историей редактирования правила 58 Правил процедуры и доказывания и связанных с ним правил, в отношении которых один из комментаторов сделал следующий вывод: «[ПЕРЕВОД] Правила являют собой

⁴⁸ Концепция «добросовестности» играет важную роль в публичном международном праве и связанном с ним производстве; см. R. Kolb, *General Principles of Procedural Law*, in: A. Zimmermann, C. Tomuschat, K. Oellers-Frahm (eds), *The Statute of the International Court of Justice, A Commentary*, (Oxford, 2006), p. 830, para. 64.

форму ‘процессуальных гарантий’ для государств».⁴⁹ Такие правила «процессуальных гарантий» для государств развиваются с течением времени. Палата может обратиться к процессуальным нормам, применяющимся в Суде, а также к практике других судов в тех случаях, когда государства выступают в роли заявителей, а разбирательство касается вопроса о суверенитете государств.⁵⁰

23. Несмотря на важность суверенных прав государства, они являются не единственным соображением при определении процедуры, применяемой на основании пункта 2 правила 58 Правил процедуры и доказывания. Эти права должны быть уравновешены с учетом необходимости достижения целей международного уголовного правосудия путем обеспечения эффективности расследования дела и уголовного преследования.⁵¹ Кроме того, должны быть соблюдены интересы правосудия в целом, а также интересы потерпевших. Наконец, Палата должна адаптировать процесс с учетом конкретных вопросов, возникающих в связи с рассматриваемым делом, таких как неопределенность в отношении правовой и фактической ситуации, связанной с данным делом, или того факта, что разбирательство ведется впервые. На основе этих критериев должна быть выработана процедура, «[ПЕРЕВОД] наиболее оптимально учитывающая необходимость обеспечения транспарентности, эффективности, уважения примата прав государства и принятия неотложных мер в том случае, если высказываются сомнения в отношении разбирательств, проводящихся государством».⁵²

24. Что касается данного дела, Палата предварительного производства, как представляется, установила процедуру исходя лишь из минимальных процессуальных требований, предусмотренных пунктом 3 правила 58 и пунктом 3 правила 59 Правил процедуры и доказывания. Палата

⁴⁹ J. T. Holmes “Jurisdiction and Admissibility” in: R. S. Lee (ed.), *The International Criminal Court: Elements of Crimes and Rules of Procedure and Evidence*, (Transnational Publishers, 2001) p. 348.

⁵⁰ См., например, С. F. Amerasinghe, *Evidence in International Litigation*, (Brill, 2005), где приводится собрание и сравнение правил доказывания ряда трибуналов.

⁵¹ См. также J. T. Holmes in: R. S. Lee (ed.), *The International Criminal Court: The Making of the Rome Statute*, (Kluwer Law International, 1999), pp. 74 -75.

⁵² См. J. T. Holmes, Complementarity: National Courts versus the ICC, in: A. Cassese, СТР. Gaeta, J. R.W.D. Jones (ed.) *The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary, Volume 1* (Oxford 2002), p. 684.

предварительного производства также отклонила практически все просьбы о расширении этой процедуры, например, не разрешив провести устное слушание или представить дополнительную документацию в течение ограниченного периода времени после представления Возражения от 16 мая 2011 года.⁵³ Кроме того, Палата предварительного производства отнеслась к просьбе заявителя о проведении устного слушания⁵⁴ так же, как и к просьбе заявителя в отношении проведения распорядительного заседания с целью обсуждения процедуры, подлежащей применению в соответствии с пунктом 2 правила 58 Правил процедуры и доказывания. Заявление Палаты предварительного производства о том, что, если заявитель хотел возразить против того, каким образом Палата предварительного производства организовала процесс, то ему следовало обжаловать Решение от 4 апреля 2011 года, свидетельствует о том, что Палата предварительного производства не считала себя способной расширить или адаптировать процедуру, утвержденную в этом решении.⁵⁵ Вместо этого Палата предварительного производства вынесла решение по Возражению в отношении приемлемости дела к производству через восемь недель после того, как оно было представлено. В этой связи складывается впечатление, что Палата предварительного производства не оценила в полной мере масштабы своей свободы усмотрения и, как следствие этого, не сочла себя способной принять меры, необходимые для того, чтобы адаптировать разбирательство в отношении приемлемости дела к производству к потребностям конкретного разбирательства, причем не только в начале, но и на всем его протяжении.

25. Палата предварительного производства не приняла в достаточной мере во внимание то, что данное разбирательство было начато в результате первого возражения в отношении приемлемости дела к производству, представленного государством, и что в нем присутствовало много правовых и фактических неопределенностей.⁵⁶ Палате предварительного производства, равно как заявителю и Прокурору, было известно о том, что предстояло обсуждение

⁵³ См. выше, пункты 7, 8.

⁵⁴ См. Просьба от 18 мая 2011 года.

⁵⁵ См. Оспариваемое решение, пункт 41.

