

Содействие, руководство и контроль: разбираемся во мнениях юристов- международников относительно ответственности лиц и государств за военные преступления, совершенные негосударственными акторами

Шейн Дарси*

Шейн Дарси — лектор Ирландского центра по правам человека при Ирландском национальном университете в Голуэе

Краткое содержание

Несмотря на общую согласованность действий в применении международного гуманитарного права международными судами и трибуналами, в недавних принятых ими решениях можно видеть существенные

* Автор выражает благодарность Рэю Мерфи, Ноэлю Хиггинс и рецензентам МККК за их комментарии к более ранней версии данной статьи.

разногласия по вопросу о масштабе косвенной ответственности лиц и государств за пособничество и содействие негосударственным акторам, совершающим военные преступления. Различия в решениях международных уголовных трибуналов, касающихся «конкретной преступной направленности», элемента пособничества и содействия, напоминают о разногласиях, которые существовали между Международным судом и Международным уголовным трибуналом по бывшей Югославии по вопросу об ответственности государства за поддержку или помощь негосударственным акторам, нарушающим международное право. В данной статье анализируется судебная практика, которая касается ответственности лиц и государства за предоставление поддержки негосударственным акторам, совершающим нарушения международного гуманитарного права, и рассматривается взаимодействие и взаимозависимость между этими родственными, но отличающимися друг от друга формами ответственности.

Ключевые слова: военные преступления, негосударственные акторы, индивидуальная ответственность, пособничество и подстрекательство, конкретная преступная направленность, ответственность государства, руководство, всеобщий контроль, фактический контроль.

: : : : : :

Международное гуманитарное право (МГП) в последние годы переживает ренессанс, особенно в том, что касается военных преступлений. В большой степени это произошло благодаря работе различных международных трибуналов, образованных в 1990-х гг., самый заметный из которых — Международный уголовный трибунал по бывшей Югославии (МТБЮ), а также благодаря учреждению постоянного Международного уголовного суда (МУС). Поскольку создание международных судов с юрисдикцией в отношении военных преступлений стало важным шагом вперед с точки зрения применения гуманитарного права, судебная практика трибуналов также существенно продвинулась в части материального содержания права, применимого к ситуациям вооруженного конфликта. Теодор Мерон, нынешний председатель МТБЮ, писал еще в 1998 г., что международное гуманитарное право в первые годы работы специальных трибуналов развивалось более активно, «чем за полвека после окончания Нюрнбергского процесса»¹. Мало кто сомневается в том, что судебная практика Международного уголовного трибунала по бывшей Югославии во многом способствовала определению сферы действия и разработке гуманитарного права, в том числе с точки зрения применения его норм как обычного международного права, а также рассмотрению уголовной ответственности за наиболее серьезные нарушения закона². Его определения по

1 Theodor Meron, “The Hague Tribunal: Working to Clarify International Humanitarian Law”, *American University International Law Review*, Vol. 13, 1998, p. 1512.

2 См. в целом: Robert Cryer, *The Development of International Humanitarian Law by the International Criminal Tribunals*, Oxford University Press, Oxford, 2015; Shane Darcy, *Judges, Law and War: The Judicial*

различным аспектам военных преступлений оказали значительное влияние на формирование Римского статута Международного уголовного суда и принятие некоторых ранних постановлений Международного уголовного суда³. Международные суды и трибуналы за последние два десятилетия были очень последовательными в рассмотрении вопросов МГП, но они не всегда достигали согласия относительно точных параметров международной ответственности за военные преступления.

Современные международные уголовные суды решают конкретную задачу определения индивидуальной уголовной ответственности за международные правонарушения. Соответственно, они уделяют много внимания вынесению судебных решений об элементах конкретных военных преступлений, а также определению ответственности за эти преступления⁴. Вопрос об ответственности иногда оказывается особенно сложным, поскольку международные обвинители обычно сосредоточиваются на высокопоставленных должностных лицах, которые часто фактически далеки от мест реального совершения правонарушений. Это особенно очевидно в контексте военных преступлений, которые физически были совершены лицами или группами, не являвшимися непосредственными подчиненными обвиняемого, которому они оказывали некое пособничество или содействие. Последние решения специальных трибуналов создали неопределенность в отношении закона о соучастии, несмотря на почти двадцать лет согласованного судебного применения норм, относящихся к международной ответственности за военные преступления. Эта судебная практика оказалась разобщена в том, что касается требований для индивидуальной уголовной ответственности за пособничество или содействие, поскольку элемент «конкретной преступной направленности» при пособничестве и подстрекательстве при определении уголовной ответственности оказался особенно противоречивым.

МТБЮ недавно вступил в завершающую фазу своей деятельности — образовано Гаагское отделение Международного остаточного механизма для уголовных трибуналов, который действует с июля 2013 г. Тем не менее Трибунал оказался в самом центре юридических и политических баталий, большей частью из-за споров в Апелляционной палате относительно признаков соучастия в преступлении. Были случаи оправдательных приговоров в отношении высокопоставленных ответчиков, отступление Апелляционной камеры Специального суда по Сьерра-Леоне (СССЛ) от правоприменительной практики МТБЮ и, что совсем любопытно, категорический отказ

Development of International Humanitarian Law, Cambridge University Press, Cambridge, 2014; Derek Jinks, Jackson Nyamuya Maogoto and Solon Solomon (eds), *Applying International Humanitarian Law in Judicial and Quasi Judicial Bodies*, TMC Asser Press, The Hague, 2014.

3 См., например: ICC, *Prosecutor v. Lubanga Dyilo*, Case No. ICC-01/04-01/06, Decision on the Confirmation of Charges (Pre-Trial Chamber 1), 29 January 2007, paras 210—211, 277—281; ICC, *Prosecutor v. Lubanga Dyilo*, Case No. ICC-01/04-01/06, Judgment (Trial Chamber 1), 14 March 2012, para. 541.

4 См. в целом: Guénaél Mettraux, *International Crimes and the Ad Hoc Tribunals*, Oxford University Press, Oxford, 2005; William A. Schabas, *The UN International Criminal Tribunals*, Cambridge University Press, Cambridge, 2006.

Апелляционной камеры МТБЮ от своей собственной судебной практики по вопросу пособничества и подстрекательства. Этот эпизод может навредить законности этих трибуналов и дать повод для беспокойства относительно рисков фрагментации международного права, возникающих с увеличением числа международных трибуналов⁵. Также вспоминается и потенциальная связь с расхождением во мнениях между Международным судом (МС) и МТБЮ относительно требуемого уровня государственного контроля над негосударственными акторами, который необходим, чтобы за нарушения МГП возникала ответственность государства. МТБЮ рассматривал вопрос контроля, оценивая, как может «интернационализироваться» немеждународный вооруженный конфликт. Он также воспользовался возможностью высказаться по более широкому кругу вопросов, касающихся ответственности государства. В течение нескольких лет происходили юридические споры между двумя учреждениями о правилах установления ответственности государства, при этом по-прежнему остается некоторая неопределенность относительно того уровня контроля, который требуется, чтобы наступила международная ответственность в случае содействия государства преступным группам. Точные контуры индивидуальной уголовной ответственности в контексте пособничества или содействия в совершении военных преступлений также неясны.

В этой статье автор стремится прояснить и проанализировать эту международную судебную практику в отношении ответственности лиц и государства за соучастие в военных преступлениях и нарушениях МГП. Существуют ясные параллели между попытками судов прояснить и применить соответствующие стандарты к этим двум различным, но взаимодополняющим формам ответственности согласно международному праву. В первом разделе рассматривается индивидуальная ответственность за военные преступления, в частности внимание сосредоточено на трактовке МТБЮ пособничества и подстрекательства как вида деяния, влекущего за собой уголовную ответственность. Во втором разделе обсуждается ответственность государства за военные преступления, особенно ответственность за нарушения МГП, совершенные лицами или группами, которые получили от государства некоторую помощь или содействие. В третьем разделе предметом обсуждения становится частичное совпадение и взаимодействие этих двух форм ответственности и решается вопрос, можно ли попытку сузить индивидуальную уголовную ответственность за пособничество и подстрекательство, настаивая на наличии элемента «конкретной преступной направленности», считать попыткой уравновесить более широкий подход к масштабу ответственности государства в соответствии с критерием общего контроля, предусматриваемым МТБЮ. Здесь также затрагивается

5 См., например: Thomas Buergenthal, "Proliferation of International Courts and Tribunals: Is It Good or Bad?", *Leiden Journal of International Law*, Vol. 14, 2001, p. 267; Rosalyn Higgins, "A Babel of Judicial Voices? Ruminations from the Bench", *International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 55, 2006, p. 791; Fausto Pocar, "The Proliferation of International Criminal Courts and Tribunals: A Necessity in the Current International Community", *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 2, No. 2, 2004, p. 304.

вопрос новых и существующих обязательств по МГП — с целью предотвратить нарушения МГП другими лицами, включая негосударственных акторов. Пример конфликтов, происходящих в Сирии и Ираке, с их множественностью партий и участников, только подчеркивает значимость косвенной ответственности и для граждан, и для государства в борьбе с нарушениями МГП, совершенными негосударственными акторами⁶. Взаимодействие между международными судами и роль юридической инициативы в контексте привлечения к ответственности за военные преступления — предмет обсуждения последнего раздела данной статьи.

Индивидуальная ответственность

Когда после окончания Второй мировой войны заключались международные договоры, было четко подтверждено существование индивидуальной уголовной ответственности за военные преступления, но ее точные параметры так и не были определены⁷. Послевоенные судебные процессы предоставили примеры соответствующих судебных дел, но в контексте кодификации законов войны внимание в основном уделялось формулированию базовых норм, а не детальному разъяснению дополнительных правил, касающихся индивидуальной ответственности. Например, положения о тяжких нарушениях Женевских конвенций 1949 г. относятся только к людям, «совершившим или приказавшим совершить» такие серьезные нарушения этих договоров⁸. На Дипломатической конференции в Женеве в 1949 г. было сказано, что виды уголовной ответственности и соответствующие вопросы не являются предметом внимания делегатов:

«Эти вопросы должны быть предметом рассмотрения судей, которые будут применять национальное законодательство. Дипломатическая конференция не разрабатывает международное уголовное право. Органы, гораздо более компетентные, чем мы, старались делать это годами»⁹.

Среди международных договоров по МГП Дополнительный протокол I выделяется как исключение, так как он конкретно рассматривает ответственность «начальников» как особую форму уголовной ответственности

6 О негосударственных акторах см. в целом: International Institute of International Humanitarian Law, *Non-State Actors and International Humanitarian Law*, FrancoAngeli, Milan, 2010; Liesbeth Zegveld, *Accountability and Armed Opposition Groups in International Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2002; Andrew Clapham, *Human Rights Obligations of Non-State Actors*, Oxford University Press, Oxford, 2006, pp. 271–316.

7 См., например: Principles of International Law Recognized in the Charter of the Nürnberg Tribunal and in the Judgment of the Tribunal, UN Doc. A/1317 (1950).

8 См., например: Женевская конвенция об улучшении участи раненых, больных и лиц, потерпевших кораблекрушение, из состава вооруженных сил на море, 12 августа 1949 г. (ЖК II) (вступила в силу 21 октября 1950 г.), ст. 50.

9 Fourth report drawn up by the Special Committee of the Joint Committee, *Final Record of the Diplomatic Conference of Geneva of 1949*, Vol. 2, Federal Political Department, Berne, 12 July 1949, Section B, p. 115.

за военные преступления¹⁰. Когда Совет Безопасности Организации Объединенных Наций учредил несколько международных уголовных трибуналов в начале 1990-х гг., среди других видов уголовной ответственности была упомянута ответственность вышестоящих должностных лиц. Тем самым была создана широкая сеть субъектов уголовной ответственности. Уставы специальных трибуналов говорят о том, что те лица, которые «планировали, подстрекали, приказывали, совершали или иным образом способствовали и помогали планированию, подготовке или исполнению преступления», подлежат уголовному преследованию¹¹. В противоположность этому в статьях 25 и 28 Римского статута МУС более детально оговариваются различные формы индивидуальной уголовной ответственности¹².

Определяя объем индивидуальной уголовной ответственности, специальные международные трибуналы истолковывали свои собственные учредительные документы, ссылаясь на обычное международное право. Это часто служило эвфемизмом для использования (иногда) ограниченного опыта судебных процессов, состоявшихся после Второй мировой войны, как это видно в судебной практике МТБЮ, касающейся ответственности за совместную преступную деятельность¹³. Обычное международное право также являлось характерной чертой судебной практики последних лет, касающейся пособничества и подстрекательства, хотя это не было упомянуто в первом кратком обсуждении этого вида ответственности в частном определении Апелляционной камеры МТБЮ по основополагающему делу Тадича. Апелляционная камера объяснила, что пособничество и подстрекательство включают в себя «деяния, специально направленные на содействие, поощрение или моральную поддержку совершению определенного преступления... и эта поддержка оказывает существенное влияние на совершение преступления»¹⁴. В соответствии с делом Тадича пособник или подстрекатель должны знать, что их действия способствуют совершению конкретного преступления¹⁵. Эта форма ответственности имеет особую значимость для людей, которые могут предоставить средства для совершения военных преступлений или иным образом способствуют таким действиям. В то время как совместная преступная деятельность

10 Дополнительный протокол к Женевским конвенциям от 12 августа 1949 г., касающийся защиты жертв международных вооруженных конфликтов, 8 июня 1977 г. (ДП I) (вступил в силу 7 декабря 1978 г.), статья 86.

