

# МЕЖДУНАРОДНОЕ ПРАВОСУДИЕ

№ 2 (26) • 2018

**Дело Лопез Рибальда против Испании в ЕСПЧ:  
явные проблемы тайного наблюдения**

**Верующие и атеисты – навеки вместе:  
Суд в Страсбурге ищет решение**

**Суд Европейского Союза и Европейский Суд по правам человека:  
от сотрудничества к конкуренции?**

**Россия и Европейский Суд по правам человека:  
к вопросу о жестоком обращении с задержанными**

**Международный уголовный суд: как Лихтенштейн  
убедил мировое сообщество навести мосты и осудить агрессию**

**Защита прав человека и инвестиционный арбитраж:  
процедура как индикатор различий**

# МЕЖДУНАРОДНОЕ ПРАВОСУДИЕ

№2 (26) • 2018

Учредитель и издатель

Институт права и публичной политики

<http://www.ilpp.ru>**Редакционный совет**

А. И. КОВЛЕР, д.ю.н., профессор  
(председатель)  
Б. БАУРИНГ, профессор  
Л. ГАРЛИЦКИЙ, Ph.D. in Law, профессор  
Л. МАЛКСОО, Ph.D., профессор  
Т. Н. НЕШАТАЕВА, д.ю.н., профессор  
А. НУССБЕРГЕР, Dr.jur.habil., профессор  
А. Я. КАПУСТИН, д.ю.н., профессор  
Р. А. КОЛДЖИН, к.ю.н.  
С. М. ПУНЖИН, к.ю.н.  
А. УШАЦКА, д.ю.н., профессор  
М. Л. ЭНТИН, д.ю.н., профессор

**Редакционная коллегия**

Г. И. БОГУШ, к.ю.н., доцент  
Д. В. КРАСИКОВ, к.ю.н., МJur, доцент  
В. О. НЕШАТАЕВА, к.ю.н.  
И. В. РАЧКОВ, LL.M., к.ю.н.  
В. Н. РУСИНОВА, LL.M., д.ю.н.  
В. В. СТАРЖЕНЕЦКИЙ, к.ю.н.  
М. П. ТРУНК-ФЕДОРОВА, LL.M., к.ю.н.  
М. А. ФИЛАТОВА, к.ю.н.  
О. С. ЧЕРНЫШОВА, LL.M., к.ю.н.

**COUNCIL OF EUROPE**

CONSEIL DE L'EUROPE

Финансовая поддержка  
предоставлена также



основано в 1990

Решением ВАК журнал включён в «Перечень ведущих рецензируемых научных журналов и изданий, в которых должны быть опубликованы основные научные результаты диссертации на соискание ученой степени доктора и кандидата наук».

Журнал входит в базу журналов Russian Science Citation Index на платформе Web of Science, а также в базу данных периодических и продолжающихся изданий Ulrich'sPeriodicalsDirectory.

Свидетельство о регистрации ПИ №Ф0С77-62149 от 19 июня 2015 года выдано Федеральной службой по надзору в сфере связи, информационных технологий и массовых коммуникаций.

Тираж 500 экз. Периодичность – 4 номера в год.  
ISSN 2226-2059. Цена свободная.

Подписано в печать 28 июня 2018 года.

Адрес редакции: 129090 Москва, ул. Щепкина, д. 8.

Для корреспонденции: 129090 Москва, а/я 140.

Тел.: +7 (495) 608-69-59; 608-66-35. Факс: +7 (495) 608-69-15.

Отпечатано: ООО «Буки Веди»

119049, г. Москва, Ленинский проспект, д. 4, стр. 1А

Позиции авторов статей могут не совпадать с мнением редакции.

При цитировании материалов ссылка на журнал и правообладателя обязательна.

Перепечатка разрешена только с письменного согласия правообладателя.

© Институт права и публичной политики, 2018

**PRAXIS****EX OFFICIO**

ЕВРОПЕЙСКИЙ СУД ПО ПРАВАМ ЧЕЛОВЕКА: ОБЗОР  
ПОСТАНОВЛЕНИЯ ОТ 9 ЯНВАРЯ 2018 ГОДА (СЕКЦИЯ III) ПО ДЕЛУ  
ЛОПЕЗ РИБАЛЬДА (LÓPEZ RIBALDA) И ДРУГИЕ ПРОТИВ ИСПАНИИ  
(ЖАЛОБА № 1874/13, 8567/13) **3**

ЕВРОПЕЙСКИЙ СУД ПО ПРАВАМ ЧЕЛОВЕКА: ОБЗОР  
ПОСТАНОВЛЕНИЯ ОТ 22 ФЕВРАЛЯ 2018 ГОДА (СЕКЦИЯ V)  
ПО ДЕЛУ ЛИБЕРТ (LIBERT) ПРОТИВ ФРАНЦИИ  
(ЖАЛОБА № 588/13) **8**

ЕВРОПЕЙСКИЙ СУД ПО ПРАВАМ ЧЕЛОВЕКА:  
ОБЗОР РЕШЕНИЯ ОТ 30 ЯНВАРЯ 2018 ГОДА (СЕКЦИЯ III)  
ПО ДЕЛУ ШТОЛЬЦ (SHTOLTS) И ДРУГИЕ ПРОТИВ РОССИИ  
(ЖАЛОБА № 77056/14) **11**

