

Война в Украине и международное уголовное правосудие¹

Кай Амбос

Профессор Гёттингенского университета (Германия), судья специального трибунала (специализированных палат) по Косово (Гаага, Нидерланды). kambos@gwdg.de

Перевод — Глеб Богущ, кандидат юридических наук, научный сотрудник Копенгагенского университета, профессор Свободного Университета.
gleb.bogush@gmail.com

Ключевые слова: Украина, Римский статут, Международный уголовный суд, Россия, Совет Безопасности ООН, расследование, юрисдикция.

Аннотация: Беспрецедентный шаг значительного числа государств, коллективно передавших ситуацию в Украине на рассмотрение Прокурора Международного уголовного суда (МУС), усилил международную легитимность расследования международных преступлений в Украине. Но чего на самом деле можно достичь с помощью расследования? Может ли российский президент Путин когда-либо быть привлечён к уголовной ответственности?

Беспрецедентный шаг значительного числа государств, коллективно передавших ситуацию в Украине Прокурору Международного уголовного суда (МУС), усилил международную легитимность расследования международных преступлений в Украине. Но чего на самом деле можно достичь с помощью расследования? Может ли российский президент Путин когда-либо быть привлечён к уголовной ответственности?

DOI: 10.55167/4362fd55c43f

Юрисдикция МУС

В соответствии со Римским статутом², МУС обладает юрисдикцией в отношении предусмотренных Статутом преступлений (статьи 5–8bis), совершенных на территории государства-участника МУС (статьи 12 (2)(a)) или гражданами такого государства (статьи 12 (2)(b))³. Эти ограничения

1. Ukraine-Krieg und internationale Strafjustiz // Deutsche Richterzeitung, 04/2022. Перевод с немецкого языка Г. И. Богуща.

2. Далее — Римский статут, Статут МУС.

3. Подробнее о юрисдикции МУС: *Ambos, Internationales Strafrecht*, 5. Aufl. 2018, § 8 Rn. 4 ff.; *ders.*, *Treatise on International Criminal Law. Volume III: International*

территориальной и персональной юрисдикции могут быть сняты в двух случаях: в случае признания государством юрисдикции МУС в особом случае (статьи 12 (3)) или в случае передачи ситуации в МУС Советом Безопасности ООН (статьи 13 (b)).

Украина воспользовалась первым вариантом и признала юрисдикцию МУС двумя декларациями: в первой декларации от 9 апреля 2014 г. украинские власти признали юрисдикцию МУС в отношении преступлений, совершенных на территории Украины за период с 21 ноября 2013 года по 22 февраля 2014 года⁴; по второй декларации от 8 мая 2015 года данный срок был распространён на неограниченное время начиная с 20 апреля 2014 года⁵. Таким образом, Суд обладает юрисдикцией в отношении предусмотренных Статутом преступлений (за исключением преступления агрессии), совершенных на территории Украины с 21 ноября 2013 года.

«Запуск» юрисдикции

Даже если МУС обладает юрисдикцией, этого недостаточно для расследования — юрисдикция должна быть активирована (запущена). Такой «запуск» может быть осуществлён тремя способами: путем передачи ситуации Прокурору государствами-участниками (статья 13(a) Статута МУС), Советом Безопасности ООН (статья 13(b)) или решением Прокурора *proprio motu* (статья 13(c)). В данном случае возможность передачи дела Советом Безопасности, очевидно, исключена, поскольку Россия как постоянный член Совета наложит вето на такую резолюцию⁶. «Самообращение» по смыслу статьи 13(a), практиковавшееся некоторыми африканскими государствами

Criminal Procedure, 2016, S. 242 ff.

4. URL: <https://www.icc-cpi.int/itemsDocuments/997/declarationRecognitionJurisdiction09-04-2014.pdf>.

5. URL: https://www.icc-cpi.int/iccdocs/other/Ukraine_Art_12-3_declaration_08092015.pdf#search=ukraine.

6. Россия уже блокировала ранее принятие резолюции Совета Безопасности на основании главы VII Устава ООН. URL: <https://www.un.org/press/en/2022/sc14808.doc.htm>.