11 Устав Международного трибунала для судебного преследования лиц, ответственных за серьезные нарушения международного гуманитарного права, совершенные на территории бывшей Югославии с 1991 г., 25 мая 1993 г. (Устав МТБЮ), статья 7 (1); Устав Международного уголовного трибунала для судебного преследования лиц, ответственных за геноцид и другие серьезные нарушения международного гуманитарного права, совершенные на территории Руанды, и граждан Руанды, ответственных за геноцид и другие подобные нарушения, совершенные на территории соседних государств, в период с 1 января 1994 г. по 31 декабря 1994 г.; 8 ноября 1994 г. (Устав МУТР), статья 6 (1). См. также: Устав Специального суда по Сьерра-Леоне, 16 января 2002 г. (вступил в силу 12 апреля 2002 г.) (Устав СССЛ), ст. 6 (1).

12 Римский статут Международного уголовного суда, 17 июля 1998 г. (вступил в силу 1 июля 2002 г.).

13 ICTY, *Prosecutor v. Tadić*, Case No. IT-94-1-A, Judgment (Appeals Chamber), 15 July 1999, paras 172–233.

14 *Ibid.*, para. 229.

15 *Ibid.*

и ответственность вышестоящих должностных лиц привлекли к себе большое внимание юридического и научного сообщества и приобрели определенную недобрую славу¹⁶, пособничество и подстрекательство не вызвали особых противоречий в практике специальных трибуналов. Однако эта форма ответственности за соучастие привлекла внимание общества, когда такое определение в той или иной степени прозвучало в ряде судебных решений МТБЮ: были оправданы несколько обвиняемых высокого ранга, самый известный из которых — Момчило Перишич, бывший начальник Генерального штаба югославской армии и самый высокопоставленный военный в этой армии¹⁷. Международная общественность еще более напряглась, когда произошло беспрецедентное событие: Апелляционная камера МТБЮ «недвусмысленно» отвергла критерий пособничества и подстрекательства, который она ранее одобрила и применила к Перишичу¹⁸.

В деле Перишича Апелляционная камера МТБЮ отменила обвинение Судебной камеры и приговор (27 лет лишения свободы) на основании того, что не было удовлетворено условие наличия необходимых элементов ответственности; в части ответственности высокопоставленных должностных лиц не было показано, что Перишич осуществлял необходимый эффективный контроль над своими подчиненными, а в части пособничества и подстрекательства большинство сделало вывод об отсутствии доказательств того, что содействие имело «конкретную преступную направленность» на совершение преступлений, как это было в деле Тадича¹⁹. Югославская армия претворяла в жизнь политику Высшего совета обороны Федеративной Республики Югославии, которая заключалась в предоставлении крупномасштабной военной помощи. Эта помощь включала в себя поставки оборудования, предоставление услуг логистики и обучения армии Республики Сербской, ответственной за военные преступления в Сараево, Сребренице и других поселениях Боснии²⁰. Вторя особому мнению судьи Молото на стадии судебного процесса²¹, Апелляционная камера утверждала, что «помощь одной армии другой в ее военных усилиях является недостаточным условием, чтобы требовать индивидуальной уголовной

16 См., например: Mohamed Shahabuddeen, “Judicial Creativity and Joint Criminal Enterprise”, in Shane Darcy and Joseph Powderly (eds), *Judicial Creativity at the International Criminal Tribunals*, Oxford University Press, Oxford, 2010, pp. 184—203; Allison Marston Danner and Jennifer S. Martinez, “Guilty Associations: Joint Criminal Enterprise, Command Responsibility, and the Development of International Criminal Law”, *California Law Review*, Vol. 93, 2005, pp. 75—169.

17 ICTY, *Prosecutor v. Perišić*, Case No. IT-04-81-A, Judgment (Appeals Chamber), 28 February 2013. Другие известные оправдательные приговоры (где пособничество и подстрекательство не были видны): ICTY, *Prosecutor v. Haradinaj et al.*, Case No. IT-04-84-T, Retrial Judgment (Trial Chamber), 29 November 2012; ICTY, *Prosecutor v. Gotovina and Markač*, Case No. IT-06-90-A, Judgment (Appeals Chamber), 16 November 2012.

18 ICTY, *Prosecutor v. Šainović et al.*, Case No. IT-05-87-A, Judgment (Appeals Chamber), 23 January 2014, para. 1650.

19 *Perišić*, примечание 17 выше, paras 72 и 119.

20 *Ibid.*, paras 50—57.

21 ICTY, *Prosecutor v. Perišić*, Case No. IT-04-81-T, Judgment (Trial Chamber), 6 September 2011, Dissenting Opinion of Judge Moloto on Counts 1 to 4 and 9 to 12, paras 3—34.

ответственности лиц, оказывавших помощь, из-за отсутствия доказательств того, что такая помощь имела конкретную преступную направленность»²².

Перишич поддерживал и проводил в жизнь политику предоставления помощи и мог знать о преступлениях, совершенных Армией Республики Сербской; тем не менее он не мог быть привлечен к ответственности за пособничество и подстрекательство, поскольку содействие было направлено на достижение «общей цели войны», а не на конкретные преступления²³. Помощь, предоставленная Армией Югославии, не была сочтена чем-то «противоречащим законным военным операциям», и, хотя такая помощь могла значительно облегчить совершение преступлений, Апелляционная камера постановила, что «доказательство существенного вклада не обязательно демонстрирует конкретную преступную направленность»²⁴. Не соглашаясь с этим, судья Лиу выразил мнение, что Апелляционная камера повысила порог ответственности за пособничество и подстрекательство, настаивая на условии конкретной преступной направленности, и тем самым уничтожила саму идею ответственности, так как «позволила людям, ответственным за то, что они осознанно способствовали совершению в высшей мере жестоких преступлений, избежать ответственности за свои деяния»²⁵.

И большинство судей по делу Перишича, и судья Лиу в особом несопадающем мнении отметили несоответствие с предыдущей судебной практикой МТБЮ по вопросу о конкретной преступной направленности²⁶. Например, Апелляционная камера ранее выносила решение о том, что конкретная направленность не является «существенным элементом» состава преступления пособничества и подстрекательства²⁷. Тем не менее Апелляционная камера решила: требование того, что оказание помощи должно иметь конкретную преступную направленность, сейчас является «урегулированным прецедентом»²⁸. Также интересно отметить взгляды судей относительно обозначения конкретной преступной направленности как элемента состава преступления, при том что было бы более логично отнести ее к элементу умысла. Апелляционная камера приняла довод, что «конкретная преступная направленность может содержать соображения, которые тесно связаны с *mens rea* (субъективной стороной преступления)», и решила, что доказательство, относящееся к намерениям обвиняемого, может служить косвенным доказательством конкретной преступной направленности как элемента *actus reus* (состава преступления)²⁹. В своем общем особом мнении судьи Мерон и Агиус утверждали, что «вопрос о том,

22 *Perišić*, примечание 17 выше, para. 72.

23 *Ibid.*, paras 60, 68—69.

24 *Ibid.*, para. 65.

25 *Ibid.*, Partially Dissenting Opinion of Judge Liu, para. 3.

26 *Perišić*, примечание 17 выше, paras 26—36; Partially Dissenting Opinion of Judge Liu, paras 2—3.

27 ICTY, *Prosecutor v. Mrkšić and Šljivančanin*, Case No. IT-95-13/1-A, Judgment (Appeals Chamber), 5 May 2009, para. 159.

28 *Perišić*, примечание 17 выше, paras 26—36.

29 *Ibid.*, para. 48.

совершает ли человек деяния, направленные на содействие совершению преступления, в определенном смысле относится к намерениям этого человека», и заявили, что, если бы они заново рассматривали элементы состава преступления, они бы включили конкретную преступную направленность как элемент *mens rea*³⁰. В любом случае, утверждали они, ключевой вопрос состоит в том, «была ли связь между содействием, которое оказал обвиняемый, и деяниями основных исполнителей преступления достаточной для того, чтобы оправдать судебное решение Суда о том, что обвиняемый пособник и подстрекатель несет уголовную ответственность за эти преступления»³¹. В течение месяцев, прошедших после апелляции Перишича, Судебная камера МТБЮ полагалась на судебные решения Апелляционной камеры относительно пособничества и подстрекательства, чтобы оправдать двух сербских сотрудников силовых служб Станишича и Симатовича, которых обвиняли в военных преступлениях и преступлениях против человечности. Помощь, оказанная обвиняемыми в виде организации, обучения и финансирования, «способствовала совершению преступлений», но она не имела конкретной преступной направленности на совершение именно этих преступлений, и в отдельных случаях, как считала Камера, можно было с достаточными основаниями сделать вывод о том, что она была направлена на кажущиеся законными усилия установить и поддерживать контроль сербов над некоторыми территориями³². Несмотря на то что требования о наличии других типов ответственности также не были удовлетворены³³, приговор продемонстрировал, что в деле Перишича подход Апелляционной камеры к вопросу пособничества и подстрекательства повлиял на судебную практику как прецедент, имеющий обязательную силу для нижней камеры³⁴. Это произошло несмотря на протесты судьи Покара, который чувствовал, что неудача в обеспечении обвинения при применении этой «избыточно ограничительной» нормы означала, что «мы приблизились к темному месту в международном праве»³⁵.

Дело Перишича и другие случаи оправдания в рамках МТБЮ вызвали шквал политической и научной критики³⁶. Сама «конкретная преступная направленность» была воспринята как сознательное повышение критериев ответственности, что затруднило принятие решений об ответственности за международные преступления; по мнению Кеннета Рота из организации Human Rights Watch, «это может свести на нет будущие усилия по судебным

30 *Ibid.*, Joint Separate Opinion of Judges Theodor Meron and Carmel Agius, paras 2—3.

31 *Ibid.*, para. 4.

32 ICTY, *Prosecutor v. Stanišić and Simatović*, Case No. IT-03-69-T, Judgment (Trial Chamber), 30 May 2013, paras 2359—2360.

33 *Ibid.*, paras 2305—2355.

34 *Ibid.*, para. 1264.

35 *Ibid.*, Dissenting Opinion of Judge Michèle Picard, paras 2405—2406.

36 См., например: Julian Borger, “War Crimes Convictions of Two Croatian Generals Overturned”, *The Guardian*, 16 November 2012; Marlise Simmons, “U.N. Court Acquits 2 Serbs of War Crimes”, *New York Times*, 30 May 2013; Thomas Escrib and Fatos Bytici, “Kosovo Ex-Premier Haradinaj Cleared of War Crimes Again”, *Reuters*, 29 November 2012; Owen Boycott, “Hague War Crimes Ruling Threatens to Undermine Future Prosecutions”, *The Guardian*, 13 August 2013.

преследованиям высокопоставленных чиновников, ответственных за преступления против прав человека»³⁷. Далее последовало беспрецедентное развитие событий: Фредерик Хархофф, судья из Дании, участвовавший в рассмотрении дела в МТБЮ, выразил свою обеспокоенность в частном письме, которое опубликовала датская газета. Судья опасался, что Трибунал изменил свой подход к требованиям, предъявляемым к индивидуальной уголовной ответственности, под «давлением военных кругов некоторых влиятельных стран»³⁸. Судья также утверждал, что председатель МТБЮ Теодор Мерон оказал «сильное давление» на своих коллег-судей и это «наводит на мысль о том, что он был полон решимости добиться оправдательного приговора в деле Перишича»³⁹. Это было едва ли не беспрецедентным нарушением правил Трибунала — чтобы судья, участвующий в рассмотрении дела, предал огласке подробности совещаний судей, не говоря уже о публичных критических замечаниях о коллеге. В конце концов судья Хархофф был отстранен от участия в деле Воислава Шешеля, в котором он был судьей первой инстанции⁴⁰. Не обсуждая вопрос об оправданности действий судьи, можно сказать, что инцидент, безусловно, послужил тому, чтобы подчеркнуть разногласия, которые обусловлены требованием доказывать конкретную преступную направленность как элемент пособничества и подстрекательства.

В то время как Апелляционная камера МТБЮ могла счесть, что конкретная преступная направленность является частью «урегулированного прецедента» для МТБЮ, для других международных трибуналов судебная практика Трибунала имеет только значение убеждения, что и было ярко подтверждено практикой работы Специального суда по Сьерра-Леоне (СССЛ). В одном из наиболее шумных международных судебных преследований наших дней, суде над бывшим президентом Либерии Чарльзом Тейлором, Апелляционная камера Специального суда явным образом отошла от судебного решения по делу Перишича относительно конкретной преступной направленности как элемента состава преступления пособничества и подстрекательства. Большая часть дела против Чарльза Тейлора основывалась на том, что была признана его уголовная ответственность за помощь, которую он оказывал, включая поставку различных вооружений и боеприпасов, группам повстанцев, которые воевали и совершали военные преступления во время гражданской войны в Сьерра-Леоне. Судебная камера сочла, что эта помощь состояла в практическом содействии совершению преступлений, поскольку была в отдельных случаях наступления военных сил незаменимой, оказывая общую существенную поддержку

37 Kenneth Roth, "A Tribunal's Legal Stumble", *New York Times*, 9 July 2013.

38 E-mail судьи Хархоффа (Harhoff), 6 июня 2013 г., с. 3, доступно по адресу: www.bt.dk/sites/default/files-dk/node-files/511/6/6511917-letter-english.pdf (все ссылки на интернет-сайты были активны в декабре 2014 г.).