**SCRIPTORIUM****JUSTICIA**

В ПОИСКАХ НОВОЙ ПАРАДИГМЫ:  
СУД ЕС И ЕСПЧ СПУСТЯ ТРИ ГОДА ПОСЛЕ ЗАКЛЮЧЕНИЯ № 2/13  
Алексей Исполинов **16**

МЕЖДУНАРОДНЫЕ ОРГАНИЗАЦИИ  
И РАЗРЕШЕНИЕ СПОРОВ:  
НЕКОТОРЫЕ ПРОБЛЕМЫ, ТЕНДЕНЦИИ  
И ПЕРСПЕКТИВЫ РАЗВИТИЯ  
Артур Гуласарян **28**

**JUS HOMINUM**

ЕВРОПЕЙСКИЙ СУД ПО ПРАВАМ ЧЕЛОВЕКА  
И СВОБОДА ВЕРОИСПОВЕДАНИЯ  
Ангелика Нуссбергер **44**

ПРОБЛЕМЫ СОБЛЮДЕНИЯ РОССИЕЙ  
ОБЯЗАТЕЛЬСТВ ПО СТАТЬЕ 3 ЕВРОПЕЙСКОЙ КОНВЕНЦИИ  
ПО ПРАВАМ ЧЕЛОВЕКА В ОТНОШЕНИИ ЗАДЕРЖАННЫХ:  
ПРАКТИКА ЕСПЧ  
Руслан Кантур **62**

**JUS CRIMINALE**

О ПРИВЕДЕНИИ В ДЕЙСТВИЕ ЮРИСДИКЦИИ МУС  
В ОТНОШЕНИИ ПРЕСТУПЛЕНИЯ АГРЕССИИ  
Клаус Кресс **77**

ПРАВДА НУЖДАЕТСЯ В СОЮЗНИКАХ:  
ЗНАЧЕНИЕ И ПРОБЛЕМЫ МЕЖДУНАРОДНЫХ КОМИССИЙ  
ПО УСТАНОВЛЕНИЮ ФАКТОВ  
Алексей Кудинов **90**

**JUS GENTIUM**

ЭКСТЕРРИТОРИАЛЬНОСТЬ  
АМЕРИКАНСКИХ САНКЦИЙ В ДЕЙСТВИИ  
Сергей Гландин **105**

**LEX MERCATORIA**

ПРАВА ЧЕЛОВЕКА И ИНВЕСТИЦИОННОЕ ПРАВО:  
ИНИЦИИРОВАНИЕ ПРОЦЕДУРЫ  
Карло Сантулли **123**

# INTERNATIONAL JUSTICE

2 (26) • 2018

## Founder and Publisher

Institute for Law and Public Policy  
http://www.ilpp.ru

## Scientific Advisory Board

A. KOVLER, Dr. of Sc. in Law, Professor (Chairman)  
B. BOWRING, Professor  
L. GARLICKI, Ph.D. in Law, Professor  
A. KAPUSTIN, Dr. of Sc. in Law, Professor  
R. KOLODKIN, Ph.D. in Law  
L. MALKSOO, Ph.D. in Law, Professor  
T. NESHATAEVA, Dr. of Sc. in Law, Professor  
A. NUSSBERGER, Dr.jur.habil., Professor  
S. PUNZHIN, Ph.D. in Law  
A. USHACKA, Dr. of Sc. in Law, Professor  
M. ENTIN, Dr. of Sc. in Law, Professor

## Board of Editors

G. BOGUSH, Ph.D. in Law, Associate Professor  
O. CHERNISHOVA, LL.M., Ph.D. in Law  
M. FILATOVA, Ph.D. in Law  
D. KRASHKOV, Ph.D. in Law, MJur, Associate Professor  
V. NESHATAEVA, Ph.D. in Law  
I. RACHKOV, LL.M., Ph.D. in Law  
V. RUSINOVA, LL.M., Dr. of Sc. in Law  
V. STARZHNETSKY, Ph.D. in Law  
M. TRUNK-FEDOROVA, LL.M., Ph.D. in Law

## Managing Editor

O. SIDOROVICH, MBA (in P.S.)

## Editorial Secretary

M. LEYKEKHMAN

## Editors

A. RUMYANTSEV  
M. LEYKEKHMAN  
G. BOGUSH  
M. FILATOVA  
G. NEWMAN (Eng.)

## COUNCIL OF EUROPE



CONSEIL DE L'EUROPE

This document has been produced with the financial assistance of the Council of Europe. The views expressed herein can in no way be taken to reflect the official opinion of the Council of Europe.

