

ОТДЕЛЬНОЕ МНЕНИЕ СУДЬИ ПЕТЕРА КОВАЧА

1. Я разделяю мнение большинства о том, что на основании имеющейся информации, представленной Палате, наличествуют разумные основания для возбуждения расследования ситуации в Грузии. Тем не менее, я не могу согласиться с большинством в том, как оно подошло к принятию столь важного решения, которое может иметь последствия для Суда в будущем. С сожалением отмечаю, что Решение большинства (далее «Решение большинства» или «Решение») не является настолько убедительным, насколько можно было ожидать. Я не стану комментировать вопросы, связанные с формой представления, и вместо этого сосредоточусь на более важной составляющей, касающейся существа Решения как с фактической, так и с юридической стороны. В этом отношении я буду рассматривать только те вызывающие основные разногласия вопросы, связанные с логикой большинства, которые я считаю фундаментальными.
2. Мои основные опасения связаны с тремя ключевыми пунктами: во-первых, охват и *ratio* процедуры на основании статьи 15 и предусмотренная для Палаты предварительного производства роль, во-вторых, охват оценки юрисдикции и, в частности, юрисдикции *ratione materiae* и, наконец, охват оценки приемлемости к производству, проведенной в Решении большинства.

I. Охват процедуры на основании статьи 15

3. По первому пункту я считаю, что в своей общей оценке большинство могло не обратить внимания на характер процедуры на основании статьи 15 и предусмотренную для Палаты предварительного производства роль. В пункте 3 Решения большинство признало, что «объектом и целью» процедуры на основании статьи 15 является «обеспечение судебного контроля над применением Прокурором своих полномочий *proprio motu* на возбуждение расследования, когда государство-участник или Совет Безопасности ООН не

передавали соответствующий вопрос на рассмотрение Прокурору»¹. Далее большинство утверждало, что «обязательное рассмотрение Палатой предварительного производства просьбы Прокурора о предоставлении санкции на возбуждение расследования *proprio motu* не преследует никакой иной цели, кроме предотвращения превышения Прокурором своих полномочий»². Эти ссылки вполне корректны. Но меня удивляет сделанное большинством на основании этих утверждений заключение о том, что «[С] учетом настоящего процедурного этапа и предмета рассмотрения изучение Палатой этой Просьбы и подкрепляющих материалов, представленных Прокурором, должно быть строго ограниченным»³.

4. Мне несколько сложно согласовать эти утверждения друг с другом. Я не могу понять, как Палата может предотвратить «превышение Прокурором своих полномочий», если ее надзорная функция является «строго ограниченной», как полагает большинство. Более того, если большинство также считает, что «объектом и целью» процедуры на основании статьи 15 является «обеспечение судебного контроля над применением Прокурором» ее полномочий *proprio motu* «на возбуждение расследования», то заключение о том, что проводимое Палатой изучение «должно быть строго ограниченным», является нелогичным.
5. Помимо этого, мне непонятно, из какой части пункта 4 статьи 15 Римского статута (далее «Статут») вытекает это (само-)ограничение: напротив, в соответствии с пунктом 4 статьи 15 Статута, Палата, изучив просьбу и подкрепляющие ее материалы, обязана вынести собственное заключение о том, имеются ли разумные основания для возбуждения расследования (о чем свидетельствует формулировка «Если Палата предварительного производства [...] сочтет, что имеются разумные основания для возбуждения расследования [...]»). Это подкрепляется наличием у Прокурора в соответствии с пунктом 3

¹ Решение большинства, пункт 3.

² Решение большинства, пункт 3.

³ Решение большинства, пункт 3.

статьи 15 Статута обязанности предоставлять Палате на изучение «любые собранные подкрепляющие материалы». В чем могла бы состоять логика такой обязанности, если бы Палата предварительного заключения должна была проводить «строго ограниченное» рассмотрение Просьбы Прокурора? Глубина изучения Палатой дополнительно подкрепляется пунктом 4 правила 50 Правил процедуры и доказывания и предоставляемыми этим пунктом Палате полномочиями запрашивать дополнительную информацию у Прокурора и у любого из потерпевших, подавших представление.

6. Я считаю, что «судебный контроль», будь то на этапе, предусмотренном статьей 15, или на последующем этапе разбирательств, не является бессодержательным термином. Судебный контроль не сводится к автоматическому одобрению того, что представляет Прокурор. Он предполагает «[ПЕРЕВОД] независимое судебное исследование»⁴ представленных материалов, а также выводов Прокурора на предмет того, что имеются разумные основания для возбуждения расследования. Этот процесс требует полного и надлежащего изучения подкрепляющих материалов, на которые опирается Прокурор, в целях соблюдения положений пункта 4 статьи 15 в сочетании с положениями подпунктов (а)-(с) пункта 1 статьи 53 Статута, а также представлений от потерпевших, упомянутых в пункте 3 статьи 15 Статута. Если утверждать иное, то это будет означать, что Палата предварительного производства не будет осуществлять того, что большинство называет «судебным контролем». Кроме того, таким образом Палата предварительного производства не сможет предотвратить злоупотребление Прокурором своими полномочиями.

7. К сожалению, в своем Решении большинство выбрало это направление. Очевидно, что большинство предпочло в недостаточной, по моему мнению, мере изучить правовые нормы и факты, потому что оно, как представляется,

⁴ Словарь Cobuild Collins Dictionary (в Интернете), доступен по адресу: <http://dictionary.reverso.net/english-cobuild/judicial%20control%20of%20general%20terms%20and%20conditions> (дата последнего просмотра: 24 января 2016 года).

пренебрегает неотъемлемыми элементами и того, и другого, что будет описано в нижеследующих пунктах. Таким образом, Решение большинства создает такое впечатление, как будто специфика процедуры, проводимой на основании статьи 15, или ее чувствительный и уникальный характер не были приняты во внимание.

8. Те, кто изучал историю разработки различных механизмов задействования Суда, хорошо знают, что внедрение процессуального режима, предоставляющего Прокурору первого постоянного судебного органа международного уголовного правосудия полномочия на возбуждение расследований *ex officio*, вызывало крайне ожесточенные споры в ходе переговоров.
9. По моим воспоминаниям, когда идея наделения Прокурора такими полномочиями в отсутствие заявления со стороны какого-либо государства была впервые выдвинута одним из членов Комиссии международного права (далее «КМП») в ходе подготовки в 1994 году проекта устава международного уголовного суда (далее «Проект КМП 1994 года»), она встретила заметное сопротивление со стороны членов рабочей группы КМП, потому что они сочли, что международное сообщество еще не готово предоставить свободу действий мировому Прокурору. Считалось, что «расследование и уголовное преследование преступлений, охватываемых [проектом 1994 года] уставом, не должны осуществляться без поддержки со стороны какого-либо государства или Совета Безопасности, по крайней мере не на нынешней стадии развития международно-правовой системы» (выделение добавлено)⁵.
10. Работа над этой идеей получила некоторое ускорение после того, как годом позже, в 1995 году, она вновь была выдвинута в Специальном комитете в ходе переговоров о различных механизмах задействования и, в частности, о содержащейся в подготовленном КМП в 1994 году проекте статье 25,

⁵ Ежегодник Комиссии международного права (1994 год), том 2, часть 2, комментарий к статье 25, стр. 48.

регулирующей «заявления» и полномочия Прокурора. Но даже тогда существовал очевидный раскол во мнениях о необходимости расширения роли Прокурора в отношении возбуждения расследований *ex officio*⁶. Этот раскол сохранился в Подготовительном комитете и на Римской конференции из-за того, что государства опасались политизации Суда в случае предоставления Прокурору чрезмерных полномочий, что могло бы привести к злоупотреблениям⁷. До тех пор, пока Аргентина и Германия в 1998 году не выдвинули предложение о введении «судебного контроля» над полномочиями Прокурора по возбуждению расследований *proprio motu*, эта идея не получила поддержки. В действительности, это предложение стало решающим фактором того, что государства согласовали нынешний текст статьи 15 Статута⁸. В самом деле, следует подчеркнуть, что в Риме не удалось бы достичь никаких договоренностей по статье 15 Статута, если бы не было предложения о проведении «судебного контроля» до возбуждения расследований. Наличие обязательного судебного контроля считалось условием *sine qua non* для того, чтобы поддержать идею предоставления Прокурору полномочий *proprio motu*. Большая часть этих фактов также была признана и подробно описана большинством в Палате предварительного производства II в первом для Суда решении от 31 марта 2010 года о предоставлении Прокурору санкции на

⁶ Доклад Специального комитета по вопросу об учреждении международного уголовного суда, официальные документы ГА ООН, 50-я сессия, дополнение №22, документ ООН A/50/22 (1995 год), пункты 113-114.

⁷ Доклад Подготовительного комитета по вопросу об учреждении международного уголовного суда, официальные документы ГА ООН, 51-я сессия, том 1, дополнение № 22, документ ООН A/51/22 (1996 год), пункты 149-151; также о Римской конференции, см. документ ООН A/CONF.183/SR.7, пункт 88 (Нигерия); Документ ООН A/CONF.183/C1/SR.9, пункты 82-83 (Иран), 92 (Кения), 98 (Йемен), 99 (Ирак), 103 (Индонезия), 105 (Индия), 111-112 (Израиль), 117 (Ливия), 118 (Куба), 119 (Египет), 123 (Саудовская Аравия), 125-130 (Соединенные Штаты Америки), 133 (Российская Федерация); Документ ООН A/CONF.183/C1/SR.9, пункты 6 (Нигерия), 9 (Китай), 29 (Тунис), 30 (Алжир), 37 (Турция), 38 (Япония), 39 (Объединенные Арабские Эмираты), 40 (Пакистан), 47 (Бангладеш); Документ ООН A/CONF.183/C1/SR.9.

⁸ Выдвинутое Аргентиной и Германией предложение в отношении статьи 46 об информации, представленной Прокурору, документ ООН A/AC.249/1998/WG.4/DP.35 (1998 год).

возбуждение расследования ситуации в Республике Кения⁹. Кроме того, эти факты были осмыслены и воплощены в конкретных действиях этой Палатой путем проведения тщательного судебного контроля перед предоставлением Прокурору санкции на возбуждение расследования ситуации в Кении¹⁰. Тем же подходом руководствовались большинство в Палате предварительного производства III, когда она вынесла решение о санкции на возбуждение расследования 3 октября 2011 года. Очевидно, что в настоящем Решении большинство отступает от этих устоявшихся прецедентов, при этом не предлагая каких-либо обоснований для этого отступления.