39 *Ibid.*, p. 4.

40 ICTY, *Prosecutor v. Šešelj*, Case No. IT-03-67-T, Decision on Defence Motion for Disqualification of Judge Frederik Harhoff and Report to the Vice-President (Chamber Convened by the Order of the Vice-President), 28 August 2013, para. 14.

совершению преступлений, по которым было выдвинуто обвинение⁴¹. Апелляционная камера подчеркнула важное требование при доказывании пособничества и подстрекательства: следует показать, что действия обвиняемого оказали «существенную поддержку совершению преступления, по которому выдвинуто обвинение», — и согласилась с МТБЮ, что не обязательно устанавливать, что у обвиняемого «были все полномочия контролировать тех, кто совершал преступления»⁴². Необходимость доказывать причинную связь гарантировала бы, что людей не будут «несправедливо» привлекать к ответственности за действия других, даже если они только предоставляли средства для совершения этих преступлений⁴³. Обвиняемый должен отдавать себе отчет в «значительной вероятности» того, что его действия могут способствовать совершению преступлений⁴⁴. Однако СССЛ не был убежден в том, что, согласно обычному международному праву, требуется доказательство конкретной преступной направленности, и счел, что отсутствие обсуждения обычного права Апелляционной камерой МТБЮ в деле Перишича означало, что она «только определила и применила прецедент, имеющий внутреннюю обязательную силу»⁴⁵. При этом СССЛ не был убежден анализом дела Перишича и заявил, что данный критерий может противоречить принципу презумпции невиновности и требованию доказательства виновности при отсутствии обоснованного сомнения⁴⁶. Хотя это было серьезным предупреждением со стороны другого международного трибунала, вскоре последовал потенциально более разрушительный удар по позиции дела Перишича, на этот раз от самой Апелляционной камеры МТБЮ.

В деле Николы Шаиновича и др. Апелляционная камера МТБЮ вернулась к вопросу пособничества и подстрекательства в контексте апелляции Лазаревица, который был осужден в том числе за то, что предоставлял различного рода поддержку и помощь солдатам Армии Югославии, которые участвовали в насильственном перемещении албанского населения в Косово⁴⁷. Дело не касалось «удаленной помощи» негосударственным акторам, но оно было особенно уместным в отношении действующего критерия признания пособничества и подстрекательства. Заявитель апелляции утверждал, что Судебной камере не удалось доказать, как этого требует судебная система Трибунала (в частности, в отношении дела Перишича), что его действия или бездействие имели конкретную преступную направленность на совершение преступлений, за которые он был осужден⁴⁸. Большинство судей Апелляционной камеры сочли, что такое толкование

41 SCSL, *Prosecutor v. Taylor*, Case No. SCSL-03-1-T, Judgment (Trial Chamber II), 26 April 2012, paras 6912—6914.

42 SCSL, *Prosecutor v. Taylor*, Case No. SCSL-03-1-A, Judgment (Appeals Chamber), 26 September 2013, paras 368—370.

43 *Ibid.*, para. 391.

44 *Ibid.*, para. 415.

45 *Ibid.*, paras 471—478.

46 *Ibid.*, para. 479.

47 *Šainović et al.*, примечание 18 выше, para. 1615.

48 *Ibid.*, para. 1617.

дела Перишича Апелляционной камерой противоречит предыдущей судебной практике, которая просто определила, что конкретная преступная направленность не была «существенным элементом» пособничества и подстрекательства, и что она основывалась на «неверной предпосылке», будто дело Тадича создало прецедент по этому вопросу⁴⁹. Камера изучила международную и национальную судебную практику, касающуюся конкретной преступной направленности и пособничества и подстрекательства, и обнаружила, что в национальной практике не существует общего юридического принципа, хотя в аналогичных случаях судебного разбирательства после Второй мировой войны требовалось, чтобы «ответчики существенно и сознательно способствовали данным преступлениям»⁵⁰. После краткого обзора соответствующих международных инструментов, в основном Римского статута, большинство судей Апелляционной камеры пришли к «очевидному выводу», что конкретная преступная направленность не является элементом пособничества и подстрекательства согласно обычному международному праву⁵¹. Используя слова, которые обычно прибегают для выражения категорического индивидуального несогласия⁵², большинство судей Апелляционной камеры утверждали, что они «безоговорочно отвергают подход, примененный при вынесении судебного решения относительно апелляции по делу Перишича, так как оно находится в прямом и существенном противоречии с превалирующей практикой, касающейся *actus reus* пособничества и подстрекательства, а также и с обычным международным правом в этом отношении»⁵³. Своим решением Апелляционная камера признала существование между судьями фундаментальных разногласий относительно масштаба пособничества и подстрекательства⁵⁴. Такое развитие событий, как можно видеть, подорвало репутацию Трибунала и его правовое наследие, породив противоречивые, а не точные и авторитетные судебные решения относительно уголовной ответственности тех, кто является пособником в совершении военных преступлений.

Хотя в международном праве не существует доктрины прецедента, имеющего обязательную силу, была подчеркнута желательность согласованности действий как внутри судов, так и между ними⁵⁵. Апелляционная камера МТБЮ привела важный аргумент, указав, что ее решения имеют обязательную силу для Судебных камер МТБЮ:

49 *Ibid.*, paras 1621, 1623.

50 *Ibid.*, paras 1642—1644.

51 *Ibid.*, para. 1649.

52 См., например: Göran Sluiter, “Unity and Division in Decision Making — The Law and Practice on Individual Opinions at the ICTY”, in Bert Swart, Alexander Zahar and Göran Sluiter (eds), *The Legacy of the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia*, Oxford University Press, Oxford, 2011, pp. 215—216.

53 Заметим, что судья Рамаросон, как и в процессе по делу Перишича, приняла сторону большинства в деле Шаиновича по вопросу о конкретной преступной направленности, хотя оба большинства пришли к разным выводам.

54 См. также: Šainović *et al.*, примечание 18 выше, Dissenting Opinion of Judge Tuzmukhamedov, para. 40.

55 См., например: T. Buergenthal, примечание 5 выше, p. 274; R. Higgins, примечание 5 выше, p. 791; Mohamed Shahabuddeen, *Precedent in the World Court*, Cambridge University Press, Cambridge, 1996.

«Нужда в согласованности особенно остра в контексте действий Трибунала, где разрабатываются нормы международного гуманитарного права и международного уголовного права и где людям, оказавшимся в Трибунале в качестве обвиняемых, и обвинителям еще более необходима уверенность в единообразии режима, в котором рассматриваются дела»⁵⁶.

То же самое можно было бы сказать и о самой Апелляционной камере, которая утверждала, что она может следовать своим собственным решениям «в интересах достоверности и предсказуемости»⁵⁷. Однако Апелляционная камера сочла, что она в виде исключения может отклониться от своих более ранних решений «по уважительным причинам в интересах справедливости»⁵⁸. Это могут быть случаи, когда ранее вынесенные решения были основаны «на неверном юридическом принципе» или когда судьи были «дезинформированы» относительно применимого права⁵⁹. Апелляционная камера, рассматривавшая апелляцию Шаиновича, чувствовала, что расхождение с предыдущей судебной практикой в отношении конкретной преступной направленности и неадекватный анализ, проведенный по делу Перишича, стали уважительными причинами для того, чтобы отступить от требования наличия конкретной направленной направленности в составе преступления пособничества и подстрекательства⁶⁰.

О необходимости согласованности в практике судебных решений также говорил судья Тузмухамедов в своем особом мнении по делу Шаиновича, утверждая, что вопрос о конкретной преступной направленности должен был быть оставлен для случая, когда это более явно опирается на факты. Он писал по вопросу о согласованности действий:

«Невозможно полностью избежать серьезных расхождений в позициях различных составов Апелляционной камеры по определенным юридическим или фактическим вопросам, которые являются неустранимыми, особенно из-за отсутствия единой высшей инстанции. Однако было бы разумным проявить некоторую осторожность, встретив такие расхождения в судебной системе уважаемого и авторитетного судебного учреждения, с тем чтобы как можно в большей степени сохранить юридическое согласие в правоприменительной практике, что влияет на развитие международного уголовного права и международного гуманитарного права, а также на правовую однозначность, стабильность и предсказуемость, — это, в частности, в интересах самих участников судебного процесса»⁶¹.

56 ICTY, *Prosecutor v. Aleksovski*, Case No. IT-95-14/1-A, Judgment (Appeals Chamber), 24 March 2000, para. 113.

57 *Ibid.*, para. 106.

58 *Ibid.*, para. 107.

59 *Ibid.*

60 *Šainović et al.*, примечание 18 выше, para. 1622.

61 *Ibid.*, Dissenting Opinion of Judge Tuzmukhamedov, paras. 45—46.

Без сомнения, большинство сочли бы, что они реформируют судебную практику, вступив на дорожку, по которой двинулось дело Перишича. Хотя этот шаг выглядел как «устранение наблюдавшейся в последнее время фрагментации права о пособничестве и подстрекательстве»⁶², Апелляционная камера, состоящая из нескольких судей, могла в будущем изменить позицию по делу Шаиновича при условии, что судьи представят уважительные причины для этого⁶³. Таким образом, в МТБЮ атмосфера неопределенности окружает право, относящееся к пособничеству и подстрекательству⁶⁴. Судебные решения относительно апелляций по делам Тейлора и Шаиновича, за которыми последовало решение Судебной камеры Чрезвычайных палат в судах Камбоджи⁶⁵, могут иметь достаточную силу для того, чтобы предотвратить дальнейшие отступления от основной линии⁶⁶. Стоит заметить, что в своем несколько ином составе Апелляционная камера отклонила ходатайство обвинения по делу Перишича об отмене оправдания бывшего генерала в свете дела Шаиновича, полагая, что не имеется уважительных причин для того, чтобы отказываться от предыдущей судебной практики относительно пересмотра окончательных судебных решений⁶⁷.

Апелляционная камера довольно редко изменяет своей собственной судебной практике, особенно в обстановке недоброжелательства, равно как и другие трибуналы редко отвергают прецедент столь энергично. В наше время в судебной практике наблюдается значительная согласованность в отношении МГП и внутри международных судебных органов, и между ними⁶⁸. Такой подход хорошо продемонстрировал Токийский трибунал:

«Ввиду того, что во всех существенных отношениях Уставы данного трибунала и Нюрнбергского трибунала идентичны, данный трибунал предпочитает выразить свою абсолютную приверженность к соответствующим

62 Charles Chernor Jalloh, “Prosecutor v. Charles Taylor”, *American Journal of International Law*, Vol. 108, No. 1, 2014, fn. 21.

63 William A. Schabas, “Prosecutor Applies to Reverse Final Acquittal of Perišić”, *PhD Studies in Human Rights blog*, 7 February 2014, available at: <http://humanrightsdoctorate.blogspot.com.au/2014/02/prosecutor-applies-to-reverse-final.html>.

64 См.: Marko Milanovic, “The Self-Fragmentation of the ICTY Appeals Chamber”, *EJIL Talk!* blog, 23 January 2014; Sergey Vasiliev, “Consistency of Jurisprudence, Finality of Acquittals and Ne Bis In Idem”, Centre for International Criminal Justice, 2014, доступно по адресу: http://cicj.org/?page_id=1608. См. также: Jens David Ohlin, “The Specific-Direction Smackdown”, 28 January 2014, *Lieber Code*, доступно по адресу: www.liebercode.org/2014/01/the-specific-direction-smackdown.html.

65 Extraordinary Chambers in the Courts of Cambodia, Case File/Dossier No. 002/19-09-2007/ECCC/TC, Case 002/01 Judgment, 7 August 2014, paras 707—710.

66 См.: Manuel J. Ventura, “Farewell ‘Specific Direction’: Aiding and Abetting War Crimes in *Perišić, Taylor and Šainović et al.*, and US Alien Tort Statute Jurisprudence”, in Stuart Casey-Maslen (ed.), *The War Report: Armed Conflict in 2013*, Oxford University Press, Oxford, 2014, доступно по адресу: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2435515; Leila Nadya Sadat, “Can the ICTY *Šainović and Perišić* Cases Be Reconciled?”, *American Journal of International Law*, Vol. 108, No. 3, 2014, pp. 475—485.

67 ICTY, *Prosecutor v. Perišić*, Case No. IT-04-81-A, Decision on Motion for Reconsideration (Appeals Chamber), 20 March 2014.

68 См. в целом: S. Darcy, примечание 2 выше.