в первые годы существования Суда⁷, со стороны Украины также исключено, поскольку она не является участником Римского статута.

Таким образом, прокурор инициировал расследование *proprio motu* в соответствии со статьей 15 (предварительное расследование), которое, однако, может быть начато только в том случае, если вывод о наличии «достаточных оснований» для начала расследования (статья 15 (3) Статута МУС) будет одобрен Палатой предварительного производства в составе трех судей. Такая процедура раннего судебного контроля над прокурором в контексте предварительного расследования был ценой, которую дружественные суду государства должны были заплатить за наличие в Суде независимого прокурора⁸. Это ни в коем случае не «легкая прогулка» для прокурора, что демонстрируют отрицательные решения судей по его запросам. Вместе с тем, эта процедура с соответствующими рисками для прокурора не предусмотрена для случаев передачи ситуации государствами-участниками и Советом Безопасности, поэтому коллективная передача государствами украинской ситуации, о которой уже говорилось в начале, прокурору усилила его позиции.

Прокурор Карим А. А. Хан не только сам несколько раз признавал это⁹, но и предлагал такую передачу государствами в своей декларации от 28 февраля 2022 года¹⁰, после чего на следующий день — 1 марта — Литва сначала осуществила такую передачу, которую затем 2 марта коллективным решением, координируемым Великобританией, поддержали

7. *Ambos*, Internationales Strafrecht, a.a.O., § 8 Rn. 7; *ders.*, Treatise ICL III, a.a.O., S. 257 ff.

8. *Ambos*, Treatise ICL III, a.a.O., S. 265.

9. См. заявления Прокурора МУС К. Хана от 28 февраля 2022 г. (приводится далее) и 11 марта 2022 г. («Моя канцелярия отреагировала на этот беспрецедентный коллективный призыв к действиям со стороны государств-участников»).

10. См. заявление К. Хана от 28 февраля 2022 года: «Альтернативный путь, изложенный в Статуте, который мог ещё больше ускорить рассмотрение вопросов, заключался бы в том, чтобы государство-участник МУС передало ситуацию в мою канцелярию, что позволило бы нам активно и незамедлительно приступить к независимому и объективному расследованиям» (выделено мной. — К. А.). URL: <https://www.icc-cpi.int/Pages/item.aspx?name=20220228-prosecutor-statement-ukraine>.

ещё 38 государств, и 11 марта 2022 — ещё два государства¹¹. В общей сложности 41 государство¹² в настоящее время передало прокурору Суда ситуацию в Украине. Такого в истории Суда ещё не происходило. В единственной ситуации коллективной передачи (в отношении Венесуэлы) число государств, осуществляющих передачу, составляло всего шесть¹³.

От «предварительной проверки» до формального «расследования»

Досудебную процедуру в МУС можно условно разделить на две стадии разбирательства — предварительную проверку (*preliminary examination*) и формальное предварительное расследование (*preliminary investigation*)¹⁴. Предшественница Хана, гамбийка Фату Бенсуда инициировала предварительную проверку в отношении возможных преступлений на территории Украины с 25 апреля 2014 года в рамках своих полномочий *proprio motu*¹⁵. 11 декабря 2020 г. Бенсуда объявила об успешном завершении

11. Заявление К. Хана от 2 марта 2022 года. Republic of Albania, Commonwealth of Australia, Republic of Austria, Kingdom of Belgium, Republic of Bulgaria, Canada, Republic of Colombia, Republic of Costa Rica, Republic of Croatia, Republic of Cyprus, Czech Republic, Kingdom of Denmark, Republic of Estonia, Republic of Finland, Republic of France, Georgia, Federal Republic of Germany, Hellenic Republic, Hungary, Republic of Iceland, Republic of Ireland, Republic of Italy, Republic of Latvia, Principality of Liechtenstein, Grand Duchy of Luxembourg, Republic of Malta, New Zealand, Kingdom of Norway, Kingdom of the Netherlands, Republic of Poland, Republic of Portugal, Romania, Slovak Republic, Republic of Slovenia, Kingdom of Spain, Kingdom of Sweden, Swiss Confederation, United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland. URL: <https://www.icc-cpi.int/Pages/item.aspx?name=2022-prosecutor-statement-referrals-ukraine>.