11. Степень серьезности проводимого Палатой предварительного производства изучения не должна зависеть от этапа разбирательства, в противоположность тому, на что указывает Решение большинства. Ранние этапы разбирательства не являются основанием для поверхностной оценки. Они лишь означают, что оценка должна проводиться в соответствии с *низким процессуальным стандартом* («разумные основания для возбуждения расследования») и *низким стандартом доказывания* («разумные основания полагать») на основании просьбы, имеющихся материалов и представлений от потерпевших. Тем не менее, такая оценка должна проводиться *тщательно* и решение должно показывать тщательность оценки, проведенной Палатой. Конечно, по причине

⁹ Палата предварительного производства II, решение о предоставлении санкции на возбуждение расследования ситуации в Кении (далее «[Решение о санкциях в связи с ситуацией в Кении](#)»), 31 марта 2010 года, ICC-01/09-19-Corr, пункты 17-18; см. также Палата предварительного производства III, исправление к решению, вынесенному на основании статьи 15 Римского статута, о предоставлении санкции на возбуждение расследования ситуации в Республике Кот-д'Ивуар (далее «[Решение о санкциях в связи с ситуацией в Кот-д'Ивуаре](#)»), 15 ноября 2011 года, ICC-02/11-14-Corr, пункт 21 и сноска 26 к нему (с описанием фундаментальной цели проводимой на основании статьи 15 процедуры, заключающейся в «[ПЕРЕВОД] предотвращении неоправданных, необоснованных или политически мотивированных расследований»).

¹⁰ Даже Ханс-Петер Кауль, выразивший тогда особое мнение, придерживался идеи проведения надлежащего судебного контроля при вынесении решения в отношении просьбы Прокурора, поданной на основании статьи 15 Статута, что показывает тот факт, что он считал, что просьба Прокурора о предоставлении санкции на возбуждение расследования ситуации в Республике Кения должна быть отклонена по причине отсутствия юрисдикции *ratione materiae*, см. Палата предварительного производства II, [решение о санкциях в связи с ситуацией в Кении](#), стр. 84-163.

низкого порога доказывания, такое изучение не позволит сделать неоспоримые выводы, что означает, что в контексте Просьбы Прокурора представленные материалы «[ПЕРЕВОД] не обязательно должны указывать только на одно заключение»¹¹ и они не должны быть неоспоримыми¹². С практической точки зрения это означает, что если факты трудно установить или они являются неоднозначными, или имеющиеся сведения противоречивы, то расследование должно быть возбуждено, чтобы проверить эти сведения, а не *vice versa*¹³.

12. В заключение я отмечаю, что я не думаю, что роль Палаты предварительного производства на этапе, который проводится в соответствии со статьей 15, заключается лишь в том, чтобы сделать *общий* вывод *prima facie* или поверхностную оценку, на что указывает логика большинства. Напротив, я считаю, что роль Палаты предварительного производства этим не ограничивается. Помимо проведения тщательной оценки Палата предварительного производства должна вынести четкое и достаточно обоснованное решение¹⁴, в котором будет дан полный обзор соответствующих фактов и применимых норм права, чтобы проявить прозрачность судебного процесса и гарантировать значительную степень убедительности. К сожалению, в своем Решении большинство не разделяет этого подхода.

¹¹ [Решение о санкциях в связи с ситуацией в Кении](#), ICC-01/09-19-Corr, пункт 34.

¹² [Решение о санкциях в связи с ситуацией в Кот-д'Ивуар](#), ICC-02/11-14-Corr, пункт 24.

¹³ Палата предварительного производства I, решение по ходатайству Союза Коморских Островов о пересмотре решения Прокурора об отказе в возбуждении расследования (далее «[Решение по ходатайству Коморских островов](#)»), 16 июля 2015 года, ICC-01/13-34, пункт 13.

¹⁴ См. *inter alia*, Апелляционная палата, [решение по апелляции г-на Лорана Куду Гбагбо в отношении решения Палаты предварительного производства I, озаглавленного «Решение по ходатайству о временном освобождении из-под стражи Лорана Куду Гбагбо»](#), 26 октября 2012 года, ICC-02/11-01/11-278-Red (OA), пункт 49; *ibid.*, [решение по апелляции г-на Томы Лубанги Дьило в отношении решения Палаты предварительного производства I, озаглавленного «Решение по ходатайству о временном освобождении из-под стражи Томы Лубанги Дьило»](#), 13 февраля 2007 года, ICC-01/04-01/06-824 (OA7), пункт 124.

II. Охват оценки юрисдикции *ratione materiae*

13. Прежде чем я перейду ко второму пункту, по которому логика большинства вызывает у меня опасения, т.е. к охвату оценки юрисдикции *ratione materiae*, я хочу кратко изложить мое понимание историко-политического контекста данного конфликта, что обеспечит необходимую исходную информацию для этой дискуссии и объяснит, какие далеко идущие последствия может иметь такое решение для сотрудничества с непосредственно вовлеченными государствами.

Трагические события в ходе вооруженного конфликта в 2008 году произошли на территории государства, которое вновь обрело свою независимость¹⁵ после того, как оно было частью более крупного образования, а именно царской Российской Империи, а затем Советского Союза в течение прошлого века. При советской власти была установлена сложная конституционная система, состоявшая в теории из «суверенных» государств-членов Советского Союза, которые назывались Советскими Социалистическими Республиками (далее «ССР»), автономными республиками и автономными областями и округами в составе некоторых ССР. Эта кажущаяся децентрализованной система «уравновешивалась» особым положением коммунистической партии в советском режиме. «Автономные» образования обладали «квазигосударственными» структурами, включая административный аппарат и внешние представительства. В Грузинской ССР такими «автономными» образованиями были Абхазия, Аджария, а также Южная Осетия¹⁶.

¹⁵ См. также доклад Независимой международной миссии по установлению фактов в связи с конфликтом в Грузии, том I (далее «НММУФКГ, том I»), приложение E.2.35, пункты 4-7. Для удобства в справочных целях ссылки на официальные документы Суда приводятся в соответствии с номерами страниц, указанными в коде в правом верхнем углу на каждой странице в этих документах. Кроме того, все приложения, упомянутые в настоящем отдельном мнении без указания полного номера документа, являются приложениями к [Просьбе](#) Прокурора от 17 ноября 2015 года, ICC-01/15-4-Corr2.

¹⁶ См. также доклад Независимой международной миссии по установлению фактов в связи с конфликтом в Грузии, том II (далее «НММУФКГ, том II»), приложение E.2.36, стр. 15.

14. После распада СССР новые независимые государства часто сталкивались с проблемой правовой преемственности и обоснованности существования автономий. Что касается Южной Осетии, то ее требования о расширении полномочий были отвергнуты. Более того, была ликвидирована сама автономная структура. Южная Осетия отреагировала на это выходом из состава Грузии¹⁷, который не был признан ни Грузией, ни большинством государств-членов Организации Объединенных Наций. Но к числу немногих государств, которые признали Южную Осетию, относится Россия¹⁸.
15. После того, как в Грузии в 1990-е годы начались насильственные столкновения, в ситуацию вмешались российские вооруженные силы и международное сообщество также почувствовало, что оно должно взять на себя определенную ответственность. К ситуации подключилась Организация по безопасности и сотрудничеству в Европе (ОБСЕ), которая попыталась наладить *modus vivendi* и направляла миссии по установлению фактов, а также вела мониторинг деятельности специальных смешанных сил по поддержанию мира, которые уже действовали на основании Сочинского соглашения от 1992 года¹⁹, заключенного между Грузией и Россией.
16. Краткий обзор этих событий и исторических, конституционных и политических составляющих все-таки полезен для понимания того, почему обладающая де-юре полномочиями Грузия не обладает де-факто властью над Южной Осетией и почему грузинские расследования могут быть остановлены на «границе» Южной Осетии. Это также может помочь понять, почему российские расследования натолкнулись на препятствия на грузинской территории, находящейся под эффективным контролем и управлением правительства Грузии, и почему де-факто власти Южной Осетии и де-юре власти Грузии не сотрудничали по вопросам, касающимся уголовного

¹⁷ См. также доклад организации «Хьюман райтс вотч», приложение E.4.10, стр. 23-24.

¹⁸ См. также доклад организации «Эмнести интернэшнл», приложение E.4.3, стр. 9.

¹⁹ НММУФКГ, том I, приложение E.2.35, пункт 6.

преследования. Важно также понимать, что в ситуации *sub judice* присутствовали российские войсковые части, находившиеся в составе смешанных сил по поддержанию мира, но там также присутствовали не относившиеся к ним иные российские подразделения. То же можно сказать о грузинских войсковых частях: некоторые из них находились в составе смешанных сил по поддержанию мира, тогда как другие относились только к сухопутным войскам Грузии.

17. В связи с оценкой юрисдикции *ratione materiae* я соглашаюсь с заключением большинства о том, что, как представляется, в ситуации в Грузии были совершены преступления против человечности, такие как убийства, насильственное перемещение населения и преследования, предусмотренные подпунктами (a), (d) и (h) пункта 1 статьи 7 Статута, и военные преступления, такие как умышленные убийства, умышленное нанесение ударов по персоналу сил по поддержанию мира, уничтожение имущества и разграбление, предусмотренные подпунктами (a) (i), (b) (iii), (b) (xiii) и (b) (xvi) пункта 2 статьи 8 Статута. Но я бы предпочел, если бы большинство, как поступили действовавшие ранее палаты предварительного производства²⁰, более четко описало те факты, на которых основывается заключение Палаты в отношении этих преступлений.

18. Я сожалею, что большинство, например, не описало, где и кто уничтожил имущество и разграбил ценности²¹. Я считаю, что эти подробности чрезвычайно важны, поскольку они дали мне более детализированное представление о подвергшемся нападениям населении и предполагаемом

²⁰ См. комплексный анализ ситуации в Кении, проведенный Палатой предварительного производства II, и комплексный анализ ситуации в Кот-д'Ивуар, проведенный Палатой предварительного производства III.

²¹ В пункте 20 своего Решения большинство использует собирательную фразу о «систематическом уничтожении домов грузинских жителей, использовании грузовиков для вывоза награбленного имущества и привлечении местных проводников для выявления конкретных целей», при этом не описывая конкретную ситуацию, какой она видится по подкрепляющим материалам.