Published under the sponsorship of the



ISSN 2226-2059

Address: 8, Shchepkin Str., Moscow, 129090, Russian Federation  
Mailing Address: P. O. Box 140, Moscow, 129090, Russian Federation  
Tel.: +7 (495) 608-69-59; 608-66-35  
Fax: +7 (495) 608-69-15  
E-mail: ilpp-ijj@mail.ru  
http://www.ilpp.ru/journal/ijj/

© Institute for Law and Public Policy, 2018

## PRAXIS

### EX OFFICIO

EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS: REVIEW OF THE JUDGMENT OF 9 JANUARY 2018 (THIRD SECTION) IN THE CASE OF *LÓPEZ RIBALDA AND OTHERS V. SPAIN* (APPLICATION NOS. 1874/13, 8567/13) **3**

EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS: REVIEW OF THE JUDGMENT OF 22 FEBRUARY 2018 (FIFTH SECTION) IN THE CASE OF *LIBERT V. FRANCE* (APPLICATION NO. 588/13) **8**

EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS: REVIEW OF THE DECISION OF 30 JANUARY 2018 (THIRD SECTION) IN THE CASE OF *SHTOLTS AND OTHERS V. RUSSIA* (APPLICATION NO. 77056/14) **11**

### SCRIPTORIUM

#### JUSTICIA

IN SEARCH OF A NEW PARADIGM: THE EUROPEAN COURT OF JUSTICE AND THE EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS THREE YEARS AFTER OPINION NO. 2/13  
Aleksy Ispolinov **16**

INTERNATIONAL ORGANIZATIONS AND DISPUTE SETTLEMENT: SOME ISSUES, TRENDS AND PROSPECTS  
Artur Gulasarian **28**

#### JUS HOMINUM

THE EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS AND FREEDOM OF RELIGION  
Angelika Nussberger **44**

THE ISSUES OF OBSERVING ARTICLE 3 OF THE EUROPEAN CONVENTION ON HUMAN RIGHTS BY RUSSIA WITH REGARD TO DETAINEES: THE ECTHR CASE-LAW  
Ruslan Kantur **62**

#### JUS CRIMINALE

ON THE ACTIVATION OF ICC JURISDICTION OVER THE CRIME OF AGGRESSION  
Claus Kreß **77**

THE TRUTH NEEDS ALLIES: THE IMPORTANCE AND PROBLEMS OF INTERNATIONAL FACT-FINDING COMMISSIONS  
Aleksy Kudinov **90**

#### JUS GENTIUM

THE EXTERRITORIAL EFFECT OF AMERICAN SANCTIONS  
Sergey Glandin **105**

#### LEX MERCATORIA

HUMAN RIGHTS AND INVESTMENT LAW: INITIATING OF THE PROCEDURE  
Carlo Santulli **123**

## О приведении в действие юрисдикции МУС в отношении преступления агрессии

Клаус Кресс\*

В ранние часы 15 декабря 2017 года Ассамблея государств – участников Римского статута приняла решение об активации юрисдикции Международного уголовного суда в отношении преступления агрессии с 17 июля 2017 года. «Активирующая» резолюция была одобрена после необычайно напряжённых переговоров относительно одного из аспектов юрисдикционного режима МУС, оставшимся спорным после кампальских поправок в Статут МУС о преступлении агрессии. Дискуссия развернулась вокруг одного аспекта, основанного на согласии государств – участников юрисдикционного режима в отношении преступления агрессии, созданного кампальскими поправками в Римский статут. Мнения юристов разделились относительно того, как именно юрисдикция Суда будет осуществляться в ситуациях, связанных с государствами-участниками МУС. Образовались две позиции. Согласно первой, Суд не может осуществлять юрисдикцию в ситуациях, когда преступление совершено на территории или гражданином государства-участника Статута МУС, не ратифицировавшего поправки. Согласно иной позиции, ратификация поправок государством-участником предоставляет МУС необходимую юрисдикционную связь, требуемую статьёй 12(2) Статута МУС. Это означает, что Суд, в частности, осуществляет юрисдикцию в отношении преступления агрессии, совершённого на территории государства – участника Статута гражданином иного государства-участника, даже если это второе государство не ратифицировало поправки. Резолюция, принятая в Нью-Йорке, по всей видимости, одобрила первый подход, однако включала пункт, гарантирующий независимость судей при разрешении юрисдикционного спора, что оставляет возможность иной интерпретации этих положений в дальнейшем. С самого начала Россия была важным участником дискуссии вокруг международно-правового регулирования применения силы и ответственности за агрессию. Именно поэтому автор статьи считает важным сделать её доступной широкому кругу российских читателей.

→ *Международный уголовный суд; Римский статут; Организация Объединённых Наций; Совет Безопасности ООН; преступление агрессии; применение силы*

DOI: 10.21128/2226-2059-2018-2-77-89

### 1. Версаль, Нюрнберг, Токио и Рим: первоначальные вехи большого пути

В ноябре 1918 года в речи, произнесённой во время предвыборной кампании, британский премьер-министр Дэвид Ллойд-Джордж заяв-

вил: «Кто-то несёт ответственность за эту войну, забравшую жизни миллионов лучших молодых людей Европы. Разве никого не надо привлечь к ответственности за это? Скажу лишь, что если не надо, то это значит, что для бедного и жалкого преступника существует один закон, а для королей и императоров другой»<sup>1</sup>.

\* Клаус Кресс — профессор уголовного права и международного публичного права, директор Института права международной безопасности, Университет Кёльна, Кёльн, Германия (e-mail: claus.kress@uni-koeln.de). Автор был советником германских делегаций в ходе переговоров о преступной агрессии, проводившихся начиная с Римской конференции. В данном эссе он выступает исключительно как исследователь. Автор благодарит Уну Хатауэй и Скотта Шапиро за ценные советы при написании текста статьи на английском (Kreß C. On the activation on ICC jurisdiction over the crime of aggression // Journal of International Criminal Justice. Vol. 16. 2018. No. 1. P. 1–17). Перевод с английского Дмитрия Владимировича Сичинавы.