выводам Нюрнбергского трибунала, а не приводить аргументы заново несколько другими словами, тем самым открывая дверь для разногласий благодаря различным толкованиям двух решений»⁶⁹.

В Уставе СССЛ предпринята попытка пойти дальше по пути согласования: в нем утверждается, что «судьи Апелляционной камеры Специального суда руководствуются решениями Апелляционных камер Международных трибуналов по бывшей Югославии и по Руанде»⁷⁰. Но Апелляционная камера СССЛ, как стало очевидным из дела Тейлора, «является конечной инстанцией для этого суда, и решения других судов имеют только совещательный характер, а не обязательную силу»⁷¹. Как известно, международные суды в разное время занимали разные позиции по процедурным вопросам, таким как позволительность защиты свидетелей⁷², а также по применимости некоторых видов уголовной ответственности, особенно за совместную преступную деятельность⁷³. Там, где нормативная база является неясной, такие отклонения часто основываются на различающихся толкованиях обычного международного права. Пока СССЛ не отверг определение по делу Перишича, связанное с конкретной преступной направленностью, самым очевидным примером разногласий между судами было разногласие между Международным судом и МТБЮ по вопросу о требуемой степени контроля над негосударственными акторами для того, чтобы возникла ответственность государства, — это будет детально рассмотрено в следующем разделе. Перед тем как обратиться к судебному спору, следует подумать о некоторых потенциальных последствиях этой судебной дисгармонии, которые касаются пособничества и подстрекательства.

Возникает закономерный вопрос: будет ли конкретная преступная направленность фигурировать в критерии пособничества и подстрекательства в Международном уголовном суде? На первый взгляд, судьи этого МУС не должны становиться на чью-то сторону по такому несомненно спорному вопросу, при том что в Римском статуте и в соответствующих инструментах имеется более высокий уровень детализации по сравнению

69 Judgment of the International Military Tribunal for the Far East, in Neil Boister and Robert Cryer (eds), *Documents on the Tokyo International Military Tribunal*, Oxford University Press, Oxford, 2008, p. 81.

70 Устав СССЛ, статья 20 (3).

71 Taylor, примечание 42 выше, para. 472.

72 Ср.: International Criminal Tribunal for Rwanda (ICTR), *Prosecutor v. Karemera et al*, Case No. ICTR-98-44-AR73.8, Decision on Interlocutory Appeal Regarding Witness Proofing (Appeals Chamber), 11 May 2007; и ICC, *Prosecutor v. Lubanga Dyilo*, Case No. ICC-01/04-01/06-679, Decision on the Practices of Witness Familiarisation and Witness Proofing (Pre-Trial Chamber 1), 8 November 2006. Тем не менее см.: ICC, *Prosecutor v. Muthaura and Kenyatta*, Case No. ICC-01/09-02/11, Decision on Witness Preparation (Trial Chamber V), 2 January 2013; *Prosecutor v. Ruto and Sang*, Case No. ICC-01/09-01/11, Decision on Witness Preparation (Trial Chamber V), 2 January 2013.

73 Ср.: *Tadić*, примечание 13 выше, paras 172—233, и Special Tribunal for Lebanon, Case No. STL-11-01/I, Interlocutory Decision on the Applicable Law: Terrorism, Conspiracy, Homicide, Perpetration, Cumulative Charging (Appeals Chamber), 16 February 2011, paras 236—249; и Extraordinary Chambers in the Courts of Cambodia, Case No. 002/19-09-2007/ECCC/OCIJ, Decision on the Appeals Against the Co-Investigative Judges Order on Joint Criminal Enterprise (Pre-Trial Chamber), 20 May 2010, и Case No. 002/19-09-2007/ECCC/TC, Decision on the Applicability of Joint Criminal Enterprise (Trial Chamber), 12 September 2011.

со уставами специальных трибуналов. Антонио Кассезе считал, что составители документов сделали это намеренно на Римской конференции, опасаясь, что судьи «перегнут палку» (так называемый «подход Кассезе») ⁷⁴. В отношении пособничества и подстрекательства Римский статут утверждает в статье 25 (3) (с), что уголовная ответственность может возникать для гражданина, который «с целью облегчить совершение такого преступления пособничает, подстрекает или каким-либо иным образом содействует его совершению или покушению на него, включая предоставление средств для его совершения» ⁷⁵.

Здесь нет ссылки на конкретную преступную направленность, хотя формулировка требует, чтобы обвиняемый действовал с намерением, возможно с конкретным намерением, а не просто зная о задуманном действии ⁷⁶. Уильям Шабас предположил, что это можно вывести из действий обвиняемого ⁷⁷, и такая позиция была бы удовлетворена там, где помощь конкретно направлена на преступные действия, хотя такая конкретная преступная направленность может и не быть значительной. Требование наличия цели подпадает под критерий преступного умысла. В процессе МТБЮ осведомленность была принята в качестве соответствующего элемента субъективной стороны преступления при пособничестве и соучастии, при этом конкретная преступная направленность воспринималась как требуемая часть состава преступления, хотя и с некоторым очевидным правовым дискомфортом ⁷⁸. Элиес ван Слидрегт сказала, что в процессе МТБЮ конкретная преступная направленность состояла в введении «теста на обнаружение скрытой цели» ⁷⁹. Может быть, требование Международного уголовного суда искать цель в вопросе о пособничестве и подстрекательстве приведет к тому, что в этом отношении конкретная преступная направленность будет рассматриваться как свидетельство умысла обвиняемого, а не как элемент состава преступления.

Конкретная преступная направленность может также возникать в контексте статьи 25 (3) (d) Римского статута, которая предусматривает уголовную ответственность для человека, который намеренно содействует совершению преступления группой лиц, действующих во исполнение общей цели. Вклад в эту деятельность должен быть сделан «в целях

74 Heikelina Verrjin Stuart and Marlise Simons, *The Prosecutor and the Judge*, Pallas Publications/Amsterdam University Press, 2009, pp. 52—53.

75 Римский статут, статья 25 (3) (с).

76 William A. Schabas, *The International Criminal Court: A Commentary on the Rome Statute*, Oxford University Press, Oxford, 2011, pp. 435—436. Тем не менее см.: Joanna Kyriakakis, “Developments in International Criminal Law and the Case of Business Involvement in International Crimes”, *International Review of the Red Cross*, Vol. 94, No. 887, 2012, pp. 998—1000; Andrew Clapham, “Weapons and Armed Non-State Actors”, in Stuart Casey-Maslen (ed.), *Weapons Under International Human Rights Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2014, p. 18, доступно по адресу: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2156408.

77 W. A. Schabas, примечание 76 выше, p. 436.

78 *Perišić*, примечание 17 выше, para. 48.

79 Elies van Sliedregt, in *Milestones in International Criminal Justice: Recent Legal Controversies at the UN Yugoslav Tribunal*, International Law Summary, Chatham House, 16 October 2013, p. 13.

поддержки преступной деятельности или преступной цели группы» или «с осознанием умысла группы совершить преступление»⁸⁰. В деле провинции Катанга в Заире обвиняемый был осужден в соответствии с таким положением, и судья Ван ден Вингерг отметила судебную практику специальных трибуналов в отношении конкретной направленности, предложив такую точку зрения:

«Я считаю, что, оценивая значение вклада кого-либо, есть веские причины проанализировать, направлена ли чья-то помощь на преступную или на некриминальную часть деятельности какой-либо группы. В самом деле, это может быть особенно полезным для определения, является ли какой-то вклад общего характера — вклад, который равно может быть направлен и к законной цели, — преступным или нет»⁸¹.

Судья считала, что это особенно важно при «исключительно низких» порогах *mens rea* (субъективной стороны преступления) и *actus reus* (состава преступления) в соответствии со статьей 25 (3) (d). Хотя судья Ван ден Вингерг не стала настаивать на конкретной преступной направленности, она заметила, что без такого требования можно почти не говорить «о преступной виновности в тех случаях, когда кто-то делает вклад общего характера, просто зная о существовании группы, действующей с общей целью»⁸². Судебная камера осудила непризнанное государство Катанга за поставки оружия группе, известной нападениями на гражданских лиц, при этом судьи не настаивали, что такие поставки были специально направлены на совершение подобных преступлений⁸³. Однако особое внимание при этом было уделено тому, что такой вклад должен быть существенным и «имевшим значительное влияние на совершение подобных преступлений»⁸⁴. Это отражает тот факт, что в судебной практике специальных трибуналов и Специального суда по Сьерра-Леоне по вопросу пособничества и подстрекательства всегда подчеркивалось, что оказанная помощь должна была существенно способствовать совершению преступлений. Что касается конкретной преступной направленности в делах Международного уголовного суда, в современной судебной практике этот вопрос просто не решался достаточно подробно⁸⁵.

Судебная практика международных уголовных трибуналов также имеет вес и для национальных судов, а рассмотрение вопросов пособничества и подстрекательства является особенно существенным в контексте

80 Римский статут, статья 25 (3) (d).

81 ICC, *Prosecutor v. Katanga*, Case No. ICC-01/04-01/07, Judgment (Trial Chamber), 7 March 2014, Minority Opinion of Judge Christine Van den Wyngaert, para. 287.

82 *Ibid.*

83 “*Germain Katanga Found Guilty of Four Counts of War Crimes and One Count of Crimes Against Humanity Committed in Ituri, DRC*”, ICC-CPI-20140307-PR986, press release, 7 March 2014. Английская версия решения суда была недоступна на время написания статьи.

84 См. также: ICC, “Summary of Trial Chamber II’s Judgment of 7 March 2014, Pursuant to Article 74 of the Statute in the Case of *The Prosecutor v. Germain Katanga*”, paras 76–84.

85 Kevin Jon Heller, “A Defence of the Specific Direction Requirement”, in *Milestones in International Criminal Justice*, примечание 79 выше, pp. 9–10.

корпоративной ответственности за соучастие в нарушениях прав человека. Документ ООН «Руководящие принципы предпринимательской деятельности в аспекте прав человека», который получил единодушное одобрение Совета по правам человека в 2011 г., гласят, что «вся международная судебная практика по уголовным делам свидетельствует о том, что суть соответствующей нормы в отношении соучастия или подстрекательства заключается в сознательном предоставлении практической помощи или подстрекательстве, которые имеют существенное значение для совершения преступления»⁸⁶. В Соединенных Штатах Америки суды, которые выносили решения по гражданским искам согласно Закону о правонарушениях в отношении иностранных граждан, принимали во внимание критерий уголовной ответственности за пособничество и подстрекательство. Были некоторые разногласия относительно того, требуются ли при этом просто осведомленность и существенный вклад — или требуется цель для того, чтобы считать лицо сообщником, который намеренно предоставлял помощь⁸⁷. Это подняло бы планку для требования *mens rea*. Например, цель продажи оружия вооруженной группе, скорее всего, состоит в получении прибыли, а не в совершении военных преступлений⁸⁸. В деле Доу против Nestle USA Апелляционный суд девятого округа США принял к сведению судебную практику дел Тейлора и Перишича, но отказался выразить позицию по вопросу конкретной преступной направленности, заметив, однако, что теперь «меньше внимания уделяется конкретной преступной направленности и больше — существованию причинной связи между ответчиками и совершением преступления»⁸⁹. Мануэль Вентура считает, что «нескончаемая история о конкретной преступной направленности» также будет разыгрываться в делах о правонарушениях в отношении иностранных граждан в судах Соединенных Штатов и что очень вероятно, что такой элемент будет внедрен в и без того неопределенную юриспруденцию.

Разграничение главных исполнителей преступления и сообщников содержит предположение, что последние менее заслуживают наказания, чем первые. Когда Апелляционная камера МТБЮ внесла определение о совместной преступной деятельности по делу Тадича, она утверждала, что квалификация как пособничество и подстрекательство деяний тех лиц,

86 См.: John Ruggie, *Guiding Principles on Business and Human Rights: Implementing the United Nations "Protect, Respect and Remedy" Framework*, report of the Special Representative of the Secretary-General on the issues of human rights and transnational corporations and other business enterprises, A/HRC/17/31, 21 March 2011, p. 17.

87 Ср., например: United States Court of Appeal for the District of Columbia Circuit, *John Doe v. Exxon Mobil Corporation*, Case No. 09-7125, 8 July 2011; и United States Court of Appeal for the Second Circuit, *The Presbyterian Church of Sudan v. Talisman Energy, Inc.*, Case No. 07-0016, 2 October 2009. См. далее: Angela Walker, "The Hidden Flaw in Kiobel: Under the Alien Tort Statute the Mens Rea Standard for Corporate Aiding and Abetting is Knowledge," *Northwestern Journal of International Human Rights*, Vol. 10, 2011, pp. 119—145.

88 См.: Robert Cryer et al., *An Introduction to International Criminal Law and Procedure*, 3rd ed., Cambridge University Press, Cambridge, 2014, p. 374.

89 United States Court of Appeal for the Ninth Circuit, *Doe et al. v. Nestle USA et al.*, Case No. 10-56739, Order and Opinion, 4 September 2014, p. 27.