участии различных субъектов в то время²². Более того, в связи с уничтожением имущества большинство ограничились упоминанием об уничтожении домов гражданского населения, тогда как имеющиеся материалы указывают на то, что ряд образовательных учреждений, исторических памятников и больниц был уничтожен как грузинскими, так и российскими вооруженными силами²³. Определение таких различий является важным, поскольку эти объекты пользуются защитой в соответствии с подпунктом (b) (ix) пункта 2 статьи 8 Статута, что можно было должным образом охарактеризовать²⁴. Наконец, мне также хотелось бы, чтобы большинство (i) более точно описало факты, касающиеся предполагаемых нападений, совершенных грузинскими и

²² Например, имеющиеся сообщения указывают на то, что южные осетины также подвергались преследованиям в общинах, где осетины и грузины жили бок о бок, или домашних хозяйствах, принадлежащих этнически смешанным семьям, см. доклад организации «Хьюман райтс вотч», приложение E.4.10, стр. 150-154. Кроме того, сообщения об эпизодах уничтожения имущества и разграблений, совершенных российскими силами, указывают на значительные расхождения в заявлениях очевидцев, о чем в общих чертах пишет большинство в пункте 23 своего Решения.

²³ Например, сообщается, что центральная республиканская больница Южной Осетии в Цхинвали была существенно повреждена ракетами «Град» в ходе наступления грузинских сил на этот город с 7 по 9 августа 2008 года, см. доклад организации «Хьюман райтс вотч», приложение E.4.10, стр. 49. Имеется также информация о том, что 13 августа 2008 года российские вооруженные силы наносили удары по военному госпиталю в Гори, крыша которого была четко обозначена красным крестом, см. доклад организации «Хьюман райтс вотч», приложение E.4.10, стр. 102; НММУФКГ, том II, приложение E.2.36, стр. 336. Кроме того, как грузинская, так и от российской стороны сообщали об уничтоженных культурных памятниках, таких как уникальные памятники в южноосетинских общинах и церкви в краю Шида-Картли, см. НММУФКГ, том II, приложение E.2.36, стр. 341-343; Отчет Миссии по оценке положения в области прав человека (МОПЧ) Бюро по демократическим институтам и правам человека ОБСЕ (далее «отчет ОБСЕ»), приложение E.2.38-Corr, стр. 43. Эти объекты пользуются защитой в соответствии с конкретным положением подпункта (b) (ix) пункта 2 статьи 8 Статута, что должно было быть надлежащим образом охарактеризовано с юридической точки зрения.

²⁴ Я учитываю упоминания в представленных материалах о том, что масштабы ущерба и факты, касающиеся обстоятельств военных операций, в ходе которых подверглись ударам указанные пользующиеся защитой объекты, подлежат проверке, см. НММУФКГ, том II, приложение E.2.36, стр. 343; Отчет ОБСЕ, приложение E.2.38-Corr, стр. 43 (с предупреждением о том, что утверждения об уничтожении культурных памятников XIV века в Дисеви не удалось проверить). Но, учитывая характер текущего разбирательства и низкий порог доказывания, применимый на данном этапе, а также то обстоятельство, что уничтоженный госпиталь был в любом случае четко обозначен как пользующееся защитой здание, я считаю, что подкрепляющих материалов достаточно, чтобы логически заключить, что военное преступление в виде нанесения ударов по пользующимся защитой объектам, предусмотренное в подпункте (b) (ix) пункта 2 статьи 8 Статута, было совершено в контексте международного вооруженного конфликта.

российскими силами по поддержанию мира, поскольку вопрос о том, утратили ли эти силы свой защитный статус во время нападения, является крайне спорным, что показывают имеющиеся сведения и документация, и (ii) объяснило, почему оно считает, что миссия по поддержанию мира, созданная на основании Сочинского соглашения, является миссией по поддержанию мира «в соответствии с Уставом Организации Объединенных Наций» по смыслу подпункта (b) (iii) пункта 2 статьи 8 Статута. Отмечаю, что я не оспариваю последний факт, но для читателя он не является в достаточной мере очевидным.

19. Но данная тема не ограничивается упрощенным представлением фактов и норм права. Как я отметил в начале, тема *sub judice* связана с тем, как большинство понимает свои предусмотренные Статутом обязанности в рамках проводимой на основании статьи 15 процедуры. Она предполагает независимую и объективную оценку фактов, содержащихся в подкрепляющих материалах, рассматриваемых вместе с представлениями от потерпевших²⁵, для того, чтобы Палата вынесла *собственные* заключения в отношении Просьбы, поданной Прокурором. Это еще более важно потому, что применявшаяся Прокурором методика оценки фактов иногда была непоследовательной и необъективной.

20. В ответ большинство заявило, что Палата «не пыталась исправить проведенную Прокурором в соответствии с пунктом 3 статьи 15 Статута оценку», поскольку «это выходило бы за рамки мандата Палаты, предусмотренного пунктом 4 статьи 15 Статута». Большинство даже считает, что было бы «излишне и нецелесообразно» «не ограничиться представленными в Просьбе документами и попытаться исправить какую-либо возможную ошибку Прокурора»²⁶. В отличие от заключения, сделанного моими коллегами, я считаю, что не только «необходимо», но и также «целесообразно» не ограничиваться

²⁵ Пункт 3 (второе предложение) статьи 15 Статута.

²⁶ Решение большинства, пункт 35.

представлениями Прокурора, иначе Палата согласилась бы автоматически с представлениями Прокурора. Я считаю, что в соответствии с процедурой, проводимой на основании статьи 15, Палата обязана вынести собственные заключения на предмет того, обоснованно ли возбуждение расследования или нет, а не только изучить заключения Прокурора. Кроме того, Палата должна даже на этом раннем этапе судебного разбирательства описать ситуацию так, чтобы она соответствовала «действительности» на местах настолько, насколько это возможно.

21. Точнее говоря, это самоограничение достигает критической точки, когда большинство оценивает заключения Прокурора в отношении преступлений в виде неизбирательных или несоразмерных нападений и изнасилований или сексуального насилия²⁷. Ссылаясь на «неизбежные сложности», «ограниченную информацию», противоречия и отсутствие подтверждений от заслуживающих доверия третьих сторон, Прокурор заключает, что она не может вынести определение в соответствии с требуемым стандартом²⁸. Большинство, в

²⁷ В этом контексте я отмечаю, что Прокурор рассматривает эпизоды произвольного содержания под стражей при обсуждении контекстуальной составляющей «нападения» по смыслу подпункта (а) пункта 2 статьи 7 Статута, но она утверждает, что воздерживается от того, чтобы занять конкретную позицию, поскольку информация является слишком ограниченной для того, чтобы установить связь между такими деяниями и контекстом преступлений против человечности, см. [Просьба](#), пункт 230. В своем Решении большинство далее не обсуждает это заключение. Ниже я объясню подробнее, почему я считаю, что этой информации достаточно, чтобы логически заключить, что, как представляется, эпизоды лишения физической свободы или незаконного лишения свободы имели место.

²⁸ В связи с преступлениями в виде неизбирательных или несоразмерных нападений Прокурор считает, что, поскольку имеющаяся информация является ограниченной, она не может на данном этапе определить, были ли неизбирательные и несоразмерные нападения совершены грузинской армией или российскими вооруженными силами, см. [Просьба](#), пункты 197 и 208. В связи с сообщениями об эпизодах изнасилований или сексуального насилия Прокурор утверждает, что имеющаяся информация о сексуальном насилии является «[ПЕРЕВОД] слишком ограниченной, в особенности в том, что касается подозреваемых, и недостаточной для определения того, были ли упомянутые в сообщениях эпизоды совершены в рамках нападения на гражданское население или они представляли собой отдельные и случайные действия», см. [Просьба](#), пункт 231. В связи с сообщениями о случаях произвольного задержания Прокурор утверждает, что «фактическая информация об обстоятельствах арестов и задержаний [] на настоящем этапе является ограниченной для того, чтобы установить связь между отдельными случаями произвольного задержания и нападением на гражданское население», см. [Просьба](#), пункт 230.

распоряжении которого находятся подкрепляющие материалы и представления от потерпевших, указывает, что «как представляется, Прокурор действительно придерживается слишком ограничительной трактовки», но воздерживается от того, чтобы исправить эту позицию, утверждая, что оно не может «исправить проведенную Прокурором оценку»²⁹.

22. Мне трудно понять подход большинства по двум следующим причинам: во-первых, я отмечаю непоследовательность методологии Прокурора в оценке некоторых из приведенных фактов. Хочу напомнить, что, столкнувшись с похожими сложностями при рассмотрении ударов по силам по поддержанию мира³⁰, Прокурор не воздержалась от вынесения заключений на предмет того, были ли совершены военные преступления. Я не вижу объяснений тому, почему нельзя следовать тому же подходу в отношении преступлений в виде неизбирательных нападений и изнасилований или сексуального насилия (или лишения физической свободы, с этой точки зрения).

23. Важно обеспечить, чтобы порог, предусмотренный в статьях 15 и 53 Статута, применялся *в равной мере* в отношении всех преступлений, подпадающих под юрисдикцию Суда, независимо от характера рассматриваемых предполагаемых преступлений. Если имеющаяся на данном предшествующем расследованию этапе информация, которая не должна быть «четкой, однозначной и непротиворечивой», позволяет делать разумные заключения о совершении преступлений, подпадающих под юрисдикцию Суда, то Прокурор должна возбудить расследование с целью преодоления любых недостатков и сомнений³¹. Сложность преступлений является еще более убедительным аргументом в пользу возбуждения расследования, которое

²⁹ Решение большинства, пункт 35.

³⁰ Прокурор утверждает, что стороны конфликта оспаривают факты в отношении предполагаемых ударов по силам по поддержанию мира и эти факты сопряжены с «[ПЕРЕВОД] неопределенностями, которые со временем нарастают», см. [Просьба](#), пункты 152-153 и 160.

³¹ [Решение по ходатайству Коморских островов](#), пункт 13.

позволит установить наличие элементов состава преступления. Большинство не отреагировало на эти проблемы.

24. Во-вторых, учитывая тот факт, что подкрепляющие материалы и представления от потерпевших были переданы Палате, чтобы она изучила соответствующие определения, содержащиеся в Просьбе Прокурора, я считаю, что было бы логично и важно, чтобы Палате ничто не мешало представить иную трактовку материалов, в особенности если Прокурор, как отмечается, «применяет к материалам такие требования, которые не могут быть разумно соблюдены в отсутствие расследования»³².

25. Как бы там ни было, я представляю мои выводы в отношении тех преступлений, по которым Прокурор предположительно не смогла вынести определение. Я также представляю мои выводы в отношении других преступлений, которые следуют из подкрепляющих материалов и представлений от потерпевших.