<sup>1</sup> Первая часть этого эссе следует за положениями некоторых разделов другой работы автора. См.: Kreß C. Introduction: The Crime of Aggression and the International Legal Order // The Crime of Aggression: A Commentary : in 2 vols. / ed. by C. Kreß, S. Barriga. Cambridge : Cambridge University Press, 2017. Vol. 1. P. 1–18. Этот более ранний этап международного обсуждения данного вопроса получил прекрасное монографическое освещение в работе: Sellars K. "Crimes Against Peace" and International Law. Cambridge : Cambridge University Press, 2013.

Хотя идея премьер-министра вызвала аплодисменты его аудитории, реакция дипломатов того времени была не столь исполненной энтузиазма. В своём докладе Предварительной мирной конференции от 29 марта 1919 года Комиссия по ответственности зачинщиков войны и применению наказаний пришла к следующему выводу:

«Развязывание агрессивной войны, сначала скрываемой под личиной миролюбия и затем внезапно объявленной под ложными предлогами, есть поведение, которое общественная совесть упрекает, а история осудит, но в силу чисто факультативного характера учреждений, созданных в Гааге для поддержания мира... агрессивная война не может считаться деянием, прямо противоречащим позитивному праву или подсудным трибуналу, который Комиссия уполномочена обсуждать в силу своего мандата».

Подобное подтверждение преобладающего взгляда международного права XIX века на применение государствами силы предвещало неудачу первой попытки установить прецедент криминализации агрессивной войны на международном уровне<sup>2</sup>. Однако эта неудача была в то же время и прологом. Уже Комиссия по ответственности дополнила своё довольно сухое заключение намёком, который указывал на возможную смену направления: «Желательно, чтобы в будущем были предусмотрены штрафные санкции для таких серьёзных нарушений элементарных принципов международного права».

В межвоенный период эта «желательность» была перенята движением учёных, внёсших пионерский вклад в формирование дисциплины международного уголовного права. В частности, предложение криминализовать агрессию занимало заметное место в книге Веспасиана Пеллы (1935) «План всемирного уголовного кодекса» (*Plan d'un code repressif mondial*). Но, как ретроспективно заметил и сам Пелла, «между двумя войнами государства не сделали почти ничего для того, чтобы обеспечить создание системы международного правосудия».

К этому времени Великобритания уже тоже присоединилась к хору скептиков. В 1927 году министр иностранных дел Остин Чемберлен провозгласил в Палате общин мнение, согласно которому любое определение агрессии станет «ловушкой для невинного и руководством для виновного»<sup>3</sup>. И всё же на более традиционном международно-правовом уровне заключённый в 1928 году пакт Бриана — Келлога (центральный сюжет интереснейшей книги «Интернационалисты» Уны А. Хатауэй и Скотта Дж. Шапиро, вокруг которой сейчас идёт оживлённая дискуссия<sup>4</sup>) знаменовал переход в позитивном международном праве от *ius ad bellum* к *ius contra bellum*. Авторы Пакта пошли ещё дальше, выступив против идеи, согласно которой выполнение правового обязательства может как таковое составлять «справедливый повод» для войны. Пакт был положительно воспринят обществом и вступил в силу уже в 1929 году. Когда в конце Второй мировой войны было решено рассмотреть агрессивные войны, развязанные Германией, в суде как уголовное преступление, именно на Пакт ссылались как на соответствующий правовой документ. Разумеется, было хорошо известно, что Пакт не предусматривает уголовных санкций. Но теперь политические лидеры мира проявили решительность создать прецедент, на который можно было бы опираться в дальнейшем. На Нюрнбергском процессе главный обвинитель от Великобритании Хартли Шоукросс выразил эту решительность в следующих словах: «Если это и правовая инновация, то такая, которую мы готовы защищать и отстаивать». А Роберт Джексон, харизматичный главный обвинитель от США, бывший одним из самых важных деятелей, установивших этот прецедент, дал знаменитое обещание: «И я хочу уточнить, что хотя этот закон впервые применён против немецких агрессоров, но он, чтобы достичь полезных целей, должен осуждать агрессию и со стороны других стран, включая и те, которые выступают на этом процессе судьями».

<sup>2</sup> Красочный рассказ об этой «первой попытке» см.: Sellars K. The First World War, Wilhelm II and Article 227: The Origin of the Idea of "Aggression" in International Criminal Law // The Crime of Aggression: A Commentary / ed. by C. Kreß, S. Barriga. Vol. 1. P. 21–48.

<sup>3</sup> Эту знаменитую цитату использует Марtti Коскенниemi в размышлениях под названием: *Koskenniemi M. A Trap for the Innocent... // The Crime of Aggression: A Commentary / ed. by C. Kreß, S. Barriga. Vol. 2. P. 1359–1385.*

<sup>4</sup> *Hathaway O.A., Shapiro S.J. The Internationalists: How a Radical Plan to Outlaw War Remade the World. New York: Simon & Schuster, 2017.*

Британская делегация в Нюрнберге, консультантом которой был Герш Лаутерпахт, в то время как раз получавший известность как ведущий специалист в области международного права, могла вдохновляться сделанным за несколько лет до Нюрнбергского процесса убедительным заявлением Лаутерпахта: «Право любого международного сообщества, достойного так называться, должно с негодованием отвергать мысль о том, что между странами не может быть агрессии, требующей наказания». Защита отвечала ссылками на принцип законности. Профессор Кёльнского университета Герман Яррайс утверждал: «Положения устава [МВТ] отрицают основы международного права, они предвосхищают право всемирного государства. Они революционны. Возможно, народы мечтают и надеются, что будущее принадлежит этим положениям. Адвокат — а я могу выступать здесь только в качестве такового — должен лишь констатировать, что они новы, революционно новы. Законы, связанные с войной и миром между государствами, для них не существуют и не могут существовать. Таким образом, это уголовные законы, имеющие обратную силу».