которые «в определенной степени сделали физически возможным совершение преступного деяния... может снижать степень их уголовной ответственности»⁹⁰. В то время как уголовное право относится к пособнику более снисходительно, чем к реальному исполнителю преступления, роль первого нельзя игнорировать в контексте военных преступлений. Понятия пособничества и подстрекательства относятся к тем, кто осознанно предоставляет помощь, которая значительно способствует совершению преступлений. Требование осведомленности о такой деятельности является нижним стандартом *mens rea* (статья 30 Римского статута устанавливает общее условие уголовной ответственности: преступление «совершено намеренно и сознательно»), хотя, например в случае ответственности высокопоставленных должностных лиц, военачальники могут быть признаны уголовно ответственными за преступления их подчиненных, о которых они «должны были знать»⁹¹. Однако эта форма ответственности «основана на праве вышестоящего лица контролировать действия подчиненных или влиять на них»⁹², в то время как в случае пособничества и подстрекательства необязательно доказывать, что обвиняемый «имел полномочия контролировать тех, кто совершал преступления»⁹³. Вместо этого подчеркивается значительное влияние, которое содействие оказывает на совершение преступления. Ученые спорят, дает ли требование конкретной преступной направленности более правильное понимание принципа личной виновности⁹⁴. Для Чарльза Ч. Джалло это, «скорее всего, нереалистично в смысле порога, который требуется для характеристики современных типов конфликта и большого диапазона содействия, которое могут оказать политические и военные руководители другим, таким как группы повстанцев, для того чтобы подбросить топливо в топку зверств и жестокостей»⁹⁵. В то время как такие руководители могут нести индивидуальную ответственность согласно международному уголовному праву, их действия могут также породить ответственность государства за нарушения МГП, совершенные такими вооруженными группами. Имеются четкие параллели между юридическим расхождением относительно масштаба индивидуальной ответственности за такое содействие международным преступлениям и разногласиями между международными судами, которые возникли по отношению к правильному критерию признания ответственности государства за подобные нарушения права, совершенные негосударственными акторами в ситуациях вооруженного конфликта.

90 *Tadić*, примечание 13 выше, para. 192.

91 Римский статут, статья 28 (a) (i).

92 ICTR, *Prosecutor v. Bagilishema*, Case No. ICTR-95-1A-T, Judgment (Trial Chamber I), 7 June 2001, para. 37.

93 ICTY, *Prosecutor v. Simić*, Case No. IT-95-9-A, Judgment (Appeals Chamber), 28 November 2006, para. 103.

94 Ср.: К. J. Heller, примечание 85 выше, pp. 5–10, и James G. Stewart, “The ICTY Loses Its Way on Complicity — Part 1”, *Opinio Juris*, 3 April 2013, доступно по адресу: <http://opiniojuris.org/2013/04/03/guestpost-the-icty-loses-its-way-on-complicity-part-1/>.

95 С. С. Jalloh, примечание 62 выше, p. 66. См. также: Antonio Coco and Tom Gal, “Losing Direction: The ICTY Appeals Chamber’s Controversial Approach to Aiding and Abetting in *Perišić*”, *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 12, No. 2, March 2014, pp. 345–366, доступно по адресу: <http://jicj.oxfordjournals.org/content/12/2/345.abstract>.

Ответственность государства

Особенно строгий критерий существует для признания ответственности государства в соответствии с международным правом за предоставление помощи или содействие тем, кто совершает военные преступления, несмотря на некие юридические разногласия относительно того, насколько строгим должен быть этот критерий. Общий критерий имеет сходные свойства с критерием, применяемым к отдельным лицам в соответствии с международным уголовным правом, даже если сами государства не являются уголовно ответственными или подлежащими уголовным санкциям в соответствии с международным правом⁹⁶. Согласно Проекту статей об ответственности государств за международно-противоправные деяния, подготовленному Комиссией международного права, государство считается ответственным за незаконное, в рамках международного права, поведение лица или группы лиц, за допущение или признание такого поведения как своего собственного, если эти лица «фактически действуют по указаниям либо под руководством или контролем этого государства при осуществлении такого поведения»⁹⁷. Похожая статья Проекта посвящена ответственности государства за незаконные действия другого государства:

«Государство, которое руководит другим государством и осуществляет контроль над ним в совершении последним международно-противоправного деяния, несет международную ответственность за данное деяние, если: а) данное государство делает это, зная об обстоятельствах международно-противоправного деяния; и б) деяние являлось бы международно-противоправным в случае его совершения данным государством»⁹⁸.

Государство также несет ответственность, если оно «помогает или содействует другому государству в совершении международно-противоправного деяния»⁹⁹. При отсутствии руководства и контроля со стороны другого государства в совершении противоправного деяния, государство может нести ответственность за то, что сознательно содействовало или подстрекало другое государство к совершению международно-противоправного деяния. Таким образом, Проект статей предполагает разные критерии для ситуаций, когда государство вовлечено в нарушения, совершаемые лицом или группой лиц, и когда эти нарушения совершаются другим государством. Чтобы государство было признано ответственным за пособничество или содействие негосударственным группам, которые совершают военные

96 См. в целом: Gabriella Blum, "The Crime and Punishment of States", *Yale Journal of International Law*, Vol. 38, 2013, pp. 57—122; Nina H. B. Jørgensen, *The Responsibility of States for International Crimes*, Oxford University Press, Oxford, 2000; Joseph H. H. Weiler, Antonio Cassese and Marina Spinedi, *International Crimes of State: A Critical Analysis of the ILC's Article 19 on State Responsibility*, Walter de Gruyter, Berlin, 1989.

97 Комиссия международного права, Проект статей об ответственности государств за международно-противоправные деяния, A/56/10, 2001, статьи 8, 11.

98 Там же, статья 17.

99 Там же, статья 16.

преступления, в Проекте статей требуется, чтобы такие группы получали инструкции, указания или контролировались государством относительно таких деяний. Государство также может быть признано ответственным в случае отсутствия такого пособничества или содействия, если незаконные действия осуществляются при его инструкциях, указаниях или контроле. Значительное внимание уделялось юристами точному значению слова «контроль» в этом контексте, что привело к расхождению мнений между Международным судом и МТБЮ.

В деле Никарагуа против Соединенных Штатов Америки Международный суд должен был оценить отношения между Соединенными Штатами и контрас, вооруженной оппозицией, которая боролась против государства Никарагуа, — чтобы определить, можно ли отнести незаконные действия контрас на счет Соединенных Штатов в рамках ответственности государства¹⁰⁰. Судебное решение объяснило суть предоставленного содействия, определив, что оно включало в себя:

«логистическую поддержку, предоставление информации о местоположении и передвижениях войск сандинистов, использование современных средств связи, развертывание полевых радиосетей, покрытие сетью радаров и т. п. Суд считает очевидным, что некоторое количество военных и полувоенных операций были разработаны и спланированы если не непосредственно советниками США, то, по крайней мере, в тесном сотрудничестве с ними и на основании разведывательных данных и логистической поддержки, в особенности предоставления Соединенными Штатами транспортных самолетов контрас»¹⁰¹.

Хотя Соединенные Штаты «в большой мере финансировали, обучали, экипировали, вооружали и организовывали организацию «Никарагуанские демократические силы», вооруженную группу контрас, это не доказывало, что данная организация действовала от их лица¹⁰². Чтобы отнести незаконные международно-противоправные деяния на счет Соединенных Штатов, Суд потребовал доказать, что последние осуществляли «эффективный контроль» над военными или полувоенными операциями контрас¹⁰³. Участие и общий контроль, который осуществляли США, «сами по себе, без дальнейших доказательств, не означали, что Соединенные Штаты направляли или принуждали к совершению действий против прав человека и гуманитарного права»¹⁰⁴. Хотя было установлено, что США нарушили норму невмешательства во внутренние дела другого государства своим содействием контрас, Суд не признал ответственность США за незаконные действия повстанцев. Суд вынес признание Соединенным Штатам за подготовку

100 ICJ, *Military and Paramilitary Activities In and Against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*, Judgment, ICJ Reports 1986, para. 109.

101 *Ibid.*, para. 106.

102 *Ibid.*, paras 108—109.

103 *Ibid.*, para. 115.

104 *Ibid.*

и распространение военного наставления для контраст, что являлось подстрекательством к нарушениям гуманитарного права и, следовательно, противоречило обязанности обеспечивать соблюдение международного гуманитарного права¹⁰⁵.

МТБЮ обратился к этому критерию «эффективного контроля» в другом контексте: нужно было определить, когда немеждународный вооруженный конфликт может стать международным в результате пособничества или содействия постороннего государства негосударственной вооруженной стороне в конфликте. Согласно статье 2 Устава МТБЮ Тадича обвинили в серьезных нарушениях — военных преступлениях, которые могут рассматриваться как объект права только в ситуации международных вооруженных конфликтов. Хотя Апелляционная камера по делу Тадича не занималась непосредственно ответственностью государства, она охарактеризовала подход, использованный в деле Никарагуа, как неубедительный и вместо этого высказалась за менее строгий критерий «общего контроля»¹⁰⁶. Утверждалось, что ответственность государства за незаконные международно-противоправные деяния могла возникнуть в случае, когда они совершались «лицами, которые создают организованные группы, контролируемые государством... независимо от того, давало ли государство конкретные инструкции этим лицам»¹⁰⁷. Судебная камера занимала такую позицию: отношения зависимости между силами боснийских сербов в Боснии и Федеративной Республикой Югославией были недостаточными для того, чтобы признать этот конфликт международным¹⁰⁸, хотя судья Макдональд, которая председательствовала в процессе, считала, что в этом деле существуют отношения эффективного контроля. Она считала, что «соответствующий критерий в деле Никарагуа — это критерий “зависимости и контроля” и не требуется доказывать наличие эффективного контроля»¹⁰⁹. В деле о лагере Челебичи Судебная камера признала данный конфликт международным, поскольку Федеративная Республика Югославия «фактически оставалась силой, контролирующей действия боснийских сербов»¹¹⁰.

Ранее в работе Апелляционной камеры по делу Тадича были разграничены озабоченность Международного суда относительно ответственности государства и собственно объект внимания Камеры — индивидуальная уголовная ответственность. Тем не менее судьи Апелляционной камеры полагали, что критерий, определяющий, считать ли лицо фактически государственным органом, может быть одинаков и для того

105 *Ibid.*, para. 220. См. также: Dissenting Opinion of Judge Schwebel, para. 259.

106 *Tadić*, примечание 13 выше, para. 120. См. также: ICTY, *Prosecutor v. Rajić*, Case No. IT-95-12, Review of the Indictment Pursuant to Rule 61 of the Rules of Procedure and Evidence (Trial Chamber), 13 September 1996, paras 22–26.

107 *Tadić*, примечание 13 выше, para. 123 (курсив оригинала).

108 ICTY, *Prosecutor v. Tadić*, Case No. IT-94-1-T, Judgment (Trial Chamber), 7 May 1997, para. 588.

109 *Ibid.*, Separate and Dissenting Opinion of Judge McDonald Regarding the Applicability of Article 2 of the Statute, p. 288.

110 ICTY, *Prosecutor v. Delalić et al.*, Case No. IT-96-21-T, Judgment (Trial Chamber), 18 November 1998, para. 228–235.

и для другого¹¹¹. Право об ответственности государства составлено таким образом, поскольку «государствам не разрешается, с одной стороны, действовать *de facto* посредством отдельных лиц, а с другой стороны, заявлять о своей непричастности, когда эти лица нарушают международное право»¹¹². Если содействие оказывалось организованной группе, для судей Апелляционной камеры этого было достаточно, чтобы считать, что группа в целом находится под всеобщим контролем государства¹¹³. Таким образом, был применен следующий критерий:

«Чтобы приписать действия военной или полувоенной группы государству, следует доказать, что государство осуществляет полный контроль над группой, не только экипируя и финансируя группу, но также и координируя ее военные действия или помогая в их общем планировании. Только тогда государство может быть признано ответственным с точки зрения международного права за любые противоправные действия группы. Однако не обязательно, чтобы государство также выдавало руководителю или членам группы инструкции для совершения конкретных действий, противоречащих международному праву»¹¹⁴.

Хотя в МТБЮ отчасти было выражено некоторое несогласие с этим подходом¹¹⁵, выводы Апелляционной камеры оказали влияние на Трибунал¹¹⁶. Они также оказались убедительным прецедентом для Международного уголовного суда, поскольку вооруженные конфликты также должны классифицироваться в свете различий, указанных в статье 8 Римского статута¹¹⁷. Судебная камера по делу Лубанги без объяснений вынесла решение, что критерий общего контроля является «правильным подходом» при определении того, когда немеждународный вооруженный конфликт становится международным¹¹⁸.

Международный суд не согласился с подходом МТБЮ по делу Тадича и ясно подтвердил свою позицию относительно надлежащего критерия ответственности государства за нарушения, совершенные негосударственными группами. В отношении групп повстанцев в Конго, которым государство Уганда предоставляло обучение и поддержку, Суд не нашел достаточных свидетельств того, что они действовали «по инструкциям, или под управлением, или под контролем» Уганды¹¹⁹. В деле Босния против Сербии Суд специально обратился к критерию общего контроля,

111 *Tadić*, примечание 13 выше, paras 101–104.