12. Заявление К. Хана от 11 марта 2022 года. Япония и Северная Македония. URL: <https://www.icc-cpi.int/Pages/item.aspx?name=20220311-prosecutor-statement-ukraine>.

13. А именно Аргентина, Чили, Парагвай, Перу, Канада и Колумбия. См. заявление Ф. Бенсуды от 27 сентября 2018 года. URL: <https://www.icc-cpi.int/Pages/item.aspx?name=180927-otp-stat-venezuela>.

14. См. подробнее: *Ambos*, International Criminal Law, loc. cit., § 8 margin no. 20 et seq.; *ders.*, Трактат ICL III, loc. cit., p. 335 et seq.

15. См.: *International Criminal Court-The Office of the Prosecutor*, Report on Preliminary Investigation Activities 2020, 14 December 2020, para. 267.

проверки и заявила, что имеются условия для начала расследования в значении статьи 53 (1) Римского статута¹⁶. В этом отношении Бенсуда исходила из «достаточных оснований» для предположения о совершении военных преступлений и преступлений против человечности, при этом подозрение касалось событий с 26 апреля 2014 года в связи с аннексией Крыма и с 30 апреля 2014 года в связи с ситуацией на востоке Украины (там подозрения касались только военных преступлений)¹⁷.

Исходя из этого, Карим Хан объявил в уже упомянутой декларации от 28 февраля 2022 года, что он будет просить Палату предварительного производства санкционировать расследование, что перестало быть необходимым после вышеупомянутой передачи ситуации в Украине государствами. Далее, 2 марта 2022 года, было объявлено о *начале официального расследования*¹⁸ по смыслу пункта 1 статьи 53 Статута, в соответствии с которым расследование касается возможных преступлений, совершенных в Украине с 21 ноября 2013 года. В частности, это касается преступлений против человечности и прежде всего уже упомянутых военных преступлений, но не геноцида (по фактическим причинам) или преступления агрессии (по юридическим причинам), поскольку МУС может осуществлять свою юрисдикцию в отношении преступления агрессии только в том случае, если Совет Безопасности ООН передаст соответствующую ситуацию (статья 15ter), либо если и агрессор, и государство-жертва являются участниками Статута МУС (статья 15bis)¹⁹.

Конечно, с российским вторжением фокус расследования сместился на ведущиеся боевые действия и, в частности, на военные преступления. Сам Карим Хан подчеркнул, что в настоящее время речь

16. В соответствии со статьей 53(1) начало такого (формального) расследования требует «разумных оснований полагать», что были совершены преступления, с учётом, в частности, «интересов правосудия». См. подробнее: *Ambos, Internationales Strafrecht*, a.a.O., § 8 Rn. 20 ff.; *ders.*, *Treatise ICL III*, a.a.O., S. 335 ff.

17. См. подробнее: *Report on Preliminary Examination*, a.a.O., para. 278–281.

18. Об этом решении было официально сообщено Палате предварительного производства 7 марта 2022 г. URL: <https://www.icc-cpi.int/Pages/record.aspx?docNo=ICC-01/22-2>.

19. Подробнее о (сложном) режиме юрисдикции преступления агрессии: *Zimmermann/Freiburg-Braun*, in *Ambos, Hrsg., Rome Statute of the International Criminal Court. Article-by-Article Commentary*, 4. Aufl. 2022, Art. 15bis (S. 899 ff.) und Art. 15ter (S. 927 ff.).

идёт в первую очередь о деятельности по сбору всеобъемлющих доказательств («полный спектр документальных, цифровых, судебно-медицинских и свидетельских доказательств») и о сотрудничестве со всеми соответствующими заинтересованными сторонами и сторонами конфликта, включая Россию²⁰. В процедурном плане вышеупомянутое получение доказательств служит для конкретизации и индивидуализации возможных обвинений, которые в конечном итоге должны привести к выдаче ордеров на арест в отношении основных ответственных лиц и формулированию обвинений при достаточном уровне подозрений²¹. Произойдёт ли это на самом деле, зависит от многочисленных факторов, которые лишь частично контролируются прокурором. Хотя правовая основа расследования — не только из-за коллективной передачи государствами ситуации в Суд, но и из-за других правовых шагов против России²², — достаточно солидна, судебное преследование МУС в конечном итоге зависит в этой процедуре — и, возможно, даже больше, чем обычно²³ — от материальной поддержки со стороны государств, о ко-