1. Неизбирательные и несоразмерные нападения

26. Информация в подкрепляющих материалах указывает на то, что в ходе массированного наступления 7-9 августа 2008 года на Цхинвали и близлежащие деревни, такие как Нижний Гуджабаури, Хетагурово, Тбети, Новый Тбети, Сарабуки, Дмениси и Мугути, грузинские вооруженные силы наносили неизбирательные и несоразмерные удары по гражданскому населению и объектам, таким как жилища гражданского населения, что привело к гибели людей и существенному ущербу³³. Грузинская армия предположительно использовала гаубицы калибра 122 мм, самоходные артиллерийские установки калибра 203 мм «Дана», танки и реактивные системы залпового огня «Град»³⁴. В частности, сообщалось, что грузинские вооруженные силы применяли

³² Решение большинства, пункт 35.

³³ Доклад организации «Эмнести интернэшнл», приложение E.4.3, стр. 25, 28-29; Доклад организации «Хьюман райтс вотч», приложение E.4.10, стр. 10, 48-53; Отчет ОБСЕ, приложение E.2.38-Corr, стр. 42.

³⁴ Доклад организации «Хьюман райтс вотч», приложение E.4.10, стр. 48; Доклад организации «Эмнести интернэшнл», приложение E.4.3, стр. 28.

реактивные системы залпового огня «Град» и кассетные боеприпасы³⁵, которые относятся к видам вооружений, которые, как считается, представляют особую опасность для лиц, не участвующих в боевых действиях, по причине их неизбирательного смертоносного действия³⁶. Жители Цхинвали сообщали, что грузинские силы стреляли «[ПЕРЕВОД] неуправляемыми ракетами» по плотно населенным районам города 7-9 августа 2008 года³⁷. Имеются многочисленные сообщения об уничтожении жилья гражданского населения и гибели гражданских лиц в результате этих обстрелов³⁸. Кроме того, некоторые из этих гражданских объектов предположительно использовались в качестве оборонительных позиций или иных пунктов южноосетинскими силами, включая нерегулярные ополчения³⁹.

27. Кроме того, в подкрепляющих материалах имеются указания на то, что в ходе наступления в период приблизительно с 8 по 12 августа 2008 года российские силы совершали неизбирательные и несоразмерные нападения с применением авиации, артиллерии и танков для нанесения огневых ударов по гражданскому населению и объектам, таким как жилье гражданского населения, которые привели к гибели людей и существенному ущербу⁴⁰. Российские самолеты бомбили населенные пункты и гражданские транспортные средства, уничтожая дома и нанося ранения гражданским лицам или убивая их. Например, 12 августа 2008 года российский самолет обстрелял ракетами С-8

³⁵ Имеются сообщения о применении кассетных боеприпасов, приведших к ранениям и гибели людей, в таких местах, как населенные пункты вдоль шоссе в направлении Джавы и в деревнях в районе Гори, но неясно, действительно ли грузинские силы наносили прицельные удары такими боеприпасами по гражданским лицам и гражданским объектам, см. доклад организации «Хьюман райтс вотч», приложение Е.4.10, стр. 71-76.

³⁶ НММУФКГ, том I, приложение Е.2.35, стр. 30; НММУФКГ, том II, приложение Е.2.36, стр. 346; Доклад организации «Хьюман райтс вотч», приложение Е.4.10, стр. 10.

³⁷ Отчет ОБСЕ, приложение Е.2.38-Corr, стр. 35.

³⁸ Отчет ОБСЕ, приложение Е.2.38-Corr, стр. 36; Доклад организации «Хьюман райтс вотч», приложение Е.4.10, стр. 50-57.

³⁹ Доклад организации «Хьюман райтс вотч», приложение Е.4.10, стр. 48, 57-58; НММУФКГ, том II, приложение Е.2.36, стр. 333-334.

⁴⁰ Доклад организации «Хьюман райтс вотч», приложение Е.4.10, стр. 94-109 и 121; A Caucasian Journey, *The Economist*, приложение Е.8.30, стр. 3.

деревню Тортиза вблизи Гори, убив предположительно 3 гражданских лица, причинив ранения десяткам гражданских лиц и нанеся ущерб практически каждому зданию в деревне⁴¹. Российские силы предположительно нанесли удары с воздуха по таким населенным пунктам, как Цхинвали, Кехви, Ередви, Квемо-Ачабети, Хеити, Карби, город Гори и прилегающие деревни⁴². В населенных районах, таких как город Гори, Руиси и Вариани, российские силы также предположительно применяли кассетные боеприпасы, которые считаются видом вооружений, лишенным возможности нацеливания на конкретных бойцов или вооружения⁴³. Например, утром 12 августа 2008 года как минимум 6-12 человек, как сообщается, были убиты и 20-30 человек получили ранения на центральной площади Гори в ходе обстрела кассетными боеприпасами⁴⁴. Имеется разная информация о том, действительно ли присутствие военных целей поблизости превращало гражданские объекты в

⁴¹ Доклад организации «Хьюман райтс вотч», приложение Е.4.10, стр. 104-107. В октябре в процессе разминирования в этой деревне, как утверждается, одна организация собрала 148 ракет С-8, многие из которых не разорвались.

⁴² [Просьба](#), пункты 201-202; НММУФКГ, том I, приложение Е.2.35, стр. 30; Доклад организации «Хьюман райтс вотч», приложение Е.4.10, стр. 94-109; Отчет ОБСЕ, приложение Е.2.38-Согг, стр. 42; см. также представления от потерпевших в ICC-01/15-10-Conf-Anx24; ICC-01/15-10-Anx28; ICC-01/15-10-Conf-Anx29; ICC-01/15-10-Conf-Anx31; ICC-01/15-10-Conf-Anx35; ICC-01/15-10-Conf-Anx36; ICC-01/15-10-Conf-Anx41; ICC-01/15-10-Conf-Anx45 и ICC-01/15-10-Conf-Anx62. Иногда в настоящем отдельном мнении приводятся ссылки на материалы под грифом «конфиденциально» или «конфиденциально *ex parte*» в целях должного правового обоснования и соблюдения принципа гласности. Но ссылки на содержание этих документов были сведены к минимуму, чтобы не возникало противоречий с причинами, обосновывающими их грифы классификации.

⁴³ Доклад организации «Хьюман райтс вотч», приложение Е.4.10, стр. 110-120.

⁴⁴ [Просьба](#), пункт 204; Доклад организации «Хьюман райтс вотч», приложение Е.4.10, стр. 118-120; Доклад организации «Эмнести интернэшнл», приложение Е.4.3, стр. 31-32; Жалоба на основании статьи 34 Европейской конвенции по правам человека и правил 45 и 47 Правил ЕСПЧ, приложение Е.3.9-Conf-Ехр, стр. 26-29; НММУФКГ, том II, приложение Е.2.36, стр. 348-349.

законные цели⁴⁵. Одни сообщения подтверждают присутствие военных целей поблизости, другие свидетельствуют об их отсутствии⁴⁶.

28. В свете вышеизложенного и опираясь на подкрепляющие материалы и представления от потерпевших, я нахожу, что имеются разумные основания полагать, что гражданские лица и гражданские объекты, которые не являлись военными целями, подверглись неизбирательным и несоразмерным нападениям со стороны как грузинских вооруженных сил, так и российских вооруженных сил в контексте международного вооруженного конфликта. Эти действия могут составлять военные преступления в соответствии с подпунктами (b) (i), (ii) и (iv) пункта 2 статьи 8 Статута.

2. Изнасилования

29. Имеющиеся материалы также содержат сообщения об изнасилованиях женщин – этнических грузинок, совершенных южноосетинскими силами или ополченцами, которые предположительно носили униформы и белые нарукавные повязки. Ряд изнасилований, включая групповые, имел место, например, в Приси, Цхинвали, Мегврекиси и Гори⁴⁷. Данные материалы также указывают на то, что изнасилования не происходили часто⁴⁸; но по итогам исследования, включавшего оценку ответов 1144 респондентов, было сделано заключение, что как минимум 70 человек обладали информацией, касающейся сексуального и гендерного насилия в контексте конфликта в августе 2008 года⁴⁹.

30. Как я объяснил выше, с учетом характера настоящих разбирательств и требуемого порога доказывания я считаю, что подкрепляющие материалы и

⁴⁵ Доклад организации «Хьюман райтс вотч», приложение E.4.10, стр. 96; НММУФКГ, том II, приложение E.2.36, стр. 334-336.

⁴⁶ Доклад организации «Эмнести интернэшнл», приложение E.4.3, стр. 31; Доклад организации «Хьюман райтс вотч», приложение 4.10, стр. 101-102; Отчет ОБСЕ, приложение E.2.38-Corr, стр. 43.

⁴⁷ НММУФКГ, том II, приложение E.2.36, стр. 362-363; Доклад организации «Хьюман райтс вотч», приложение E.4.10, стр. 166-169; Отчет ОБСЕ, приложение E.2.38-Corr, стр. 25-26 и 38; Доклад «Августовские руины», приложение E.5.1, стр. 223.

⁴⁸ НММУФКГ, том II, приложение E.2.36, стр. 362; Отчет ОБСЕ, приложение E.2.38-Corr, стр. 26.

⁴⁹ НММУФКГ, том II, приложение E.2.36, стр. 363.

представления от потерпевших⁵⁰ позволяют вынести заключение о том, что имеются разумные основания считать, что изнасилования имели место в контексте нападения, учитывая, во-первых, то, что предполагаемые преступления имели место в населенных пунктах, подвергшихся нападению, и, во-вторых, имеющуюся информацию о предполагаемых виновных. Кроме того, я учитываю, что по причине чувствительного характера данного преступления и опасений потерпевших по поводу возможности подвергнуться остракизму со стороны общества данные об изнасилованиях могут быть занижены⁵¹. Поэтому я полагаю, что имеются разумные основания считать, что изнасилования происходили в рамках широкомасштабного и систематического нападения на гражданское население, таким образом они представляют собой преступления против человечности в соответствии с подпунктом (g) пункта 1 статьи 7 Статута. Кроме того, я считаю, что изнасилования, являющиеся военным преступлением, имели место в контексте международного вооруженного конфликта в соответствии с подпунктом (b) (xxii) пункта 2 статьи 8 Статута.