112 *Ibid.*, para. 117.

113 *Ibid.*, paras 117, 120.

114 *Ibid.*, para. 131.

115 См., например: *Ibid.*, Separate Opinion of Judge Shahabuddeen, para. 5.

116 См., например: *Aleksovski*, примечание 56 выше, para. 134; ICTY, *Prosecutor v. Delalić et al.*, Case No. IT-96-21-A, Judgment (Appeals Chamber), 20 February 2001, para. 26.

117 См., например: *Lubanga*, Confirmation of Charges, примечание 3 выше, paras 210–211.

118 *Lubanga*, Trial Chamber Judgment, примечание 3 выше, para. 541.

119 ICJ, *Armed Activities on the Territory of the Congo (Democratic Republic of the Congo v. Uganda)*, Judgment, ICJ Reports 2005, para. 160.

предложенному МТБЮ, просто утверждая, что он «не смог разделить точку зрения Камеры»¹²⁰. По мнению Суда, от МТБЮ не требовалось обсуждать ответственность государства, и Трибунал, соответственно, рассмотрел вопрос, который «не являлся обязательным» для отправления правосудия¹²¹. Хотя Международный суд подтвердил правовые и фактические решения Трибунала относительно индивидуальной уголовной ответственности, он постановил следующее:

«Ситуация не одинакова для позиций, принятых МТБЮ по вопросам общего международного права, которые не находятся в его конкретной юрисдикции и, более того, разрешение которых не всегда необходимо для решения им уголовных дел»¹²².

По мнению Суда, критерий, сформулированный при рассмотрении дела Тадича, «простирается слишком далеко, почти до грани, до связи, которая должна существовать между действиями органов государства и его международной ответственностью»¹²³. С другой стороны, заместитель председателя Суда судья Аун Шаукат Аль-Хасауна поддержал позицию МТБЮ, сказав следующее:

«Требование контроля как над негосударственными акторами, так и над конкретными операциями, в контексте которых были совершены международные преступления, представляет собой слишком высокий порог. Внутренняя опасность такого подхода состоит в том, что он дает государству возможность проводить криминальную политику посредством негосударственных акторов или замещающих лиц, тем самым не принимая на себя прямую ответственность»¹²⁴.

Суд возразил не критерию общего контроля, применявшемуся МТБЮ при классификации вооруженных конфликтов, а скорее его утверждению, что такой критерий может быть применен в контексте ответственности государства. Судьи считали, что к этим близким, но различающимся вопросам могут применяться различные критерии «без логического несоответствия»¹²⁵. Однако «судебная дипломатия», которую Международный суд проявил в деле Босния против Сербии¹²⁶, не смогла замаскировать различия во взглядах МС и МТБЮ относительно концепции контроля в контексте ответственности государства.

В свете темы данной статьи стоит рассмотреть позицию Международного суда в деле Босния против Сербии применительно к статье 8

120 ICJ, *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro)*, Judgment, ICJ Reports 2007, para. 403.

121 *Ibid.*

122 *Ibid.*

123 *Ibid.*, para. 406.

124 *Ibid.*, Dissenting Opinion of Vice-President Al-Khasawneh, para. 39.

125 *Bosnia v. Serbia*, примечание 120 выше, para. 405.

126 Bruno Simma, "Universality of International Law from the Perspective of a Practitioner", *European Journal of International Law*, Vol. 20, No. 2, 2009, p. 280.

Проекта статей об ответственности государств, а также применительно к концепции «соучастия в геноциде» — по определению Конвенции о предупреждении преступления геноцида и наказании за него 1948 г. По мнению Суда, статья 8 воплощает в себе обычное международное право и предусматривает, что государство отвечает за международно-противоправные действия лиц или групп, которые «действуют по инструкциям, или под непосредственным руководством, или под контролем государства в осуществлении своей линии». Толкование Суда состоит в том, что такое лицо или группа должны в значительной степени представлять собой средство совершения преступления; в этом случае нужно было показать, что органы Федеративной Республики Югославии «породили геноцид»¹²⁷. Чтобы применить понятие о противоправных деяниях, нужно было доказать осуществление эффективного контроля или предоставление инструкций «в отношении каждой операции, во время которой происходили заявленные нарушения, а не вообще в отношении общих предпринятых действий»¹²⁸. Хотя Суд установил, что в Сребренице был совершен акт геноцида, он не доказал, что органы Федеративной Республики Югославии выдали инструкции совершить массовые убийства или что конкретные исполнители преступлений находились под непосредственным контролем этого государства¹²⁹.

Суд также обратился к «соучастию в геноциде», деянию, за которое лица могут быть наказаны в соответствии с Конвенцией о геноциде 1948 г. Не было сомнений, что эта концепция включает в себя «предоставление средств для того, чтобы сделать возможным или способствовать совершению преступления»¹³⁰. Поскольку понятие соучастия само по себе не существует в праве, относящемся к ответственности государства, чтобы рассмотреть его, Суд обратился к обычному праву в Проекте статей об ответственности государств, где говорится о пособничестве или содействии другому государству¹³¹. Хотя Суд обращался к взаимодействию между государствами, а «не непосредственно относясь» к конкретному делу, он тем не менее применил статью Проекта и задал вопрос, осуществляли ли Сербия и Черногория или лица, действовавшие по инструкциям этого государства, или под его руководством, или под эффективным контролем, пособничество или содействие геноциду, происходившему в Сребренице¹³². Как указано выше, государство, которое осуществляет пособничество или содействует другому государству, не обязательно должно направлять или контролировать это государство, — здесь, по-видимому, Суд смешал условия статьи 8 о поведении «по указаниям либо под руководством или контролем» с требованиями статьи 16, где говорится о намеренном пособничестве

127 *Bosnia v. Serbia*, примечание 120 выше, para. 397.

128 *Ibid.*, para. 400.

129 *Ibid.*, para. 413.

130 *Ibid.*, para. 419.

131 См. в целом: Helmut Philipp Aust, *Complicity and the Law of State Responsibility*, Cambridge University Press, Cambridge, 2013, pp. 358—364.

132 *Bosnia v. Serbia*, примечание 120 выше, para. 420.

или содействию. Чтобы возникло соучастие, как выразился Суд, пособничество или содействие должны были оказываться «сознательно», когда лицо или орган знали о конкретном намерении исполнителя совершить геноцид¹³³. Что касается оказанной помощи, Суд установил, что

«никто не сомневался, что в Сребренице были совершены зверства, по крайней мере частично, с помощью ресурсов, которыми располагали исполнители этих деяний в результате общей политики пособничества и содействия, которую по отношению к ним проводила Федеративная Республика Югославия»¹³⁴.

Несмотря на это, Суд решил, что требования соучастия в геноциде не были удовлетворены, поскольку не было доказано, что содействие оказывалось исполнителям преступлений «в полном осознании того, что предоставленная поддержка будет использоваться для совершения геноцида»¹³⁵. Решение совершить геноцид принималось боснийскими сербами относительно быстро, и не было убедительно показано, что власти Белграда знали об этом в тот момент¹³⁶. Но даже если они обладали таким знанием, формулировка Суда, касающаяся соучастия, требовала, по-видимому, чтобы данные лица или группа также действовали по инструкциям, или под управлением, или под контролем этого государства. Позднее, однако, когда Суд обращается в своем решении к соучастию, он говорит об органах государства, которые, «в полной мере зная о фактах», оказывали пособничество и содействие, что делало возможным или облегчало совершение преступлений¹³⁷. Суд мог рассмотреть соучастие в контексте геноцида как нечто отличающееся от причастности государства к другим случаям нарушения международного права и тем самым породить понятие ответственности за осознанное пособничество и содействие. Поскольку анализ, произведенный Судом, не выходил за пределы элемента осведомленности, это остается в какой-то мере открытым вопросом.

Возвращаясь к требуемому критерию контроля, Международный суд старался примирить различные подходы — тот, который использовался Апелляционной камерой в деле Тадича, и свой собственный подход, — сочтя, что эти подходы обращены к отдельным и различающимся друг от друга вопросам: применительно к ответственности государства и для целей классификации вооруженных конфликтов соответственно. Однако Антонио Кассезе впоследствии подтвердил, что МТБЮ действительно пытался доказать существование отличающегося требования контроля, для того чтобы соотнести поведение организованных вооруженных групп с ответственностью государства¹³⁸. Как замечает Вентура, на первый взгляд мысль о том,

133 *Ibid.*, para. 421.

134 *Ibid.*, para. 422.

135 *Ibid.*, para. 423.

136 *Ibid.*

137 *Ibid.*, para. 432.

138 Antonio Cassese, “The Nicaragua and Tadić Tests Revisited in Light of the ICJ Judgment on Genocide in Bosnia”, *European Journal of International Law*, Vol. 18, 2007, pp. 655—658.

что это разные критерии, может показаться привлекательной, но в конечном итоге оба они связаны с приписыванием деяний негосударственных акторов государствам, хотя их правовые цели различны¹³⁹. Несмотря на позицию Суда, два их бывших председателя, похоже, расходятся во мнениях о том, является ли такая разница реальной, или это разница восприятия¹⁴⁰. Комиссия международного права также пыталась рассматривать эти два различающихся подхода как относящиеся к двум отдельным вопросам¹⁴¹, хотя позднее она описывала такое расхождение как пример «фрагментации вследствие конфликтующих толкований общего права»¹⁴². В то время как Международный уголовный суд полагался на критерий общего контроля в своем анализе классификации конфликтов, судья Ван ден Вингерт указала, что критерий, сформулированный МТБЮ, требует «нового обоснования» в свете его неприятия Международным судом¹⁴³. Как минимум ясно, что право, касающееся ответственности государства, требует доказательства большего, чем всего лишь оказание пособничества или содействия негосударственным акторам, для того чтобы государство, предоставлявшее такое содействие, было признано ответственным за правонарушения, совершенные этими группами. Международно-противоправные деяния должны быть совершены по инструкциям или управлением государства либо группой, находящейся под контролем государства, будь то «эффективный» или «всесторонний» контроль. Такой критерий не применяется в случае сознательного предоставления помощи или содействия государствам, нарушающим закон. Также не обязательно, как показано в предыдущем разделе, для признания уголовной ответственности индивидуума — пособника и подстрекателя, чтобы он инструктировал или осуществлял контроль над непосредственными исполнителями военных преступлений. В следующем разделе рассматривается частичное совпадение и взаимодействие ответственности государства и лица за пособничество или содействие негосударственным акторам, а также дополнительные нормы международного гуманитарного права, которые относятся к такому поведению.

139 Manuel J. Ventura, “Two Controversies in the Lubanga Trial Judgment of the ICC: The Nature of Coperpetration’s Common Plan and the Classification of the Armed Conflict”, in Stuart Casey-Maslen (ed.), *The War Report 2012*, Oxford University Press, Oxford, 2013, p. 488.

140 Ср.: Draft Articles Gilbert Guillaume, “The Proliferation of Internationally Judicial Bodies: The Outlook for the International Legal Order”, speech to the Sixth Committee of the General Assembly of the United Nations, 27 October 2000; with Judge Rosalyn Higgins, speech to the Legal Advisers of the Ministries of Foreign Affairs, 20 October 2007; оба материала доступны по адресу: www.icj-cij.org.

141 ILC, *Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts*, with Commentaries, *Yearbook of the International Law Commission*, Vol. 2, Part 2, 2001 (Draft Articles), pp. 47–48.

142 ILC, *Fragmentation of International Law: Difficulties Arising from the Diversification and Expansion of International Law*, report of the Study Group of the International Law Commission Finalized by Martii Koskenniemi, UN Doc. A/AC.4/L.682, 13 April 2006, paras 49–52. См. также: Olivier de Frouville, “Attribution of Conduct to the State: Private Individuals”, in James Crawford, Alain Pellet and Simon Olleson (eds), *The Law of International Responsibility*, Oxford University Press, Oxford, 2010, p. 266.

143 *Katanga*, Minority Opinion of Judge Christine Van den Wyngaert, примечание 81 выше, fn. 382.

Синхронизировать ли ответственность?

Ответственность государства и индивидуальная уголовная ответственность за нарушения международного права не зависят друг от друга, но не являются взаимоисключающими и могут возникать одновременно как ответственность за деяния, признанные военными преступлениями¹⁴⁴. Точно так же привлечение к ответственности лиц или организаций, которые содействовали совершению международных преступлений или поощряли их, не является альтернативой судебному преследованию непосредственных исполнителей этих правонарушений. Множество лиц и организаций могут нести ответственность за участие разного рода в нарушениях права вооруженных конфликтов. Было уже сказано, что большое количество нарушений международного гуманитарного права не могло бы произойти «без содействия торговцев оружием, торговцев бриллиантами, банкиров и финансистов»¹⁴⁵. Такие люди, а также государства и их официальные лица, несомненно, внесли свой вклад в нарушения МПП, в том числе в военные преступления, совершенные негосударственными вооруженными группами. Интересно сравнить и противопоставить индивидуальную ответственность и ответственность государства в таких случаях. Представляется, что на основании вышеприведенного анализа современного состояния права, касающегося соучастия, может быть признана уголовная ответственность государственного служащего за то, что он санкционировал пособничество и содействие негосударственным акторам, которые совершают военные преступления, в то время как эти правонарушения не могут быть вменены самому государству при отсутствии инструкций, или управления, или контроля по отношению к соответствующей вооруженной группе. Может быть, именно попытка синхронизировать критерии обеих форм ответственности была в центре дела Перишича, даже если это означало повышение порога индивидуальной ответственности. Было бы логично, если бы государство тоже несло ответственность за действия своих официальных лиц, которые подлежат ответственности согласно международному уголовному праву. Перед тем как мы обратимся к этой теме, следует сделать несколько общих замечаний о взаимодействии между индивидуальной ответственностью и ответственностью государства за нарушения МПП.