20. Заявление Хана от 16 марта 2022 года: «Я также направил Российской Федерации официальную просьбу встретиться с их компетентными органами и обсудить нынешнюю ситуацию, касающуюся мандата моей канцелярии. На мой взгляд важно, чтобы Российская Федерация активно участвовала в этом расследовании, и я готов с ними встретиться».

21. При подаче ходатайства о выдаче ордера на арест обвинение должно иметь «разумные основания полагать» (ст. 58(1)), а при формулировании обвинений — «существенные основания полагать» (ст. 61(5)).

22. С одной стороны, см. резолюцию Генеральной Ассамблеи ООН «Единство в пользу мира» от 02.03.2022 г. (<https://www.un.org/press/en/2022/ga12407.doc.htm>), а также о принятии временных мер Международным Судом от 16.03.2022 г. (<https://www.icj-cij.org/public/files/case-related/182/182-20220316-ORD-01-00-EN.pdf>). Исключение России из Совета Европы также следует упомянуть в этом контексте (решение Совета министров от 16.3.2022, CM/Res(2022)2, URL: https://search.coe.int/cm/Pages/result_details.aspx?ObjectId=0900001680a5da51), хотя это также исключает юрисдикцию ЕСПЧ (ст. 58(3) ЕСПЧ). Кроме того, также используется возможность децентрализованных расследований, см. например: <https://rsw.beck.de/aktuell/daily/meldung/detail/ermittlungen-zu-moeglichen-kriegsverbrechen-in-der-ukraine>.

23. Заявление К. Хана от 16 марта 2022 года: «Масштаб этого расследования и сложная обстановка, в которой оно будет проводиться, порождают неизбежные требования к моей канцелярии».

торой Карим Хан неоднократно просил. Речь идёт о дополнительных финансовых взносах и предоставлении национальных экспертов²⁴.

Как бы то ни было, с юридической точки зрения, ввиду возможного преследования президента Путина возникает вопрос о его иммунитете как главы государства. Этот вопрос будет обсуждаться в заключительной части данной статьи.

Иммунитет Путина как главы государства

Международное право проводит различие между личным, или персональным, иммунитетом (*ratione personae*), на который могут ссылаться только высшие представители государства (так называемая триада главы государства, главы правительства и министра иностранных дел), и функциональным иммунитетом (*ratione materiae*), который распространяется на (суверенные) официальные акты (*acta iure imperii*) — действия, совершённые в официальном качестве²⁵. Хотя функциональный иммунитет ограничен в случае серьёзных преступлений по международному праву в межгосударственных (горизонтальных) отношениях, персональный иммунитет в них применяется в принципе без ограничений, но ограничен в вертикальных отношениях (государство — международный уголовный суд)²⁶. С одной стороны, президент Путин как глава государства может столкнуться с уголовным преследованием на национальном уровне — здесь речь будет идти о «горизонтальном» уровне. С другой стороны, отношения, защищённые принципом государствен-

24. Заявление К. Хана от 16 марта 2022 года: «Я хотел бы повторить свой призыв к этим государствам оказать помощь моей канцелярии, в том числе путем добровольных финансовых взносов и предоставления национальных экспертов. Это будет иметь важнейшее значение для удовлетворения неотложных потребностей моей канцелярии в ресурсах и для того, чтобы мы могли эффективно урегулировать все ситуации, которые в настоящее время расследуются или находятся в стадии судебного разбирательства».

25. MüKo-StGB/*Ambos*, 4. Aufl. 2020, Vor § 3 Rn. 105 f.; *Ambos*, Treatise on International Criminal Law. Volume I: Foundations and General Part, 2. Aufl. 2021, S. 528 ff. (532 f.).