3. Лишение физической свободы и незаконное лишение свободы

31. Имеются многочисленные сообщения о произвольно помещенных под стражу гражданских лицах, в том числе на продолжительное время, в основном вооруженными осетинскими силами в местах содержания под стражей в Цхинвали⁵², Тамарашени, Джава и Кехви⁵³ и в «буферной зоне», например в

⁵⁰ См. в связи с этим доклад Секретариата о представлениях, полученных от потерпевших на основании пункта 3 статьи 15 Римского статута (далее «доклад Секретариата»), 4 декабря 2015 года, ICC-01/15-11, пункт 26; См. также представления от потерпевших, ICC-01/15-10-Conf-Anx28 (сообщение о групповом изнасиловании, совершенном южноосетинскими силами, и о другом эпизоде изнасилования, когда потерпевшая находилась под стражей у южноосетинских сил в Цхинвали); ICC-01/15-10-Conf-Anx36 и ICC-01/15-10-Conf-Anx62 (сообщение об изнасиловании 14-летней девочки «осетинами – участниками военизированных формирований»). Один случай изнасилования описан также в регионе Абхазии, см. ICC-01/15-10-Conf-Anx37.

⁵¹ Доклад организации «Хьюман райтс вотч», приложение E.4.10, стр. 166; Отчет ОБСЕ, приложение E.2.38-Corr, стр. 20.

⁵² Отчет ОБСЕ, приложение E.2.38-Corr, стр. 39; Доклад организации «Хьюман райтс вотч», приложение E.4.10, стр. 127; Правительство Грузии: хронология событий августа 2008 года, приложение E.7.9-Conf-Exp, стр. 196.

Мегврекиси, Земо-Никози и Земо-Хвити⁵⁴. Подкрепляющие материалы также содержат утверждения о том, что грузинские власти поместили под стражу ряд южноосетинских гражданских лиц в Грузии, хотя правительство Грузии оспаривало их статус⁵⁵. Имеется также информация о 14 осетинах, включая двух подростков, которые были задержаны грузинской полицией после вывода российских сил из «буферной зоны» и лишены права общения с внешним миром⁵⁶. Имеющаяся информация, а также представления от потерпевших⁵⁷ указывают на то, что случаи произвольного помещения под стражу происходили после октября 2008 года.

32. Хотя Прокурор «не смогла» установить наличие связи между эпизодами произвольного помещения под стражу и контекстом нападения на гражданское население, я считаю, что на данном этапе возможно установить наличие такой связи, учитывая, что имеются сообщения о произвольном помещении под стражу в период с августа по (как минимум) октябрь 2008 года, когда ряд грузинских гражданских лиц был помещен под стражу южноосетинскими или российскими силами⁵⁸. Исходя из подкрепляющих материалов и представлений от потерпевших⁵⁹, я полагаю, что имеются разумные основания считать, что случаи тюремного заключения или иных жестоких форм лишения физической свободы имели место в контексте широкомасштабного и систематического нападения на гражданское население в соответствии с пунктом (е) подпункта 1 статьи 7 Статута. Аналогичным

⁵³ [Просьба](#), пункт 230; Правительство Грузии: хронология событий августа 2008 года, приложение E.7.9-Conf-Exp, стр. 216.

⁵⁴ Отчет ОБСЕ, приложение E.2.38-Corr, стр. 26.

⁵⁵ Отчет ОБСЕ, приложение E.2.38-Corr, стр. 40; Доклад организации «Хьюман райтс вотч», приложение E.4.10, стр. 86-91.

⁵⁶ Отчет ОБСЕ, приложение E.2.38-Corr, стр. 26.

⁵⁷ См. в связи с этим доклад Секретариата, ICC-01/15-11, пункт 24; См. также представления от потерпевших, ICC-01/15-10-Conf-Anx28.

⁵⁸ См. в связи с этим представления от потерпевших, ICC-01/15-10-Conf-Anx30.

⁵⁹ См. в связи с этим доклад Секретариата, ICC-01/15-11, пункт 26; См. также представления от потерпевших, ICC-01/15-10-Conf-Anx20; ICC-01/15-10-Conf-Anx28; ICC-01/15-10-Conf-Anx30; ICC-01/15-10-Conf-Anx31; ICC-01/15-10-Conf-Anx34; ICC-01/15-10-Conf-Anx36 и ICC-01/15-10-Conf-Anx62.

образом, я также нахожу разумные основания считать, что грузинские власти могли совершить преступление в виде незаконного лишения свободы южных осетин в контексте международного вооруженного конфликта в соответствии с подпунктом (a) (vii) пункта 2 статьи 8 Статута. Я признаю тот факт, что статус этих лиц остается спорным. Но, учитывая низкий порог доказывания, требующийся на данном этапе, я считаю, что более уместно было бы решать эти спорные вопросы в ходе расследования, санкция на которое является предметом рассмотрения. Большинство предпочло не высказываться и на эту тему.

4. Иные преступления, на наличие которых указывают подкрепляющие материалы

33. В подкрепляющих материалах содержится информация о других преступлениях, которые, как представляется, были совершены в ходе конфликта в 2008 году. Хотя я не собираюсь исчерпывающим образом «картировать» данную ситуацию, я считаю, что важно также упомянуть как минимум о двух преступлениях, о совершении которых свидетельствуют подкрепляющие материалы и о которых говорят потерпевшие в этой ситуации.

34. Палата получила информацию о том, что в ходе конфликта ряд гражданских лиц подвергся жестокому обращению со стороны южноосетинских сил и связанных с ними ополчений или со стороны российских сил и получил серьезные телесные травмы, в частности, в деревнях Авневи, Нули, Кехви, Дисеви, Ацрисхеви, Земо-Ачабети и Квемо-Ачабети, Берула, Хеити и Гугутианткари⁶⁰. Также поступили сообщения о приблизительно 50 случаях пыток в связи с данным конфликтом⁶¹. Кроме того, поступили сообщения о многочисленных инцидентах, связанных с жестоким обращением с задержанными гражданскими лицами (жестokie избиения и имитация казни),

⁶⁰ Доклад «Августовские руины», приложение E.5.1, стр. 146, 147, 153, 165, 166, 167, 169, 171, 173, 187, 189 и 191; Доклад организации «Эмнести интернэшнл», приложение E.4.3, стр. 39.

⁶¹ Отчет ОБСЕ, приложение E.2.38-Corr, стр. 25.

в особенности в Цхинвали⁶². Помимо этого, подкрепляющие материалы указывают на то, что грузинские военнопленные подвергались пыткам⁶³ и жестоким избиениям⁶⁴, когда они содержались под стражей южноосетинскими вооруженными силами. Я также отмечаю утверждения о жестоком обращении с южными осетинами, когда они содержались под стражей грузинскими вооруженными силами⁶⁵.

35. Таким образом, с учетом подкрепляющих материалов и представлений от потерпевших⁶⁶ я нахожу разумные основания считать, что преступления в виде пыток и бесчеловечных деяний имели место в рамках широкомасштабного и систематического нападения, что составляет преступления против человечности в соответствии с подпунктами (f) и (k) пункта 1 статьи 7 Статута. Я также нахожу разумные основания считать, что преступления в виде пыток, бесчеловечного обращения и умышленного причинения сильных страданий были совершены южноосетинскими силами в рамках международного вооруженного конфликта, что составляет военные преступления в соответствии с подпунктами (a) (ii) и (iii) пункта 2 статьи 8 Статута. Более того, я также нахожу разумные основания полагать, что эти военные преступления были совершены южноосетинскими силами в отношении захваченных грузинских военнопленных. Я также считаю, что эти же военные преступления были

⁶² Доклад «Августовские руины», приложение E.5.1, стр. 210-213.

⁶³ Например, упоминаются инциденты, в которых «[ПЕРЕВОД] указательный палец на правой руке у каждого из них был сожжен до кости», доклад «Августовские руины», приложение E.5.1, стр. 227 и 235; Доклад организации «Эмнести интернэшнл», приложение E.4.3, стр. 48; См. также представления от потерпевших, ICC-01/15-10-Conf-Anx32 (сообщения о том, что «[ПЕРЕВОД] пальцы потерпевших были сожжены и на их телах имелись ожоги от сигарет»).

⁶⁴ Доклад «Августовские руины», приложение E.5.1, стр. 227, 230-231 и 235; Доклад организации «Эмнести интернэшнл», приложение E.4.3, стр. 48; Доклад организации «Хьюман райтс вотч», приложение E.4.10, стр. 193-195.

⁶⁵ Доклад организации «Хьюман райтс вотч», E.4.10, стр. 86-91.

⁶⁶ См. в связи с этим доклад Секретариата, ICC-01/15-11, пункт 26; См. также представления от потерпевших, ICC-01/15-10-Conf-Anx20; ICC-01/15-10-Conf-Anx28; ICC-01/15-10-Conf-Anx30; ICC-01/15-10-Conf-Anx31; ICC-01/15-10-Conf-Anx32; ICC-01/15-10-Conf-Anx34; ICC-01/15-10-Conf-Anx36; ICC-01/15-10-Conf-Anx40; ICC-01/15-10-Conf-Anx51; ICC-01/15-10-Conf-Anx59 и ICC-01/15-10-Conf-Anx62 (сообщение об отравлении химикатами колодца, из которого потом людей заставляли пить воду).

совершены грузинскими силами в отношении задержанных южноосетинских лиц в контексте международного вооруженного конфликта. Хотя статус этих задержанных лиц оспаривается, это не отрицает того факта, что они пользовались защитой, предусмотренной подпунктами (a) (ii) и (iii) пункта 2 статьи 8 Статута.

36. Имеющаяся информация также указывает на многочисленные эпизоды похищений или захвата в заложники южноосетинскими силами этнических грузинских гражданских лиц⁶⁷. Имеются сообщения о похищениях деревенских жителей, которых держали для получения выкупа. Например, в Гогети была похищена семья из четырех человек, жена и двое детей были отпущены на свободу и от них потребовали принести деньги за освобождение мужа⁶⁸. Представляется, что эта практика продолжалась даже после вывода российских сил и применялась как грузинскими, так и южноосетинскими силами⁶⁹. Поэтому я полагаю, что имеются разумные основания считать, что военное преступление в виде захвата заложников имело место в контексте международного вооруженного конфликта в соответствии с подпунктом (a) (viii) пункта 2 статьи 8 Статута.

III. Приемлемость

37. Переходя к третьему вопросу, с которым связаны мои разногласия с Решением большинства, я отмечаю, что в отношении оценки приемлемости к производству у меня не вызывает проблем сам правовой критерий, описанный большинством в пунктах 36-38 Решения. Основную проблему у меня вызывает

⁶⁷ НММУФКГ, том II, приложение E.2.36, стр. 367-368; Доклад организации «Хьюман райтс вотч», приложение E.4.10, стр. 169-170; НММУФКГ, том I, приложение E.2.35, стр. 29; См. также в связи с этим представления от потерпевших, ICC-01/15-10-Conf-Anx31 и ICC-01/15-10-Conf-Anx62.