Однако — и, вероятно, ожидаемым образом — решения Трибунала, в сущности, последовали за доводами обвинения. В приговоре эмфатически подчёркивалось: «Развязывание агрессивной войны... это не только международное преступление, это тягчайшее международное преступление...»<sup>5</sup>

В то время как решения Нюрнбергского и последующего за ним Токийского процессов<sup>6</sup>, наряду с подтверждением нюрнбергских принципов со стороны ООН, кристаллизировали концепцию преступности агрессивной войны, изменения в продолжение последующих нескольких десятилетий по-прежнему будут больше напоминать положение дел в межвоенный период. Устав ООН 1945 года

превратил запрет войны в запрет на применение силы в межгосударственных отношениях. Устав стремился укрепить этот запрет при помощи системы коллективной безопасности, ставившей задачи более серьёзные, чем Лига Наций согласно своему Уставу (1919). Притом что эти прецеденты создали идею возможного уголовного наказания за незаконное применение силы, осуществление этой санкции — будь то посредством Международного уголовного суда (МУС) или на национальном уровне — на тот момент было по-прежнему тщетной надеждой. В 1950-е годы Берт Рёлинг, нидерландский член Токийского трибунала, сформулировал пессимистические настроения эпохи: «Если найдётся общепризнанное определение агрессии, это будет примечательным и изумительным событием». События 1974 года не опровергли скептицизма Рёлинга, хотя 14 декабря этого года Генеральная ассамблея успешно приняла посредством консенсуса свою резолюцию 3314<sup>7</sup>. Но при более внимательном рассмотрении «определение агрессии», включённое в эту резолюцию в качестве приложения, оказывается насыщенным конструктивной двусмысленностью<sup>8</sup>. Для наших целей важнее, что консенсусный текст проводит различие между «актом агрессии» (в значении статьи 39 Устава ООН) и «агрессивной войной». Лишь последнее понятие прямо связано с представлением об индивидуальной уголовной ответственности в соответствии с международным правом (ср. первое предложение статьи 5(2) приложения к резолюции 3314 Генеральной ассамблеи ООН), и никаких попыток определить это понятие не предпринималось.

Скептицизм Рёлинга будет актуальным даже в 1990-е годы, когда в мире произошло возрождение международного уголовного права *stricto sensu*. Возрождение идеи создания глобальной системы международного уголовного правосудия не включало такого наследия Нюрнбергского и Токийского процессов, как «преступления против мира». Уставы международных уголовных трибуналов по бывшей Югославии и Руанде даже не

<sup>5</sup> Всесторонний анализ нюрнбергского правосудия в области «преступлений против мира» см.: *McDougal C. The Crimes against Peace Precedent // The Crime of Aggression: A Commentary / ed. by C. Kreß, S. Barriga. Vol. 1. P. 49–112.*

<sup>6</sup> Не следует забывать, что приговор Токийского трибунала, в отличие от Нюрнбергского, не был единогласным и что «особые мнения Токийского процесса» являются частью долгой дискуссии вокруг преступной агрессии. Всесторонний анализ см.: *Sellers K. The Legacy of the Tokyo Dissents on “Crimes against Peace” // The Crime of Aggression: A Commentary / ed. by C. Kreß, S. Barriga. Vol. 1. P. 113–141.*

<sup>7</sup> General Assembly, Definition of Aggression, GA Res. 3314 (XXIX), 14 December 1974.

<sup>8</sup> Подробнее см.: *Bruha T. The General Assembly’s Definition of the Act of Aggression // The Crime of Aggression: A Commentary / ed. by C. Kreß, S. Barriga. Vol. 1. P. 142–177.*

упоминают такого преступления. Из-за достигнутого в последний момент компромисса, ставшего результатом предложения Движения неприсоединения<sup>9</sup>, статья 5(1)(d) Римского статута вновь созданного МУС не включила преступление агрессии. Но второй абзац этого положения явным образом показал, что МУС предстояло быть наделённым полномочиями для применения своей юрисдикции к этому преступлению<sup>10</sup>. И снова договориться об определении не удалось<sup>11</sup>.

## 2. На сцену выходит Лихтенштейн: Принстон и Кампала

Подавляющее большинство государств, однако, не было готово принять отсутствие агрессии среди перечня преступлений по международному праву. С 2003 года<sup>12</sup> постоянный представитель Лихтенштейна в ООН, посол Кристиан Венавезер, и его главный правовой советник Штефан Баррига при поддержке ря-

да выдающихся людей, включая, прежде всего, харизматичного Бенямина Ференца, выступавшего обвинителем на «последующем» Нюрнбергском процессе над членами «Айнзацгруппен»<sup>13</sup> и не менее харизматичного дипломата из Иордании<sup>14</sup> (с 2014 года Верховного Комиссара ООН по правам человека), посла принца Зеида Раада аль-Хусейна, работали без устали для того, чтобы озвучить эти стремления и создать импульс для изменений, который в конечном счёте оказался бы непреодолимым<sup>15</sup>.