⁵⁶ Факт наличия многих правовых неопределенностей в связи со статьей 17 также был признан составителями Римского статута, см. J. T. Holmes, Complementarity: National Courts versus the ICC, in: A. Cassese, СТР. Gaeta, J. R.W.D. Jones (ed.) *The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary, Volume 1* (Oxford, 2002), p. 672.

вопроса об определении «дела» и вынесение решения по этому определению. Однако Палата не запросила конкретных представлений по таким центральным вопросам как определение «расследования» и «уголовного преследования», стандарт доказательств и то, какие доказательства необходимы для соблюдения критерия бремени доказывания, хотя заявитель просил провести слушание по этим вопросам, и Палате тем самым было известно о необходимости руководящих указаний.⁵⁷ Однако в Оспариваемом решении Палата, как представляется, применила высокий порог бремени доказывания и жесткий подход к определению «расследования».

26. Палата предварительного производства не рассмотрела вопрос о том, не следовало ли ей сделать какие-либо дополнительные процессуальные шаги, чтобы пролить свет на ситуацию с доказательствами. В трех приложениях, которые были сочтены имеющими отношение к делу, заявитель указывал, что недавно был отдан приказ о проведении расследования или что расследование уже ведется.⁵⁸ Пункт 2 правила 58 Правил процедуры и доказывания наделяет Палату полномочиями принимать все необходимые меры, в том числе запрашивать дополнительную информацию или продлевать срок, чтобы у государства была возможность представить дополнительные материалы. В конкретном контексте рассматриваемого дела Палате предварительного производства следовало надлежащим образом подумать над использованием таких полномочий. Кроме того, хотя остальные 26 приложений могли и не иметь отношения к первому элементу решения о приемлемости дела к производству, они, возможно, имели отношение ко второму элементу вывода о приемлемости.

27. Хотя в настоящем Особом мнении нет нужды давать определение «расследования» и «уголовного преследования», следует высказать предостережение в связи с пониманием терминов «расследование» и «уголовное преследование». Термины, используемые в вариантах Статута на разных официальных языках, как представляется, также различаются в своем значении, в особенности в том что касается различия между расследованием и

⁵⁷ См. выше, пункты 11, 12.

⁵⁸ См. выше, пункты 8, 12.

уголовным преследованием. Это не удивительно, учитывая то, что эти термины основаны на традициях в области уголовного права тех стран, в которых используются эти официальные языки. Существуют значительные различия, например, не только между системами общего права и гражданского права, но и между различными национальными юрисдикциями, принадлежащими к одной и той же традиции.⁵⁹ Для вынесения решения о том, действительно ли государство ведет расследование дела или возбудило по нему уголовное преследование, Палате потребуется разобраться в национальной системе уголовного правосудия соответствующего государства и получить документацию о ней.⁶⁰ Любой стандарт доказательств и их оценка в этом плане должны быть основаны на том принципе, что к государствам следует подходить на основе равных или схожих стандартов. В этом контексте также важно упомянуть различие между «бездействием» в качестве первого элемента вынесения определения в отношении приемлемости дела к производству и «нежеланием» или «неспособностью» в качестве его второго элемента.⁶¹ Составители Статута договорились установить высокий порог, выработав в пунктах 2 и 3 статьи 17 правовые и фактические требования в отношении нежелания и неспособности. Суду не следует обходить этот порог, создаваемый нежеланием или неспособностью, требуя от государства доказать, например, наличие полномасштабного расследования по делу или возбуждения уголовного преследования по нему, чтобы установить отсутствие ситуации бездействия. При вынесении таких толкований важно придерживаться духа Статута.

28. Возвращаясь к рассматриваемому делу, можно также заключить, что Палата предварительного производства, сопоставляя различные интересы, связанные с данным вопросом, не придавала достаточного значения суверенным правам Кении. В частности, Палата предварительного производства не учла то,

⁵⁹ См. D. Turns, “National Implementation of the Rome Statute”, in: D. McGoldrick, CTP. Rowe, E. Donnelly (eds), *The Permanent International Criminal Court. Legal and Policy Issues* (Oxford, 2004), p. 337, at p. 387, где рассматриваются различия в осуществлении странами Римского статута на основе различных правовых систем; см. также M. Benzling, *The Complementarity Regime of the ICC*, Max Planck Yearbook of United Nations Law, volume 7, 2003, p. 591, at p. 602.

⁶⁰ См. также J. T. Holmes in: R. S. Lee (ed.), *The International Criminal Court: The Making of the Rome Statute*, (Kluwer Law International, 1999), p. 65, где указано, что структура правоприменительных ведомств в уголовной сфере в разных странах различается, и их функции могут быть различными.

⁶¹ См. выше, пункт 19.