⁶⁸ Отчет ОБСЕ, приложение E.2.38-Corr, стр. 40.

⁶⁹ Доклад «Южная Осетия: бремя признания», приложение E.4.15, стр. 19; Доклад о проблемах в сфере прав человека после вооруженного конфликта в августе 2008 года, приложение E.2.26, пункты 37-40; См. также в связи с этим представления от потерпевших, ICC-01/15-10-Conf-Anx28 и ICC-01/15-10-Conf-Anx38.

оценка дополняемости в контексте данного критерия и имеющихся фактов. Таким образом, я ограничу мое изучение только этой частью проверки приемлемости.

38. Я считаю, что отчасти (но не полностью) проблема вновь связана с тем, как большинство понимает охват судебного контроля в рамках процедуры, проводимой на основании статьи 15. Это побудило большинство отказаться от рассмотрения многих соответствующих фактов, что я считаю необходимым для точной оценки приемлемости, юридического обоснования и, что более важно, обеспечения прозрачности по отношению к общественности и заинтересованным государствам, непосредственно затронутым ситуацией в Грузии. В остальном данная проблема связана с очевидным разногласием по поводу того, каким образом функционируют положения о дополняемости.
39. Следует понимать, что дополняемость не является статичным понятием; напротив, это понятие динамичное, которое функционирует в зависимости от обстоятельств в национальном процессе. Статья 17 Статута сформулирована так, чтобы охватить различные обстоятельства в национальных процессах, с которыми могут сталкиваться национальные судебные системы. Таким образом, надлежащее представление фактов, которые подробно отражают этапы национального процесса, является необходимым для точной оценки приемлемости к производству. Такие необходимые подробности помогают не только как минимум определить по имеющимся фактам применимый подпункт статьи 17, но и выявить упущения, если таковые имеются, в национальных процессах и указать на них непосредственно вовлечённым государствам с целью исправления любых таких недостатков в будущих разбирательствах.
40. В связи с этим я не полностью разделяю логику большинства и некоторые из его выводов в отношении национальных разбирательств в Грузии. В пункте 41 Решения большинство, ссылаясь на соответствующие пункты в Просьбе Прокурора, вскользь отмечает, что «в связи с конфликтом в 2008 году

грузинские власти проводили некоторые следственные мероприятия с августа 2008 года по ноябрь 2014 года» и «никакие разбирательства не были завершены». Ссылаясь на письмо от 17 марта 2015 года от грузинских властей, в котором указывается, что «[ПЕРЕВОД] дальнейшему ходу соответствующих национальных разбирательств [...] препятствует «неустойчивая ситуация в области безопасности»», большинство приходит к заключению, что данное письмо «свидетельствует о дееспособности по данному вопросу» и, соответственно, имеет место «ситуация бездействия».

41. У меня есть некоторые опасения по поводу этого упрощенного подхода, которого придерживалось большинство. Я по-прежнему считаю, что было бы более убедительно, если бы были представлены все факты в обоснование заключений Палаты. Более того, опустив значительную часть фактов, большинство не смогло объяснить характер тех следственных действий, которые были предположительно проведены грузинской стороной, и их недостатки, что, по моему мнению, имеет решающее значение для точного определения приемлемости в соответствии со статьей 17. Кроме того, если в целях оценки Палатой ориентироваться только на письмо от 17 марта 2015 года и рассматривать его в качестве «свидетельствующего о дееспособности по данному вопросу», то это может ввести в заблуждение. В письме от 17 марта 2015 года упоминается только приостановка «[ПЕРЕВОД] дальнейшего хода соответствующих национальных разбирательств». Само по себе, это письмо не отражает ни текущее состояние разбирательств (расследование, уголовное преследование или судебное разбирательство также в целях обеспечения соблюдения различных подпунктов статьи 17 Статута), ни тот прогресс, которого грузинские власти добились ко времени отправки этого письма. Эти фактические упущения побудили меня сделать по данным фактам заключения, несколько отличные от тех, которые представлены в проведенной большинством оценке приемлемости в отношении грузинской стороны.

42. Основываясь на имеющейся информации, я считаю, что можно определить ряд заслуживающих упоминания недостатков в проводившемся в Грузии национальном разбирательстве. Очевидно, что проведенное грузинскими властями предварительное следствие было сосредоточено на двухмесячном периоде боевых действий с 8 августа 2008 года по 10 октября 2008 года, т.е. по дату вывода сил Российской Федерации из районов, «[ПЕРЕВОД] прилегающих к Южной Осетии»⁷⁰. Грузинские власти утверждают, что следствие также охватило период с 29 июля по 8 августа 2008 года, когда происходили нападения на гражданское население грузинских деревень и грузинские силы по поддержанию мира⁷¹. Таким образом, следствие было распространено на все преступления, совершенные всеми сторонами, если они были совершены на «[ПЕРЕВОД] территории под юрисдикцией Грузии»⁷².

43. Два предварительных расследования начались тогда, когда разразились боевые действия, что задокументировано в отчете от 10 мая 2010 года, представленном правительством Грузии. Первое предварительное расследование началось 9 августа 2008 года в отношении предполагаемых преступлений геноцида и преднамеренного нарушения норм гуманитарного права в контексте внутреннего и международного вооруженных конфликтов, как предусмотрено в уголовном кодексе Грузии⁷³. Второе предварительное расследование началось 11 августа 2008 года в отношении военного преступления разграбления, предусмотренного пунктом (а) статьи 413 уголовного кодекса Грузии⁷⁴. Было решено, что утверждения о геноциде со стороны этнических осетин являются «[ПЕРЕВОД] безосновательными» и, напротив, было определено, что предметом следствия в качестве преступления против человечности будет

⁷⁰ [Просьба](#), пункт 282; Ответ Республики Грузия на предварительные вопросы от Канцелярии Прокурора Международного уголовного суда, приложение E.7.9 (конфиденциально *ex parte*), стр. 10-11.

⁷¹ Приложение E.7.9, стр. 9, сноска 3.

⁷² Приложение E.7.9, стр. 11.

⁷³ Приложение E.7.9, стр. 10; См. также письмо от министерства юстиции Грузии, приложение E.7.43.1, Приложение E.7.43.1 (конфиденциально *ex parte*).

⁷⁴ Приложение E.7.9, стр. 10; См. также приложение E.7.43.1.

«[ПЕРЕВОД] контекст широкомасштабных и систематических преследований в отношении грузин по признаку этнической принадлежности»⁷⁵.

44. Представляется, что грузинские следователи столкнулись со сложностями в получении доступа в определенные районы, находившиеся под российским и южноосетинским контролем, и были вынуждены прибегнуть к альтернативным средствам для получения необходимых доказательств⁷⁶. Сложность конфликта, которая предположительно потребовала подробного анализа «[ПЕРЕВОД] тысяч отдельных инцидентов», привела к тому, что предварительное следствие не смогло определить «[ПЕРЕВОД] конкретные инциденты», поскольку изучение подробностей в таких объемах потребовало бы «[ПЕРЕВОД] дополнительного времени»⁷⁷. Подкрепляющие материалы также показывают, что прокурор Грузии не был «[ПЕРЕВОД] готов [тогда] выдвинуть обвинения против конкретных лиц»⁷⁸. Очевидно, что в период, охваченный отчетом, представленным в мае 2010 года, следствие не смогло установить ни *соответствующие инциденты*, ни *лица, предположительно несущие наибольшую ответственность*, что необходимо для удовлетворения требований, предусмотренных пунктом 1 статьи 17 Статута.

45. Столь существенные недостатки в национальном процессе побудили Прокурора МУС к тому, чтобы истребовать отчеты с обновленной информацией, в особенности касающиеся «дела об этнических чистках», что является предметом рассмотрения в потенциальных делах в Суде. В дальнейшем Прокурору были переданы два отчета, важнейшим из которых является отчет, полученный 5 ноября 2014 года, в котором описаны национальные разбирательства, проводившиеся в Грузии с декабря 2011 года по 30 октября 2014 года. Генеральная прокуратора Грузии в этом отчете сообщила, что предварительное расследование произошедшего в 2008 году

⁷⁵ Приложение E.7.9, стр. 10.

⁷⁶ Приложение E.7.9, стр. 12-13.

⁷⁷ Приложение E.7.9, стр. 15.

⁷⁸ Приложение E.7.9, стр. 15.

конфликта должно было охватить пять блоков событий: (1) этнические чистки, (2) незаконные нападения на гражданское население, (3) удары по силам по поддержанию мира, (4) случаи насильственных исчезновений и пыток и (5) неорганизованные военные преступления и иные обвинения⁷⁹.

46. В целях проверки приемлемости потенциального дела к производству в Суде самым подходящим из заявленных расследований является то, которое касается этнических чисток, включая насильственное перемещение этнических грузинских жителей из Южной Осетии. Имеющиеся материалы показывают, что, как ожидалось, проводимое Грузией расследование должно было охватить территории муниципалитетов Ередви, Курта и Тигуа и прилегающие местности. Как сообщается, было расследовано более 500 инцидентов. Но среди этих инцидентов не было эпизодов, связанных, *inter alia*, с убийствами, депортацией, пытками, преследованием и прочими бесчеловечными деяниями⁸⁰. Расследование также столкнулось с «[ПЕРЕВОД] серьезными сложностями», отчасти вызванными проблемами с выявлением конкретных виновных или подозреваемых. Кроме того, к факторам, препятствовавшим расследованию, относилась «[ПЕРЕВОД] неустойчивая ситуация в области безопасности вдоль административной границы между основной территорией Грузии и сепаратистским регионом Цхинвали»⁸¹. Кроме того, большинство потерпевших, а также свидетелей, проживающих вблизи административных границ, не хотели сотрудничать со следственной группой⁸².

47. Самый заметный недостаток этого расследования заключается в том, что грузинские власти, как представляется, намеривались вести уголовное преследование в отношении преступников низшего уровня и «[ПЕРЕВОД] в первую очередь по наименее значительным инцидентам», поскольку система

⁷⁹ О национальном уголовном разбирательстве в Грузии в отношении преступлений против человечности и военных преступлений, связанных с вооруженным конфликтом в августе 2008 года, отчет с обновленной информацией, приложение E.7.1-Corr, стр. 3-4.