К 2009 году в Специальной рабочей группе по преступлению агрессии, органе при Ассамблее государств — участников МУС сформировался консенсус относительно предварительного содержательного определения этого преступления<sup>16</sup>. Этот консенсус оказался устойчивым даже после того, как за стол пе-

<sup>9</sup> См.: Amendments Submitted by the Movement of Non-Aligned Countries to the Bureau Proposal (A/CONF.183/C.1/L.59), 14 July 1998, UN Doc. A/CONF.183/C.1/L.75; цит. по: *The Travaux Préparatoires of the Crime of Aggression* / ed. by S. Barriga, C. Kreß. Cambridge : Cambridge University Press, 2012. P.315. В этом тексте авторы напоминают, что арабские государства (среди примечательных делегатов которых особого упоминания заслуживает профессор Мохаммед Азиз Шукри из университета Дамаска) особо активно поддерживали эту важную дипломатическую инициативу, появившуюся в последний момент. Надеемся, что арабские государства теперь вспомнят, что они неоднократно заявляли, что отсутствие у Суда полномочий осуществлять свою юрисдикцию по отношению к преступлению агрессии составляет для них существенное препятствие при ратификации Статута МУС. Подробный анализ политической позиции арабских государств см.: *El Zeidy M.M. The Arab World // The Crime of Aggression: A Commentary* / ed. by C. Kreß, S. Barriga. Vol. 2. P.960–992.

<sup>10</sup> Кроме того, абзац 7 Заключительного акта Римской конференции (UN Doc. A/CONF.183/13, 17 July 1998, цит. по: *The Travaux Préparatoires of the Crime of Aggression* / ed. by S. Barriga, C. Kreß. P.331) наделил Подготовительную комиссию полномочиями подготовить «приемлемое положение о преступлении агрессии для включения в настоящий Статут».

<sup>11</sup> Подробный отчёт о переговорах на Римской конференции см.: *Clark R.S. Negotiations on the Rome Statute, 1995–98 // The Crime of Aggression: A Commentary* / ed. by C. Kreß, S. Barriga. Vol. 1. P.244–270. Документы об этом обсуждении и о предложениях, поступавших с 1995 по 1998 год, см.: *The Travaux Préparatoires of the Crime of Aggression* / ed. by S. Barriga, C. Kreß. P.201–331.

<sup>12</sup> Между 1998 и 2002 годами значительного прогресса не было. Соответствующая деятельность за это время изложена в статье: *Clark R.S. Rethinking Aggression as a Crime and Formulating Its Elements: The Final Work-Product of the Preparatory Commission for the International Criminal Court // Leiden Journal of International Law*. Vol. 15. 2002. No. 4. P.859–890; и документирована в: *The Travaux Préparatoires of the Crime of Aggression* / ed. by S. Barriga, C. Kreß. P.334–419.

<sup>13</sup> Моноументальный документальный сборник Б. Б. Ференца хорошо известен: *Ferencz B.B. Defining International Aggression: The Search for World Peace: A Documentary History and Analysis* : in 2 vols. Dobbs Ferry, NY : Oceana Publications, 1975. См. его прочувствованные личные воспоминания: *Ferencz B.B. Epilogue. The Long Journey to Kampala: A Personal Memoir // The Crime of Aggression: A Commentary* / ed. by C. Kreß, S. Barriga. Vol. 2. P. 1501–1519. Следует также отметить, что сын Бена Ференца, профессор Дональд Ференц, основатель Глобального института предотвращения агрессии, подхватил его знамя и несколько раз выступил со специальными выступлениями на переговорах, особенно на заключительной стадии. См. статью Дона Ференца о приведении в действие юрисдикции МУС применительно к преступной агрессии: *Ferencz D.M. Aggression Is No Longer a Crime in Limbo*. (FICHL Policy Brief Series No. 88). Oslo : Torkel Opsahl Academic EPublisher, 2018.

<sup>14</sup> Иордания продолжает играть активную и конструктивную роль в переговорах, в том числе в нью-йоркских в декабре 2017 года.

<sup>15</sup> Примечательные с точки зрения как содержательности, так и прозрачности дискуссии 2003–2009 годов, важная часть которых проходила в великолепном кампусе Принстонского университета (потому их часто называют «Принстонский процесс») и которым сильно помогло гостеприимство Лихтенштейнского института самоопределения при Школе Вудро Вильсона, документированы в издании: *The Travaux Préparatoires of the Crime of Aggression* / ed. by S. Barriga, C. Kreß. P.422–724. Достаточно критичную научную оценку в форме монографии см.: *Solera O. Defining the Crime of Aggression*. London : Cameron May, 2007; монографическое рассмотрение этого сюжета по-французски см.: *Kamto M. L'agression en droit international*. Paris : A. Pedone, 2010.