26. Jüngst BGH NJW 2021, 1326 mit Anm. Krefß = JZ 2021, 724 mit Anm. Werle = StV 2021, 549 mit Anm Ambos; s. auch *Frank/Barthe*, ZStW 133 (2021), 235; *Jeßberger/Epik*, JR 2022, 10.

ного иммунитета, могут приниматься во внимание МУС, поскольку последний состоит с государствами в вертикальной взаимосвязи (статья 27 Статута МУС).

Вопрос о том, должны ли государства исполнять ордер на арест, выданный МУС, намного сложнее. Прежде всего, такое обязательство в принципе существует только для государств-участников МУС (статья 86 и последующие Римского статута). В исключительных случаях он может распространяться на государства, которые не участвуют в Статуте, если они (например, Украина) добровольно признали юрисдикцию МУС и, следовательно, также обязаны сотрудничать (предложение 2 статьи 12(3)) или если Совет Безопасности передал ситуацию в таком государстве на рассмотрение МУС (статья 13b)). Также государства, не участвующие в Статуте МУС, могут быть обязаны сотрудничать только на основании (иных) международных договоров, в частности на основании ст. VI Конвенции о геноциде, которая требует от государств-участников передавать лиц, подозреваемых в геноциде, компетентному международному уголовному трибуналу при условии, что государства-участники признали юрисдикцию такого международного уголовного трибунала (такого, как МУС)²⁷. В конце концов, Конвенция о геноциде может дополнить соответствующую резолюцию Совета Безопасности с целью обязательства по сотрудничеству тех государств, которые не являются участниками Статута МУС, но государствами-участниками Конвенции и обязаны сотрудничать (во избежание геноцида) на основе этого²⁸.

Что касается МУС, то важнейший вопрос заключается в том, как можно разрешить противоречие между соблюдением иммунитета должностных лиц третьих государств и обязательством сотрудничать с Судом²⁹(статья 98(1)). В этой связи Апелляционная палата МУС исходит из того, что обычное международное право не предусматривает иммуните-

27. International Court of Justice, *Application of the Genocide Convention (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro)*, Judgment, ICJ Reports (2007) 43, paras. 439–450.

28. *Sluiter*, Journal of International Criminal Justice 8 (2010) 365, 371–372; Akande, in: Steinberg (Hrsg.) *Contemporary Issues Facing the ICC*, 2016, S. 77, 81; a.A. *Gaeta*, in: Steinberg, a.a.O., S. 84, 90 f.

29. Статья 98(1) является процессуальной нормой, адресованной МУС («Суд не может действовать...»), являющейся разновидностью “conflict-avoidance rule”. См. также: ICC, Appeals Chamber, Judgment in the Jordan Referral re Al-

та должностных лиц государства в международном суде³⁰. Это касается не только вертикальных (государство — МУС) отношений (согласно статье 27 Статута), но также и в горизонтальных (межгосударственных) отношениях, тогда как в случае ордера на арест МУС государство исполняет его от имени МУС³¹, то есть не действует автономно, исключительно от собственного имени. Мнение Апелляционной палаты встретило критику, прежде всего потому, что такое толкование обычного международного права трудно согласовать с его конститутивным элементом практики государств, которая в значительной степени придерживается иммунитета³².

Bashir Appeal, *Prosecutor v. Al Bashir* (ICC-02/05-01/09-397), 6.5.2019, para. 5, 130 f.

30. Jordan Al-Bashir Appeal Judgment, a.a.O., paras. 1, 103–117 (113) (“there is neither State practice nor *opinio juris* that would support the existence of Head of State immunity under customary international law *vis-à-vis* an international court”). В том же смысле см.: Special Court for Sierra Leone, *Prosecutor against Charles Ghankay Taylor*, Decision on immunity from jurisdiction, 31.5.2004, SCSL-2003-01-I, para. 37 ff., j. И об этом: Krefß, in: Ambos (Hrsg.), Rome Statute of the ICC: Commentary, 4. Aufl. 2022, Art. 98 Rn. 114–130.