⁸⁰ Приложение E.7.1-Corr, стр. 4.

⁸¹ Приложение E.7.1-Corr, стр. 4-5.

⁸² Приложение E.7.1-Corr, стр. 5.

уголовного правосудия в Грузии никогда не сталкивалась с делами таких масштабов⁸³. Представленный отчет указывает на то, что как минимум в период с декабря 2011 года по 30 октября 2014 года грузинские власти не расследовали серьезные инциденты, вызывающие озабоченность Прокурора. Данный отчет также не показывает, относятся ли упомянутые преступники низового уровня к лицам, несущим наибольшую ответственность за совершенные в ходе конфликта в 2008 году преступления. Таким образом, указанные расследования не соответствуют необходимым критериям приемлемости к производству в Суде. Более того, следует отметить, что на данном этапе грузинского расследования не было предъявлено обвинений никаким преступникам, будь то занимавшим низкое или высокое положение. В связи с этим возникают сомнения в отношении серьезности продолжавшегося шесть лет расследования, в ходе которого ни одному преступнику не было предъявлено никаких обвинений. Чтобы соответствовать критериям приемлемости, национальное расследование не должно ограничиваться простым «[ПЕРЕВОД] сбором доказательств», оно должно быть нацелено на возбуждение уголовного преследования. Поэтому Прокурор могла прийти к заключению, что критерии приемлемости не были соблюдены задолго до октября 2015 года.

48. В дополнительном материале, датированным декабрем 2014 года⁸⁴, грузинские власти представили решение о предъявлении обвинений одному из несущих наибольшую ответственность лиц, на чем может строиться одно из потенциальных дел для производства в Суде, как указывает Прокурор⁸⁵. В данном решении это лицо обвинялось в том, что в ходе конфликта в регионе Цхинвали и нападений на этническое грузинское население в Южной Осетии и прилегающих районах оно совершило преступления в виде депортации,

⁸³ Приложение E.7.1-Corr, стр. 6-7.

⁸⁴ Канцелярия Прокурора, внутренние сводки и переводы отдельных частей приложения E.7.2, приложение E.7.2.1 (конфиденциально *ex parte*), стр. 7.

⁸⁵ Предварительный перечень предположительно несущих наибольшую ответственность преступников, приложение B.1-Corr (конфиденциально *ex parte*), стр. 7.

преследований по этническому признаку и иных бесчеловечных деяний, представляющих собой преступления против человечности, а также осуществленного в иных формах незаконного выселения пользующихся защитой лиц, что представляет собой преднамеренное нарушение норм международного гуманитарного права, регламентирующих ведение международных вооруженных конфликтов, уничтожения и присвоения имущества, что также представляет собой преднамеренное нарушение норм международного гуманитарного права, регламентирующих ведение международных вооруженных конфликтов, а также участия в незаконной вооруженной группе⁸⁶. Хотя данный материал, по всей видимости, показывает, что грузинские власти действительно расследовали потенциальное дело, касающееся этнических чисток в отношении грузин, представленное решение о предъявлении обвинений было «[ПЕРЕВОД] неподписанным и недатированным». Поэтому большинство должно было указать на это решение и определить, что оно не обладает никакой доказательной силой.

49. Иные недостатки в грузинских расследованиях, о которых умолчало большинство, видны также в связи с другим значительным блоком событий, указанным в отчете от 5 ноября 2014 года, а именно, со следственными мероприятиями в отношении незаконных нападений на гражданское население и гражданские объекты. Данный отчет также показывает, что расследование «[ПЕРЕВОД] еще не позволяет сделать окончательных заключений в отношении инцидентов [...] с учетом того, какие значительные экспертные знания в военной сфере необходимы для установления фактов»⁸⁷. То же самое касается блока событий, связанных с ударами по военнослужащим грузинских сил по поддержанию мира, по поводу которых сообщается, что «[ПЕРЕВОД] расследование данных инцидентов не [было] завершено» и грузинские власти «[ПЕРЕВОД] намерены [были] представить ответы на

⁸⁶ Приложение В.1, стр. 6-7.

⁸⁷ Приложение Е.7.1-Согг, стр. 11.

вопросы в [полученном от Прокурора МУС] опросном листе, а также другие существенные итоги расследования в следующем отчете или ранее, в зависимости от достигнутого прогресса»⁸⁸.

50. С учетом недостатков в национальных разбирательствах правительство Грузии обязалось представить к августу 2015 года очередной отчет, чтобы показать, что оно завершило расследование «[ПЕРЕВОД] как минимум в отношении некоторых из инцидентов, связанных с незаконными нападениями на гражданское население и гражданские объекты», и предоставить обновленную информацию об «[ПЕРЕВОД] уголовных преследованиях в связи с этническими чистками»⁸⁹. Ожидалось также, что в этом отчете особое внимание будет уделено «[ПЕРЕВОД] расследованию» ударов по силам по поддержанию мира⁹⁰.

51. Полученное Прокурором письмо от 17 марта 2015 года, на которое ссылается большинство, указывает на наличие проблем в области безопасности. В письме также отмечается, что «[ПЕРЕВОД] лица, подозреваемые в совершении преступлений, которые являются предметом национальных разбирательств в Грузии [...], могут быть непосредственно причастны к продолжающемуся насилию или связаны с ним»⁹¹. Более того, многие из потерпевших и свидетелей, принимающих участие в уголовных разбирательствах, «[ПЕРЕВОД] проживают в непосредственной близости от оккупированных территорий» и в связи с существующими угрозами и отсутствием безопасности они «[ПЕРЕВОД] могут быть склонны к тому, чтобы уклоняться от дальнейших дознаний и (или) менять данные ранее показания»⁹². Поэтому грузинские власти «[ПЕРЕВОД] были обеспокоены тем, что переход к этапу уголовного преследования в данных разбирательствах может вызвать ответную реакцию со

⁸⁸ Приложение E.7.1-Corr, стр. 12.

⁸⁹ Приложение E.7.1-Corr, стр. 14.

⁹⁰ Приложение E.7.1-Corr, стр. 14.

⁹¹ Приложение G, письмо от министерства юстиции Грузии, приложение G, стр. 3.

⁹² Приложение G, стр. 3.

стороны групп, применявших насилие по обе стороны линии конфликта» (выделение добавлено)⁹³.

52. Очевидно, что последняя часть письма, о которой не упоминает большинство, указывает на то, что проводившиеся в Грузии разбирательства не вышли на этап *уголовного преследования*, а об этом выводе большинство умалчивает. Это означает, что есть две возможности: либо (1) грузинские власти завершили расследование и решили не возбуждать уголовного преследования – в таком случае выводы Палаты должны были быть основаны на подпункте (b) пункта 1 статьи 17 Статута; либо (2) грузинские власти по-прежнему находятся на этапе расследования и, соответственно, данная оценка должна проводиться на основании подпункта (a) пункта 1 статьи 17 Статута.
53. Более того, представленная грузинскими властями в письме от 17 марта 2015 года ситуация может также указывать на неспособность правительства проводить национальное разбирательство по смыслу второй части подпункта (a) пункта 1 Статьи 17 в сочетании с пунктом 3 статьи 17 Статута. Хотя Грузии не угрожает ни полный, ни существенный развал, нынешняя ситуация может также указывать на временную неготовность ее национальной системы правосудия в том, что касается надлежащего реагирования на преступления, совершенные в ходе конфликта в 2008 году, или рассмотрения таковых. Большинство также не рассмотрело эту возможность, являющуюся логичным заключением, которое можно вынести на основании письма от 17 марта 2015 года.
54. Как бы то ни было, в свете фактов, представленных в пунктах выше, моя трактовка этого письма состоит в том, что оно может указывать на наличие ситуации бездействия в том смысле, что Грузия не расследует или не расследовала потенциальное(-ые) дело(-а), которое(-ые) могло(-и) бы рассматриваться в Суде, либо потому, что отсутствуют доказательства

⁹³ Приложение G, стр. 3.

расследования серьезных инцидентов, которые должны быть расследованы, либо потому, что не удалось идентифицировать тех, кто несет наибольшую ответственность⁹⁴. Поскольку вопрос о приемлемости следует рассматривать на основании фактов, имеющих на время соответствующей оценки, я считаю, что потенциальное(-ые) дело(-а), отобранные Прокурором, является (являются) приемлемым(-и) к производству в том, что касается разбирательств в Грузии. Хотя большинство также определило, что имеет место ситуация бездействия, оно не смогло объяснить, почему и каким образом оно вынесло это заключение на основании имеющихся фактов.

55. Что касается национальных разбирательств в Российской Федерации, то Прокурор провела оценку потенциальных дел, связанных с (1) кампанией по насильственному перемещению и изгнанию этнических грузин из Южной Осетии и «буферной зоны» и (2) ударами по военнослужащим российских сил по поддержанию мира⁹⁵.

56. В связи с этим я вижу проблему не столько в изложении логики, сколько в оценке большинством фактов, а также в выводах по итогам этой оценки. По мнению большинства, на основании имеющейся информации, включая, в частности, письмо от 18 июня 2012 года, упомянутое в пункте 44 Решения большинства, Палата «не может определить, что национальное разбирательство в России было неадекватным по смыслу подпункта (b) пункта 1 статьи 17 Статута»⁹⁶.

57. Я не согласен с заключением большинства. Во-первых, непонятно, на каком основании большинство ссылается на подпункт (b) пункта 1 статьи 17 Статута, если данное решение не содержит никакого обоснования или конкретного вывода о том, что имело место ранее должным образом проведенное

⁹⁴ В данном случае я считаю, что Прокурор не должна была дожидаться получения от грузинских властей письма, которое бы подтвердило, что они не могут перейти к этапу уголовного преследования, поскольку она могла бы ранее вынести заключение на предмет приемлемости в пользу вмешательства Суда.

⁹⁵ [Просьба](#), пункты 305-320.

⁹⁶ Решение большинства, пункт 46.

расследование по смыслу подпункта (а) или первого предложения в подпункте (b) пункта 1 статьи 17, что необходимо для применения подпункта (b).