<sup>16</sup> Предварительное содержательное определение было вскоре дополнено проектом элементов преступления агрессии. В контексте формулировки этого документа особого упоминания заслуживают Австралия и Самоа, которые представили «Проект элементов, выработанный в Монре в марте 2009 года». Подробный отчёт о переговорах см. в главе, написанной австралийскими переговорщиками: *Anggadi F., French G., Potter J. Negotiating the Elements of the Crime of Aggression // The Travaux Préparatoires of the Crime of Aggression* / ed. by S. Barriga, C. Kreß. P.58–80.

переговоров вернулись США<sup>17</sup>. Определение гласит: «Для целей настоящего Статута “преступная агрессия” означает планирование, подготовку, инициирование или осуществление лицом, которое в силу своего положения осуществляет контроль или направляет политическую или военную деятельность государства, акта агрессии, который в силу своего характера, тяжести и масштаба составляет явное нарушение Устава ООН».

Пороговое требование, заключающееся в том, чтобы акт агрессии был «явным» нарушением Устава ООН, было ключевым для достижения соглашения относительно самого напряжённого аспекта переговоров: формулировки элемента, связанного с поведением государства<sup>18</sup>. Двойная функция этого требования заключается в том, чтобы установить количественный («в силу тяжести и масштаба») и качественный («в силу характера») порог. Акцент ставится на качественном измерении. Оно отражает тот факт, что бесспорное ядро запрета на применение силы окружено определённой серой зоной, которую характеризует как сложная правовая дискуссия, так и глубокие разделения в области правовой политики. Эти области, которые, к сожалению, имеют большое практическое значение, остаются за пределами сферы действия определения преступления агрессии. Пороговое требование даёт определению необходимую привязку к обычному международному праву и в то же время гарантирует, что МУС не придется разрешать вопросы, являющиеся крайне спорными не только с правовой, но и с политической точки зрения.

Соглашение о содержательном определении этого преступления позволило включить

преступление агрессии в повестку дня первой Конференции по рассмотрению действия Римского статута, проведённой в столице Уганды Кампале в 2010 году. Однако из-за постоянных разногласий вокруг юрисдикционного режима и роли Совета Безопасности ООН консенсус в Кампале<sup>19</sup> возник только после того, как в ночь с 11 на 12 июня 2010 года были остановлены часы конференции<sup>20</sup>. Этот консенсус не включает монополию Совета Безопасности в процессе по преступлению агрессии в МУС. Однако кампальский консенсус всё же включает условия для осуществления судом юрисдикции в отношении преступления агрессии, более жёсткие, чем в отношении преступления геноцида, преступлений против человечности и военных преступлений. Принципиальный момент заключается в том, что в ситуации, не переданной в МУС Советом Безопасности, осуществление юрисдикции Суда относительно преступления агрессии в соответствии со статьёй 15 bis Статута МУС, останется зависимым от согласия государств, на территории которых имела место эта ситуация, и государств, гражданами которых являются потенциальные подозреваемые (обвиняемые)<sup>21</sup>.

<sup>19</sup> Этому сюжету посвящен юбилейный специальный выпуск: *Aggression: After Kampala* // *Journal of International Criminal Justice*. Vol. 10. 2012. No. 1. P.3–288. Отличное монографическое исследование результатов совещания в Кампале см.: *McDougall C. The Crime of Aggression under the Rome Statute of the International Criminal Court*. Cambridge : Cambridge University Press, 2013. Собрание эссе, включая ряд бельгийских работ, см.: *Dive G., Goes B., Vandermeersch D. From Rome to Kampala: The First 2 Amendments to the Rome Statute*. Bruxelles : Bruylant, 2012.

<sup>20</sup> Подробный отчёт о переговорах в Кампале на страницах *Journal of International Criminal Justice* см.: *Kreß C., von Holtzendorff L. The Kampala Compromise on the Crime of Aggression* // *Journal of International Criminal Justice*. Vol. 8. 2010. No. 5. P.1179–1217. Скрупулёзное изложение переговоров с 1998 по 2010 год см.: *Barriga S. Negotiating the Amendments on the Crime of Aggression* // *Les Travaux Préparatoires of the Crime of Aggression* / ed. by S. Barriga, C. Kreß. P.3–57.

<sup>21</sup> Анализ юрисдикционного режима, установленного в Кампале, см.: *Zimmermann A. Amending the Amendment Provisions of the Rome Statute: The Kampala Compromise on the Crime of Aggression and the Law of Treaties* // *Journal of International Criminal Justice*. Vol. 10. 2012. No. 1. P.209–227. Подробный анализ этого же сюжета с иной перспективы см. в трёх тесно переплетённых работах: *Barriga S., Blokker N. Entry into Force and Conditions for the Exercise of Jurisdiction: Cross-Cutting Issues* // *The Crime of Aggression: A Commentary* / ed. by C. Kreß, S. Barriga. Vol. 1. P.621–645; *Blokker N., Barriga S. Conditions for the Exercise of Jurisdiction Based on Security Council Referrals* // *Ibid.* P.646–651; *Barriga S., Blokker N. Conditions for the Exercise of Jurisdiction Based on State Referrals and Proprio Motu Investigations* // *Ibid.* P.652–674.