Согласно международному праву ответственность государства и ответственность лица имеют общий предмет рассмотрения в контексте международного конфликта, а именно военные преступления, которые представляют собой «серьезные нарушения международного гуманитарного права»¹⁴⁶. Комиссия международного права заметила, что «там, где преступления против международного права совершаются официальными

144 См. в целом: Beatrice I. Bonafè, *The Relationship Between State and Individual Responsibility for International Crimes*, Martinus Nijhoff, Leiden/Boston, 2009.

145 William A. Schabas, "Enforcing International Humanitarian Law: Catching the Accomplices", *International Review of the Red Cross*, Vol. 83, No. 842, 2001, p. 441.

146 Хенкертс, Ж.-М., Досвальд-Бек, Л. Обычное международное гуманитарное право: Нормы. М.: МККК, 2006. Норма 156.

лицами, очень часто случается, что само государство ответственно за данные деяния или за неспособность предотвратить или наказать их»¹⁴⁷. Такие серьезные нарушения «усилили ответственность государства», считает Комиссия¹⁴⁸, хотя государство также может быть ответственно за другие нарушения, которые считаются международно-противоправными деяниями¹⁴⁹. Там, где происходят серьезные нарушения права, государственные официальные лица не могут более претендовать на защиту на основе «должностного положения»¹⁵⁰. Еще в приговоре Нюрнбергского трибунала отмечалось, что «преступления против международного права совершаются людьми, а не абстрактными структурами, и только путем наказания отдельных лиц, совершающих такие преступления, могут быть соблюдены положения международного права»¹⁵¹. И наоборот, отдельные лица могут также быть привлечены к ответственности независимо от участия государства; нет необходимости доказывать, что военное преступление явилось

«частью политики или практики, которая была официально одобрена или допускалась одной из сторон в конфликте, или что деяние было фактическим следствием политики, связанной с ведением войны или реальными интересами стороны в конфликте; согласно международному гуманитарному праву обязательства отдельных лиц имеют независимый характер и применяются без ущерба для любых вопросов об ответственности государств в соответствии с международным правом»¹⁵².

Тем не менее у обеих форм ответственности в контексте военных преступлений имеется общая почва.

Вопрос о виновности значим в контексте международной ответственности и имеет различные последствия для государств и отдельных лиц. В то время как «ошибка в факте является признанным основанием для освобождения от ответственности» лиц согласно международному уголовному праву¹⁵³, ответственность государства будет возникать в результате совершенного по ошибке нарушения МГП, такого как нападение на гражданский объект, ошибочно принятый за законную военную цель. Например, Соединенные Штаты Америки приняли ответственность и принесли формальное извинение за «ошибочное попадание» ракеты в посольство Китая в Белграде во время военных операций НАТО в Косово¹⁵⁴. Комитет, созданный

147 Draft Articles, примечание 141 выше, p. 142.

148 *Ibid.*, p. 113.

149 V. I. Vonafe, примечание 144 выше, p. 28.

150 См., например: Устав МТБЮ, статья 7 (2); Устав МУТР, статья 6 (2); Устав СССР, статья 6 (2); Римский статут, статья 27 (1).

151 International Military Tribunal (Nuremberg), *Judgment and Sentences*, 1 October 1946, reprinted in *American Journal of International Law*, Vol. 41, No. 1, 1947, p. 221.

152 *Tadić*, Trial Chamber Judgment, примечание 108 выше, para. 573.

153 См., например: Римский статут, статья 32 (1).

154 *Final Report to the Prosecutor by the Committee Established to Review the NATO Bombing Campaign Against the Federal Republic of Yugoslavia*, 2000, paras 80–85. См.: Paolo Benvenuti, “The ICTY Prosecutor and the Review of the NATO Bombing Campaign against the Federal Republic of Yugoslavia”, *European Journal of International Law*, Vol. 12, 2001, p. 525.

обвинителем МТБЮ для рассмотрения бомбардировок НАТО, критиковали за то, что его члены не рекомендовали рассматривать вопрос «параллельной уголовной ответственности»¹⁵⁵, хотя комитет объяснил, что «экипаж, которому указали неверную цель, не должен нести ответственность» и что было бы «неправильно пытаться возложить уголовную ответственность за инцидент на старших по званию, поскольку летчикам предоставили неправильную информацию официальные лица другого ведомства»¹⁵⁶. И это один из примеров, когда ответственность государства и индивидуальная ответственность не синонимичны в случаях, когда происходят нарушения МПП.

В качестве общего замечания скажем, что индивидуальная ответственность и ответственность государства не возникают одновременно там, где нарушения права вооруженных конфликтов совершают негосударственные вооруженные группы без участия государства. Естественно, что лица — участники таких формирований могут подвергаться международному преследованию за свои деяния, как показали первые обвинительные приговоры Международного уголовного суда¹⁵⁷, но соответствующая корпоративная ответственность негосударственной вооруженной группы остается неразработанной в международном праве. Тем не менее, как продемонстрировано в предыдущих разделах и как показывает история современных конфликтов, негосударственные вооруженные группы редко являются полностью самостоятельными структурами — они очень часто получают военную и финансовую помощь от государств. Во время гражданской войны в Сирии и конфликта с участием группировки «Исламское государство» различные негосударственные группы получали разные формы поддержки от посторонних государств¹⁵⁸. Например, в сентябре 2014 г. Сенат США одобрил план президента Обамы предоставить обучение и оружие «умеренным силам сирийской оппозиции»¹⁵⁹. При том что военные преступления были совершены негосударственными сторонами в конфликте¹⁶⁰, вопросы об ответственности государства и об индивидуальной ответственности за такое пособничество или содействие сохраняют свое особое значение, и, более того, в свете недавней международной судебной практики эти формы ответственности совпадают.

В том что касается соучастия, сравнение правовых требований относительно ответственности государства и индивидуальной ответственности раскрывает как их сходство, так и различия. В контексте преступного

155 *Ibid.*, pp. 525—526.

156 *Final Report to the Prosecutor*, примечание 154 выше, para. 85.

157 *Lubanga*, Trial Chamber Judgment, примечание выше 3; *Katanga*, Trial Chamber Judgment, примечание 81 выше.

158 См.: Tom Ruys, “Of Arms, Funding and ‘Non-Lethal Assistance’: Issues Surrounding Third-State Intervention in the Syrian Civil War”, *Chinese Journal of International Law*, Vol. 13, 2014, pp. 13—53.

159 Patricia Zengerle and Richard Cowan, “U.S House Votes to Arm Syrian rebels, but Questions Remain”, *Reuters*, 17 September 2014, доступно по адресу: www.reuters.com/article/2014/09/17/us-iraq-crisis-congressidUSKBN0HC28120140917.

160 См., например: Human Rights Watch, “*You Can Still See Their Blood*”: *Executions, Indiscriminate Shootings, and Hostage Taking by Opposition Forces in Latakia Countryside*, 11 October 2013.

пособничества или содействия лица должны знать, что их деяния способствуют совершению конкретного преступления и имеют существенное воздействие на совершение этого преступления. В то же время государствам, осознанно осуществляющим пособничество или оказывающим содействие другому государству, должно быть доказано, что

«данный государственный орган намеревался, посредством пособничества или содействия, способствовать международно-противоправным деяниям и что международно-противоправные деяния действительно совершило государство, которому оказано пособничество или содействие. Нет требования о том, чтобы пособничество или содействие были существенными для совершения международно-противоправных деяний; достаточно, если был внесен значительный вклад в эти деяния»¹⁶¹.

Там, где противоправные деяния совершались лицами или группами, чтобы доказать ответственность государства, нужно доказать, что лица или группы действовали по указаниям, под руководством или под контролем государства, «осуществляя такие деяния»¹⁶². Комиссия международного права подчеркивает необходимость «реальной связи» с государством, объясняя, что государство не может быть ответственным за «поведение, которое было связано с операцией только случайно или отдаленно и которое избежало руководства или контроля государства»¹⁶³. В то время как контроль над преступлением, подчиненными или организацией является характеристикой других видов ответственности в международном уголовном праве, это не требуется для индивидуальной ответственности при пособничестве и подстрекательстве; вместо этого настаивается на существенном воздействии на криминальное поведение пособничества или содействия. На это не ссылается Комиссия международного права в контексте ответственности государства за противоправные деяния, которые совершены лицами или группами и которые могли быть отнесены на счет государства, — в ситуации, когда внимание сосредоточено в основном на наличии указаний, руководства или контроля над группой, нарушающей международное право. Понимание Международным судом «эффективного контроля» требует, чтобы нарушения закона «направлялись или насильственно проводились» государством, в то время как МТБЮ утверждал, что достаточно такого положения, как «общий контроль», который включает в себя вклад в генеральное планирование деятельности группы. В деле Тадича Апелляционная камера воздержалась от требования доказательства того, что государство давало указания для совершения конкретных правонарушений, чтобы привлечь это государство к ответственности. Такой критерий, возможно, возложил бы соответствующее обязательство на государства, чтобы

161 Draft Articles, примечание 141 выше, п. 66. О военной поддержке других государств см.: Н.Р. Aust, примечание 131 выше, pp. 129—145.

162 Draft Articles, примечание 141 выше, Art. 8.

163 *Ibid.*, п. 47.

иметь гарантию, что их пособничество или содействие не используются для совершения военных преступлений.

Сделав акцент на «конкретной преступной направленности», Апелляционная камера МТБЮ в деле Перишича не требовала, чтобы сообщник руководил преступлениями непосредственных исполнителей. Скорее, предполагалось, что само содействие было направлено на эти преступления. После этого была поднята планка критерия пособничества и подстрекательства, так как судьи настаивали на том, что должен присутствовать элемент преднамеренности, который не был принят последующей судебной практикой, хотя в принципе такое требование существует в Римском статуте. Дело Перишича может быть истолковано как попытка найти противовес более широкому подходу, который использовала Апелляционная камера в деле Тадича при определении ответственности государства. Цель этого состояла в том, чтобы исключить необходимость доказывать наличие конкретных инструкций или указаний по совершению противоправных действий. Настаивая на понятии конкретной преступной направленности, пыталась ли Апелляционная камера привести критерий индивидуальной ответственности за военные преступления к тому виду, в котором он существует в Международном суде? Это, конечно, могло бы их сблизить, однако правовые требования закона остаются различными. Приведем пример: в контексте гражданской войны в Сирии Том Райз делает вывод о том, что применение элемента конкретной преступной направленности послужит тому, что содействие государству и негосударственным вооруженным группам не приведет официальных лиц третьих государств к ответственности за пособничество и подстрекательство¹⁶⁴. Если бы его анализ был пересмотрен в свете современной судебной практики, которая не требует наличия элемента конкретной преступной направленности, это бы означало, что уголовная ответственность может возникать, если требования намеренного и существенного воздействия внешне удовлетворены¹⁶⁵. Тем не менее правовые требования не удовлетворяются, когда государства, которые оказывают такое пособничество и содействие, признаются международно-ответственными за военные преступления, которые совершают соответствующие негосударственные акторы¹⁶⁶. Это ведет к несоответствию между правом международной ответственности, при котором может быть признана индивидуальная ответственность официальных лиц государства за результаты деяний, которые совершаются для государства, но которые само государство совершать не может.

В своем подробном исследовании отношений между ответственностью государства и личной ответственностью Беатрис Бонафе сослалась на «необходимость установить какую-то форму координации между этими двумя режимами международной ответственности, что не может

164 T. Ruys, примечание 158 выше, pp. 20—22.

165 *Ibid.*

166 *Ibid.*, pp. 22—26.