58. Во-вторых, в пункте 46 Решения большинство находит, «что было бы необоснованно пытаться однозначно ответить на вопрос [об итогах определения в отношении приемлемости] в настоящем решении». Я считаю, что это заявление представляет собой правовую ошибку. Статья 17 Статута сформулирована таким образом, что соответствующая Палата обязана вынести определение на основании имеющихся фактов. Это следует из вводного абзаца статьи 17, который предусматривает, что «[...] Суд *определяет*, что дело не может быть принято к производству в тех случаях, когда [...]». В зависимости от обстоятельств в конкретной ситуации или деле факты могут меняться. В зависимости от изменений в обстоятельствах соответствующая Палата имеет право на более позднем этапе вынести новое определение в отношении приемлемости. Таким образом, определение приемлемости на данном этапе разбирательства тоже является *обязательным* и должно проводиться на основании фактов, имеющихся на момент проведения соответствующей оценки, в противоположность тому, на что указывает большинство. Более того, тот факт, что существуют иные потенциальные дела, которые могут быть приемлемыми к производству, *per se* не освобождает Палату от того, чтобы она надлежащим образом выполняла свою надзорную функцию посредством тщательного изучения всех предварительных выводов Прокурора в отношении потенциальных дел, выявленных ее Канцелярией и указанных в Просьбе. Это также не освобождает Палату от того, чтобы она указывала Прокурору на то, что имеющиеся материалы могут свидетельствовать о наличии иных потенциальных дел, которые заслуживают внимания Прокурора в ходе проводимого расследования.

59. В-третьих, на основании имеющейся информации и, в частности, письма от 18 июня 2012 года я склоняюсь к заключению в отношении фактов, отличному от того, к которому пришло большинство. В связи с этим российские власти

утверждали, что расследование обвинений против российских военнослужащих в ходе конфликта в 2008 году продолжалось в рамках уголовного дела под номером 201/374108-08. Тем не менее, в целях «[ПЕРЕВОД] проверки» этих обвинений и «[ПЕРЕВОД] сбора дополнительных доказательств» Следственный комитет Российской Федерации четыре раза обращался к грузинским властям с просьбами о правовой помощи, в которой было отказано⁹⁷. Ближе к концу этого письма российские власти, *как ни странно*, заявили, что «[ПЕРЕВОД] следствие установило, что командование Вооруженных сил [...] приняло исчерпывающие меры для предотвращения грабежей, насилия, неизбирательного применения силы в отношении гражданского населения в течение всего периода присутствия российского военного контингента на территории Грузии и Южной Осетии, [и что] следствие не смогло подтвердить причастность российских военнослужащих к совершению преступлений на территории Грузии и Южной Осетии»⁹⁸.

60. Таким образом очевидно, что эти заявления противоречат друг другу, потому что, если российские власти первоначально утверждали, что они по-прежнему должны провести «[ПЕРЕВОД] проверку» обвинений в отношении российских военнослужащих и собрать дополнительные доказательства, то было бы нелогично, если бы они в конечном итоге пришли к заключению, что «[ПЕРЕВОД] следствие установило, что командование Вооруженных сил приняло исчерпывающие меры для предотвращения» указанных преступлений, и что «[ПЕРЕВОД] следствие не смогло подтвердить причастность российских военнослужащих». Это указывает на то, что расследование, которое предположительно проводили российские власти, было крайне ограниченным и противоречивым и в силу этого оно не было

⁹⁷ Письмо от посла Российской Федерации в адрес Королевства Нидерландов, приложение E.7.22 (конфиденциально *ex parte*), стр. 3. Российские власти сообщили Канцелярии Прокурора в ходе встреч 23-24 января 2014 года в России, что они подали шесть просьб о правовой помощи, см. [Просьба](#), пункт 310.

⁹⁸ Приложение E.7.22 (конфиденциально *ex parte*), стр. 4.

серьезным и полным в той мере, в какой это требуется в целях соблюдения критериев, предусмотренных подпунктам (а) или (b) пункта 1 статьи 17 Статута. Это заключение подтверждается заявлением Прокурора о том, что заключения российской стороны «[ПЕРЕВОД] частично подтверждаются» и иная заслуживающая доверия информация указывала на то, что «[ПЕРЕВОД] российские солдаты либо участвовали в совершавшихся южноосетинскими силами преступлениях, либо бездействовали, видя такие преступления»⁹⁹.

61. Из этого следует, что как минимум имела место ситуация бездействия в отношении этого(-их) потенциального(-ых) дала (дел), а может быть даже ситуация нежелания со стороны российских властей проводить расследование должным образом в соответствии с подпунктом (а) пункта 1 и подпунктом (а) пункта 2 статьи 17 Статута. Поэтому не следует утверждать, что Палата «не в состоянии» вынести определение на предмет приемлемости на основании имеющихся фактов. Не следует также утверждать, что «[было бы] необоснованно пытаться однозначно ответить [в настоящем решении] на вопрос о приемлемости», как утверждает большинство.

62. Наконец, я хотел бы сделать два заключительных замечания по поводу выводов, представленных большинством в пунктах 6 и 40 Решения.

63. Во-первых, большинство ссылается на пункт 322 Просьбы Прокурора, которая «сообщает Палате, что никакое другое государство не возбуждало национального разбирательства в связи с соответствующими преступлениями»¹⁰⁰. Далее большинство соглашается с Прокурором в том, что не следует учитывать какие-либо разбирательства, возбужденные Южной Осетией. Считаю, что в этом пункте не хватает четкого определения со стороны большинства по вопросу о том, проводило или проводит ли на самом деле какое-либо третье государство национальное разбирательство. Большинство ссылается на один пункт в Просьбе Прокурора, но не рассматривает

⁹⁹ [Просьба](#), пункт 308.

¹⁰⁰ Решение большинства, пункт 40.

имеющиеся материалы и не делает четкого вывода по этому вопросу. Вместо этого большинство отклоняется от обсуждаемой темы и концентрирует свое внимание только на небольшой части данного вопроса, а именно, следует ли учитывать проводившиеся Южной Осетией разбирательства или нет, поскольку Южная Осетия не является признанным государством. Этот последний вопрос является предметом рассмотрения во втором, нижеследующем замечании.

64. Во-вторых, по мнению большинства, Южная Осетия является частью Грузии и «никакие разбирательства, возбужденные де-факто властями [первой], не могут соответствовать требованиям статьи 17 Статута, поскольку Южная Осетия не является признанным государством»¹⁰¹.

65. Как представляется, в пункте 40 Решения большинство соглашается с Прокурором, хотя в действительности оно идет даже дальше того, что предлагает Прокурор, не объясняя, почему оно считает этот подход правильным¹⁰². Я считаю, что большинство упрощает рассматриваемый вопрос. Вопрос о признании определенных действий образований в соответствии с нормами общего международного права является значительно более сложным. Мне представляется, что следование слишком строгому подходу в контексте Римского статута может привести к некоторым абсурдным заключениям. Например, могут существовать некоторые образования, чей статус подвергается сомнениям, но они, тем не менее, обладают неоспоримым контролем над своей территорией и способны осуществлять уголовную юрисдикцию. Тайвань является хорошим примером такого образования¹⁰³, а данный вопрос может быть еще более сложным в случае с государством *nasciturus*, если такое образование способно построить механизм, должным образом обеспечивающий верховенство права. Возможно, что отказ всем этим

¹⁰¹ Решение большинства, пункт 40.

¹⁰² Решение большинства, пункт 40.

¹⁰³ См. например, James Crawford, *The Creation of States in International Law*, 2nd ed., (OUP, 2006), стр. 248.

образованиям в наличии *locus standi* с ограниченной целью осуществления уголовной юрисдикции и последующее вынесение на рассмотрение Суда протестов в отношении приемлемости к производству могут привести к увеличению масштабов проблемы безнаказанности. Чрезмерно категоричная точка зрения может привести к политике, которая будет противоречить основополагающей философии МУС, которая заключается в том, чтобы положить конец безнаказанности, потому что такая точка зрения может *volens* указывать на то, что даже если наказание имеет место, то оно не будет учитываться.

66. Вопрос становится еще более проблематичным, когда образования как таковые должным образом проводят расследование, привлекают к уголовной ответственности конкретное лицо и проводят в его отношении судебное разбирательство и это разбирательство игнорируется или этому лицу запрещается подавать протест на основании принципа *ne bis in idem* в соответствии с подпунктом (а) пункта 2 статьи 19 Статута, потому что национальное разбирательство не проводилось «государством». Таким образом, я не могу исключать того, что если де-факто режим с соблюдением принципов надлежащего судопроизводства вынес должным образом обоснованный приговор обвиняемому в одном или более преступлений, подпадающих под юрисдикцию Суда, то это может послужить достаточным основанием для протеста в отношении приемлемости к производству на основании подпункта (а) пункта 2 статьи 19 в сочетании с подпунктом (с) пункта 1 статьи 17 и пунктом 3 статьи 20 Статута. Я считаю, что этот вопрос необходимо решать *с каждым случаем в отдельности* без автоматических последствий для правового статуса непризнанного образования.

67. По вопросу о национальных разбирательствах в третьих странах имеющиеся подкрепляющие материалы не показывают, чтобы какое-либо иное государство, обладающее юрисдикцией, проводило или провело расследования в отношении потенциального(-ых) дела (дел) в связи с

ситуацией в Грузии¹⁰⁴. Даже если предположить *arguendo*, что Южная Осетия может рассматриваться в качестве третьего «государства» в целях разбирательства по вопросу о приемлемости к производству, то имеющаяся информация показывает, что де-факто южноосетинские власти не расследовали ни одного из преступлений, подпадающих под юрисдикцию Суда. Вместо этого 86 человек было задержано, некоторые из них ожидали суда за предполагаемые разграбления, а окружной суд Цхинвали по делам о разграблениях вынес 38 решений об административных взысканиях за правонарушения (мелкие кражи)¹⁰⁵. Подкрепляющие материалы также показывают, что «[ПЕРЕВОД] ни одно связанное с конфликтом дело не было передано в какой-либо из судов в Гори, поскольку не удалось идентифицировать виновных»¹⁰⁶.

Поскольку ни одно обладающее юрисдикцией третье государство не проводит или не проводило национальных разбирательств в отношении потенциальных дел, указанных в Просьбе, большинство должно было счесть, что имеет место ситуация бездействия. Таким образом, ничто не препятствует тому, чтобы сделать утвердительный вывод о приемлемости к производству в соответствии с подпунктом (b) пункта 1 статьи 53 Статута при наличии требуемого уровня тяжести.

¹⁰⁴ [Просьба](#), пункт 321.

¹⁰⁵ Отчет ОБСЕ, приложение E.2.38-Corr, стр. 75.

¹⁰⁶ Отчет ОБСЕ, приложение E.2.38-Corr, стр. 75.

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

/подпись/

Петер Ковач

Судья

Среда, 27 января 2016 года

Гаага, Нидерланды