31. Jordan Al-Bashir Appeal Judgment, a.a.O., para. 2, 114 («Отсутствие нормы обычного международного права, признающей иммунитет главы государства перед международными судами, имеет отношение не только к вопросу о том, может ли международный суд выдавать ордер на арест главы государства и проводить разбирательство против него, а также для горизонтальных отношений между государствами, когда международный суд просит государство арестовать и передать главу государства другого государства»). Joint Concurring Opinion of Judges Eboe-Osuji, Morrison, Hofmański and Bossa, paras. 441–445; также см.: Pre-Trial Chamber I, Malawi Decision, *Al Bashir* (ICC-02/05-01/09-139), 12.12.2011, para. 46 («сотрудничая с этим Судом и, следовательно, действуя от его имени, государства-участники являются инструментами для обеспечения соблюдения *ius puniendi* международного сообщества, осуществление которого поручено этому Суду...»). Об этом: Krefß, a.a.O., Art. 98 Rn. 131–134.

32. Held, Cambridge International Law Journal 10 (2021) 54, 66–68; Cryer/*Robinson/Vasiliev*, An Introduction to International Criminal Law and Procedure, 4. Aufl. 2019, S. 530; Heller, *Opinio Juris*, 17.5.2019, URL: [opiniojuris.org/2019/05/09/a-thought-experiment-about-complementarity-and-the-jordan-appeal-decision/](https://www.opiniojuris.org/2019/05/09/a-thought-experiment-about-complementarity-and-the-jordan-appeal-decision/); Batros, *Just Security*, 7.5.2019, URL: <https://www.justsecurity.org/63962/a-confusing-icc-appeals-judgment-on-head-of-state-immunity/>; Kiyani, *Just Security*, 8.5.2019, URL: <https://www.justsecurity.org/63973/elisions-and-omissions-questioning-the-iccs-latest-bashir-immunity-ruling/>; Akande, *EJIL: Talk!*, 6.5.2019, URL: <https://www.ejiltalk.org/icc-appeals-chamber-holds-that-heads-of-state-have-no-immunity->

Столь широкое толкование также не является необходимым, если, как в случае с Суданом/аль-Баширом, неприменение иммунитета вытекало из резолюции Совета Безопасности³³. Как бы то ни было, следуя мнению Апелляционной палаты МУС, Путин не может ссылаться на свой иммунитет как главы государства, если МУС выдал в отношении него ордер на арест, и такой ордер подлежит исполнению (123) государствами-участниками Статута МУС, другие же государства будут по крайней мере иметь основания исполнить такой ордер.

THE WAR IN UKRAINE AND INTERNATIONAL CRIMINAL JUSTICE

Kai Ambos. Professor, the University of Göttingen (Germany), a judge on the Special Tribunal (specialized chambers) at the International Court of Justice in The Hague. kambos@gwdg.de

Translated by Gleb Bogush, Ph.D. in Law, Postdoctoral Researcher at the University of Copenhagen, Professor at Free University Moscow. gleb.bogush@gmail.com

Keywords: Ukraine, Rome Statute, International Criminal Court, Russia, UN Security Council, investigation, jurisdiction.

Abstract: In an unprecedented way, 41 states have supported the prosecution of the International Criminal Court (ICC) in the investigation into the situation in Ukraine by collective referral. But what can the investigation actually achieve? Can Russian President Vladimir Putin ever be held criminally accountable?

under-customary-international-law-before-international-tribunals/; *Zimmermann*, JZ 2022, 261, 265 f.; критика с процессуальной точки зрения: *Galand*, EJIL:Talk!, 6.6.2019, URL: <https://www.ejiltalk.org/a-hidden-reading-of-the-icc-appeals-chambers-judgment-in-the-jordan-referral-re-al-bashir/>; иная точка зрения: *Kreß*, TOAEP Occasional Paper Series No. 8 (2019), URL: <https://www.toaep.org/ops-pdf/8-kress>; *Sadat*, Just Security, 18.7.2019,

33. Jordan Al-Bashir Appeal Judgment, a.a.O., para. 7, 133 ff. В этой связи можно утверждать, что Апелляционная палата превысила свои полномочия — по смыслу принципа *ne ultra petita* — поскольку вопрос о признании иммунитета по обычному международному праву не является предметом апелляции стороны и не имеет отношения к ее разрешению.