быть достигнуто, если уделять внимание только принципу индивидуальной уголовной ответственности»¹⁶⁷. Дело Перишича можно рассматривать как неудачный пример этого, если преобладает нынешняя судебная система. Бонафе отмечает, что опора на такие виды уголовной ответственности, как ответственность за совместную преступную деятельность, которые фокусируются на коллективной природе международных преступлений, «приводит к установлению индивидуальной уголовной ответственности тем способом, который в какой-то мере становится все более похожим на оценку усиленной ответственности государства за те же самые запрещенные международным правом деяния»¹⁶⁸. Однако «прямая правовая связь» между этими двумя формами международной ответственности отсутствует¹⁶⁹. В апелляции по делу Тейлора защитник попытался доказать тот факт, что практика Суда, касающаяся пособничества и подстрекательства, по сути криминализовала деяния, которые считаются законными, утверждая, что государства «имеют право снабжать оружием и военной техникой стороны вооруженного конфликта, даже если существуют доказательства того, что эти стороны регулярно совершают преступления»¹⁷⁰. Апелляционную камеру Специального суда по Сьерра-Леоне не убедили представленные доказательства, и она отметила, что ни одно государство не претендовало на «право содействовать совершению распространенных и систематических преступлений против гражданского населения»¹⁷¹. Она обратила особое внимание на индивидуальную уголовную ответственность и обнаружила, что «не имеется свидетельств практики государства, которые указывали бы на изменения в обычном международном праве по сравнению с существующими параметрами личной вины за пособничество и подстрекательство в совершении серьезных нарушений международного гуманитарного права»¹⁷². Апелляционная камера заявила, что, если бы государства стремились изменить масштаб индивидуальной уголовной ответственности из «политических соображений», у них были для этого достаточные средства. Апелляционная камера не захотела «узурпировать эту роль» и выступать в качестве законодателя¹⁷³.

Хотя международные суды формально не занимаются нормотворчеством, их судебная практика имеет существенное значение для формирования контуров международного права. В сложном контексте международной ответственности соответствующая судебная практика оказалась фрагментированной, что привело к некоторой неопределенности в решении вопроса о том, когда лица и государства могут нести косвенную ответственность за военные преступления, совершенные негосударственными

167 В. I. Bonafè, примечание 144 выше, р. 138.

168 *Ibid.*, р. 189.

169 *Ibid.*

170 *Taylor*, примечание 42 выше, пара. 453.

171 *Ibid.*, пара. 459.

172 *Ibid.*, пара. 464.

173 *Ibid.*, paras 464—465.

акторами. Обращаясь к таким деяниям, можно сказать, что право международной ответственности — это только часть головоломки, ибо МГП во многом направлено и на то, чтобы предотвратить правонарушения, и на то, чтобы государства или лица, ответственные за такие нарушения, были наказаны. Это очевидно в обязательстве Высоких Договаривающихся Сторон согласно Женевским конвенциям и Протоколу I «обеспечивать... соблюдение» этих договоров «при любых обстоятельствах»¹⁷⁴. Как еще будет сказано, Международный суд признал, что Соединенные Штаты Америки нарушили свое обязательство обеспечивать соблюдение МГП, подготовив и распространив военное наставление, чтобы поощрить нарушения закона, которые допускали контраст. В своем Консультативном заключении относительно правовых последствий строительства стены на оккупированной палестинской территории Международный суд обратился к значению обязательства в соответствии с Четвертой Женевской конвенцией, заметив, что «каждое государство — участник Конвенции, независимо от того, является ли оно участником конкретного конфликта, обязано обеспечивать соблюдение требований указанных документов»¹⁷⁵. Суд постановил, что государства не должны признавать законной незаконную ситуацию, созданную строительством стены Израилем, и не должны предоставлять помощь или оказывать содействие для сохранения этой ситуации¹⁷⁶. Это толкование обязанности «обеспечивать соблюдение» соответствует предыдущим толкованиям вопроса Международным Комитетом Красного Креста и организациями ООН¹⁷⁷. Современное содержательное толкование обязанности обеспечивать соблюдение также может затрагивать предоставление помощи или содействия негосударственным акторам, которые могут быть замешаны в военных преступлениях¹⁷⁸.

Особенно значимым для предотвращения нарушений МГП является принятие Генеральной Ассамблеей ООН в апреле 2013 г. международного договора, который регулирует «международную торговлю обычными вооружениями» и предотвращает и искореняет «незаконную торговлю» таким оружием¹⁷⁹. Одно из ключевых положений Договора о торговле оружием затрагивает обязательства государств по отношению к поставкам оружия тем, кто совершает международные преступления:

«Государство-участник не дает разрешения на передачу обычных вооружений, охватываемых статьей 2 (1), или средств, охватываемых статьей 3 или статьей 4, если на момент принятия решения о выдаче разрешения

174 Статья 1, общая, Женевских конвенций 1949 г.; Дополнительный протокол I, статья 1 (1).

175 МС, Консультативное заключение относительно правовых последствий строительства стены на оккупированной палестинской территории, 2004 г., п. 157—158.

176 Там же, п. 159.

177 См., например: Jean Pictet (ed.), *Commentary: IV Geneva Convention, Relative to the Protection of Civilian Person in Times of War*, ICRC, Geneva, 1958, p. 16; UN Security Council Res. 681, 20 December 1990, para. 5 (SC/RES/681); UN General Assembly Res. 57/125, 24 February 2003 (A/RES/57/125).

178 См., например: T. Ruys, примечание 158 выше, pp. 26—31.

179 Договор о торговле оружием, 27 марта 2013 г., UN Doc. A/CONF.217/2013/L.3 (вступил в силу 24 декабря 2014 г.), статья 1.

ему достоверно известно о том, что эти вооружения или средства будут использованы для совершения актов геноцида, преступлений против человечности, серьезных нарушений Женевских конвенций 1949 года, нападений на гражданские объекты или гражданских лиц, которые пользуются защитой, или других военных преступлений, как они определены в международных соглашениях, участником которых оно является»¹⁸⁰.

Международный договор о торговле оружием также требует, чтобы государства — участники договора оценивали, может ли экспорт вооружений использоваться для «совершения или содействия совершению серьезного нарушения международного гуманитарного права», и воздерживались от подобной передачи, если имеется «значительный риск возникновения... негативных последствий»¹⁸¹. Договор вступил в силу в декабре 2014 г., создав для государств-участников правовое обязательство не допускать предоставления вооружений тем, кто совершает международные преступления, даже если такие лица не действуют по инструкциям, указаниям или под контролем санкционирующего государства. Это обязательство, надо полагать, основано на вытекающей из обычая обязанности обеспечивать соблюдение гуманитарного права¹⁸², хотя в договоре отмечается, что неспособность выполнить свои обязательства не делает санкционирующее государство ответственным за данные преступления исключительно на основании того, что государство санкционировало передачу оружия. Тем не менее, как заметила Апелляционная камера Специального суда по Сьерра-Леоне по делу Тейлора, это означает «формирование такой позиции государств, которая заключается в том, что международное сообщество обязано обеспечить защиту гражданского населения от актов геноцида, военных преступлений, этнических чисток и преступлений против человечности»¹⁸³.

Выводы

Существуют заметные параллели между юридическим рассмотрением индивидуальной уголовной ответственности и ответственности государства за пособничество или содействие негосударственным группам, которые совершают военные преступления. В обоих контекстах судебная практика характеризуется несоответствием решений международных судов и напряженностью, которая возникает в связи с различными толкованиями принципа международной ответственности, — такие толкования воспринимаются либо как чрезмерно широкие, либо как ограничительные. Отсутствие ясного и однозначного обычного правового критерия для пособничества

180 Там же, статья 6 (3).

181 Там же, статья 7.

182 T. Ruys, примечание 158 выше, р. 29.

183 Taylor, примечание 42 выше, para. 462.

и подстрекательства, примененного всеми международными уголовными трибуналами, и точного определения концепции контроля в контексте соотношения деяний негосударственных акторов с государствами позволило международным судьям разработать свое собственное понимание релевантных критериев и элементов для каждого. Различные толкования могли быть мотивированы намерением постепенно развивать МГП, тогда как другие выражали стремление хранить приверженность существующим законам, в том виде, в котором они были однозначно сформулированы государствами. Например, Антонио Кассезе, признался, что «воспользовался делом Тадича, чтобы получить как можно больше от малозначительного ответчика, дабы дать жизнь новым идеям и быть креативным»¹⁸⁴. Для другого председателя МТБЮ, Габриэля Кирка Макдональда, «недвижимая скала государственного суверенитета» означала, что право вооруженного конфликта не соответствует самому ходу войны и «там, где раньше мы долбили скалу долотом, МТБЮ стал дрелью, а Международный уголовный суд превратился уже в шаровой таран для сноса зданий»¹⁸⁵. В противоположность этому Международный суд ясно определил в своем Консультативном заключении относительно законности угрозы ядерным оружием или его применения, что он «излагает действующие нормы права и не занимается нормотворчеством»¹⁸⁶. Суд не имеет «чисто законодательной компетенции», согласно бывшему председателю суда Роберту Дженнингсу, и должен рассматривать трудные дела, используя «строительные материалы, которые уже имеются в существующем праве»¹⁸⁷. Такие материалы включают в себя обычное международное право, динамичная природа которого предусматривает разумные разногласия относительно его точного содержания.

Когда принимались уставы специальных трибуналов, представитель в Совете Безопасности ООН заметил, что исключительные инициативы международной уголовной юстиции «могут быть не лучшим способом для того, чтобы продвигать последовательное, сбалансированное и эффективное применение международного гуманитарного права»¹⁸⁸. Ввиду того что данная статья демонстрирует подчас непоследовательный подход к вопросу ответственности за военные преступления среди международных судов и трибуналов, следует сказать, что случаев такой непоследовательности много меньше и они более очевидны, чем бесчисленные примеры судебной гармонии.

184 To Be an International Criminal Court Judge: Conversation with Antonio Cassese”, Distinguished Fellows Lecture Series, 4 September 2003, Hauser Global Law School Program, NYU School of Law, p. 15, reprinted in *European Journal of International Law*, Vol. 22, No. 4, 2011, p. 942.

185 Gabrielle Kirk McDonald, “The Changing Nature of the Laws of War”, *Military Law Review*, Vol. 156, 1998, p. 51.

186 Международный суд, Консультативное заключение относительно законности угрозы ядерным оружием или его применения, 1996 г., п. 18.

187 Robert Y. Jennings, “The Role of the International Court of Justice”, *British Yearbook of International Law*, Vol. 68, No. 1, 1997, p. 43.

188 Representative of Brazil, Provisional Verbatim Record, S/PV.3453, 8 November 1994, reprinted in Virginia Morris and Michael P. Scharf, *An Insider’s Guide to the International Criminal Tribunal for Rwanda*, Vol. 2, Transnational Publishers, New York, 1998, p. 303.

Для одного международного судьи обеспокоенность относительно фрагментации «выглядела преувеличенной»¹⁸⁹, в то время как для другого судьи это может быть приемлемым побочным продуктом усиления механизмов принуждения к выполнению МГП — председатель МТБЮ Фаусто Покар, который был судьей на процессе по делу Шаиновича, сказал:

«Хотя единство принципов международного права, и в частности принципов обычного международного права, важно для правильной имплементации международного уголовного права, оно не всегда является самым важным аргументом. Распространившиеся в мире уголовные юрисдикции объединяет международное право в борьбе против освобождения от наказания за совершение военных преступлений, преступлений против человечности и актов геноцида, что имеет более важное значение, чем возможная побочная фрагментация некоторых правовых принципов»¹⁹⁰.

Различные специальные трибуналы в конечном итоге перестанут существовать, и маловероятно, что подобные временные международные уголовные трибуналы будут созданы снова, по крайней мере в масштабе МТБЮ или МУТР. Поскольку Международный уголовный суд становится центром международного преследования военных преступлений, масштаб дальнейшей фрагментации будет сокращаться, хотя Международный суд, конечно, будет иметь причины обращаться к МГП.

После двух десятилетий существенного роста и консолидации Международного гуманитарного права последние противоречивые решения Апелляционной камеры относительно пособничества и подстрекательства бросили тень на позицию МТБЮ в отношении ответственности за военные преступления. Эта судебная практика напоминает нам о разногласии между МТБЮ и Международным судом в контексте косвенной ответственности государства за правонарушения негосударственных акторов. Как было указано в данной статье, сужение масштаба индивидуальной уголовной ответственности в деле Перишича можно считать попыткой синхронизировать ответственность государства и индивидуальную ответственность в этом контексте. Поскольку полное соответствие и нежелательно, и недостижимо, при существующих фундаментально различающихся основах ответственности государства и индивидуума судебная практика последних лет показала, что в некоторых случаях косвенная ответственность может возникать у государственного служащего, который оказывает пособничество или подстрекает негосударственную вооруженную группу, совершающую военные преступления, но не у государства, от имени которого этот государственный служащий действует. Эта кажущаяся аномалия

189 B. Simma, примечание 126 выше, p. 289.

190 Fausto Pocar, "The International Proliferation of Criminal Jurisdictions Revisited: Uniting or Fragmenting International Law", in Holger P. Hestermeyer et al. (eds), *Coexistence, Cooperation and Solidarity; Liber Amicorum Rüdiger Woflrum*, Vol. 2, Martinus Nijhoff, The Hague, 2012, p. 1724.

высвечивает независимое развитие двух юридических режимов, а также говорит о том, что либо критерий, применяемый к индивидуумам, слишком низок, либо планка отнесения деяний к ответственности государства поднята слишком высоко. Однако последнее следует понимать в свете взаимной обязанности всех государств обеспечить соблюдение МГП — обязанности, которая получила значительное наполнение с принятием Международного договора о торговле оружием. Что касается индивидуальной уголовной ответственности, отсутствие иерархии среди международных судов означает, что растущий консенсус относительно масштаба пособничества и подстрекательства может принести с собой некую, хотя и не абсолютную, уверенность относительно требований этой формы обязательств.