что дополняемость предполагает, что в ходе разбирательства по вопросу о приемлемости Кения могла начать следственные действия или возбудить уголовное преследование⁶² и что Палата предварительного производства правомочна адаптировать разбирательство по вопросу о приемлемости к таким изменяющимся обстоятельствам. В представлениях заявителя ничто не свидетельствует о том, что заявитель действовал недобросовестно, заявляя, что он намерен провести расследования в Кении. И ничто в Оспариваемом решении не свидетельствует о том, рассматривала ли Палата предварительного производства вопрос об оказании заявителю содействия путем запроса дополнительной информации или ожидания дополнительных доказательств в отношении начала расследований. Вместо этого Палата предварительного производства сосредоточила внимание исключительно на отсутствии расследования «дела» в период между подачей Возражения в отношении приемлемости дела к производству и Возражения от 16 мая 2011 года. Возражение в отношении приемлемости дела к производству было отклонено через восемь недель после его представления. Период между внесением решения о вызове в Суд соответствующих лиц и Оспариваемым решением не достиг даже трех месяцев. Заявитель представил план в отношении того, как он будет продолжать расследования. В нем было указано, что для того, чтобы привести дополнительные доказательства проведения текущих расследований, потребуется максимум несколько месяцев. В Оспариваемом решении Палата предварительного производства лишь коснулась соответствующих представлений заявителя. Гораздо важнее, правда, то, что Палата предварительного производства не рассмотрела этот вопрос в полном объеме в свете того факта, что Кения в течение короткого срока достигнет уровня расследования, который удовлетворит требованиям Палаты предварительного производства. Тем самым Палата предварительного производства превратно поняла права заявителя в ходе разбирательства по вопросу о приемлемости, а также свои собственные полномочия и обязанности, т.е. права и обязанности в отношении рассмотрения таких факторов, предусмотренные пунктом 2 правила 58 Правил процедуры и доказывания.

⁶² См. выше, пункты 20, 21.

29. Главным соображением Палаты предварительного производства была необходимость быстрого проведения разбирательства. Однако Палата предварительного производства не пояснила, почему это было так или почему от этого зависела эффективность разбирательства в Суде. Ни в статье 19 Статута, ни в правиле 58 Правил процедуры и доказывания термин «быстрое» непосредственно не употребляется. Уголовное производство в Палате предварительного производства на момент разбирательства по вопросу о приемлемости дела к производству находилось на очень ранней стадии. Подозреваемые не находились под стражей, поскольку Палата предварительного производства отдала приказы о явке в Суд. Нельзя также сказать, что решение Палаты предварительного производства о некотором продлении разбирательства по вопросу о приемлемости ущемило бы право подозреваемых быть судимыми без неоправданной задержки (подпункт с) пункта 1 статьи 67 Статута). Наконец, поскольку конфликт в Кении не был текущим, воздействие разбирательства по вопросу о приемлемости на расследование, проводимое Прокурором, которое в соответствии с пунктом 7 статьи 19 Статута на время такого разбирательства приостанавливается, было, вероятно, ограниченным. Поэтому приходится сделать вывод о том, что в осуществлении Палатой предварительного производства ее свободы усмотрения быстроте была отведена неоправданная роль и придано чрезмерное значение, в особенности по сравнению с суверенным правом заявителя самому провести расследование и возбудить уголовное преследование по делу.

III. ВЫВОД

30. В заключение, я считаю, что при осуществлении своей свободы усмотрения на основании пункта 2 правила 58 Правил процедуры и доказывания Палата предварительного производства не учла в полной мере суверенные права Кении и принцип дополняемости. Вместо этого Палата, исходя из своего понимания того, что представляет собой «дело» по смыслу подпункта а) пункта 1 статьи 17 Статута, придала слишком большое значение соображениям быстроты разбирательства. Наконец, несмотря на просьбы и представления заявителя, Палата предварительного производства не придала достаточного значения тому факту, что она рассматривала первое возражение в отношении приемлемости дела к производству, представленное государством, и

что многие правовые вопросы ранее в судебной практике Суда не рассматривались. Поэтому Палата предварительного производства не смогла надлежащим образом сбалансированно учесть различные упомянутые факторы при определении процедуры, применимой в соответствии с пунктом 2 правила 58 Правил процедуры и доказывания. Это упущение стало причиной злоупотребления свободой усмотрения.

31. Поскольку невозможно сказать, какое решение Палата предварительного производства вынесла бы по Возражению в отношении приемлемости дела к производству, если бы она не совершила эту процессуальную ошибку, данная ошибка оказала существенное влияние на Оспариваемое решение. Поэтому я считаю, что Оспариваемое решение следует отменить. На мой взгляд, Палата предварительного производства должна повторно рассмотреть Возражение в отношении приемлемости дела к производству и связанные с ним вопросы, проведя разбирательство таким образом, чтобы полностью сбалансировать все соответствующие интересы, как того требует принцип дополняемости.

32. Поскольку Оспариваемое решение следует отменить, нет необходимости более подробно останавливаться на других предположительных ошибках, на которые указывает заявитель. Кроме того, если бы Палата предварительного производства надлежащим образом осуществила свою свободу усмотрения, она, возможно, пришла бы к иным выводам относительно всех или некоторых правовых вопросов и вопросов, касающихся доказательств. Поэтому, согласно настоящему Особому мнению, Палате предварительного производства пришлось бы вновь рассмотреть эти вопросы в процессе повторного рассмотрения Возражения в отношении приемлемости дела к производству.

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

[подпись]

20 сентября 2011 года

Гаага, Нидерланды