<sup>17</sup> В Кампале содержательное определение стало дискуссионным только в той мере, в какой американская делегация предлагала определённые «договорённости», связанные с этим определением (формулировку предложений США см.: *The Travaux Préparatoires of the Crime of Aggression* / ed. by S. Barriga, C. Kreß. P.751–752). Одним из примечательных элементов долгого пути, описанного в этом эссе, является тот факт, что последний открытый вопрос был разрешён в конце обсуждения, столкнувшего США с Ираном. Подробнее см.: *Kreß C. et al. Negotiating the Understandings on the Crime of Aggression* // *Ibid.* P.81–97. Позиции переговорщиков из Ирана и США см.: *Momtaz D., Hamaneh E.B. Iran* // *The Crime of Aggression: A Commentary* / ed. by C. Kreß, S. Barriga. Vol. 2. P.1174–1197; *Koh H.H., Buchwald T.F. United States* // *Ibid.* P.1290–1299.

<sup>18</sup> Подробный правовой анализ этого элемента см.: *Kreß C. The State Conduct Element* // *The Crime of Aggression: A Commentary* / ed. by C. Kreß, S. Barriga. Vol. 1. P.412–564.



### 3. Ещё одно препятствие

Даже консенсус, достигнутый в Кампале, не означал ещё решительного прорыва. Напротив, было решено оговорить три дополнительных условия для приведения в действие юрисдикцию Суда в отношении этого преступления. В соответствии со статьями 15bis(2) и (3), а также 15ter(2) и (3) Статута МУС приведение в действие требовало, во-первых, ратификации или принятия поправок 30 государствами-участниками и, во-вторых, чтобы после 1 января 2017 года тем же большинством государств-участников было принято решение<sup>22</sup> о принятии поправок к Статуту. Поскольку первое условие было уже выполнено, решение о приведении в действие было поставлено в повестку дня шестнадцатой сессии АГУ, состоявшейся с 4 по 14 декабря 2017 года в Нью-Йорке.

Принятие этого решения о приведении в действие оказалось более чем просто церемониальным актом. Это было связано с правовым спором, возникшим вокруг одной из деталей его юрисдикционного режима, основанного на консенсусе, сразу же после принятия Кампальских поправок. Несомненно, абзацы 4 и 5 статьи 15bis воспрепятствуют Суду осуществлять свою юрисдикцию в отношении преступления агрессии в ситуации акта агрессии, предположительно совершённого государством, не участвующим в Статуте МУС, за исключением случаев, когда такая ситуация передана в Суд Советом Безопасности. Однако с самого принятия Кампальских поправок стали очевидны разногласия в правовых позициях по отношению к тому, как именно опирающееся на консенсус осуществление юрисдикции Суда функционирует между государствами — участниками Статута

МУС. Фактически возникли две конфликтующие правовые позиции.

Согласно первой позиции, Суд не имеет права осуществить свою юрисдикцию в отношении предполагаемого преступления агрессии, если оно совершено или на территории государства, или гражданином государства — участника Статута МУС, если это государство не ратифицировало Кампальские поправки. Эта «ограничительная позиция» основана на втором предложении статьи 121(5) Статута МУС, которое, как утверждается, наделяет государства — участников МУС правом заключить договор, которое, согласно праву международных договоров, не может быть устранено без их согласия, выраженного в ратификации или принятии поправки к договору, касающейся данного вопроса.

Согласно противоположной позиции, государство — участник договора, ратифицировав Кампальские поправки, предоставляет суду юрисдикцию, упоминаемую в статье 12(2) Статута МУС. Это значит, что Суд может, *inter alia*, осуществлять свою юрисдикцию в отношении преступления агрессии, предположительно совершённого на территории такого государства-участника гражданином другого государства — участника Статута МУС, даже если это второе государство не ратифицировало поправки. Однако это государство может помешать Суду осуществить свою юрисдикцию в таком деле, предварительно сделав декларацию, как это предусмотрено в статье 15bis(4) Статута МУС, что оно такой юрисдикции не признаёт. Утверждается, что такая «более разрешительная позиция» не противоречит праву международных договоров, поскольку статья 5(2) первоначальной редакции Статута МУС наделяла государства-участники правом принять «в соответствии со статьями 121 и 123 положение... излагающее условия, в которых Суд осуществляет юрисдикцию в отношении» преступления агрессии; и это правило, в случае если (и в той мере, в которой) оно не соответствует второму предложению статьи 121(5) Статута МУС, действовало бы как *lex specialis*.

В сущности, обсуждаемый юридический спор затрагивает только ситуации, не переданные в МУС Советом Безопасности. Для таких ситуаций он сводится к вопросу о том, обязано ли государство-участник, не ратифи-

<sup>22</sup> Ещё одна примечательная деталь долгого сюжета, о котором идёт речь в данной статье, заключается в том, что тридцатым государством, ратифицировавшим поправки, стала Палестина. Было искушение почувствовать облегчение от того, что вскоре ожидалось новые ратификации и юридические вопросы вокруг признания Палестины не составят дальнейших препятствий для вступления в действие юрисдикции МУС в отношении преступления агрессии. Всем участникам переговоров в Нью-Йорке в декабре 2017 года запомнился уважаемый делегат Палестины Маджед Бамья за своё выдающееся красноречие. Содержательное изложение израильской точки зрения на переговоры в целом см.: *Schöndorf R. S., Geron D. Israel // The Crime of Aggression: A Commentary / ed. by C. Kreß, S. Barriga. Vol. 2. P. 1198—1216.*

цировавшее Кампальские поправки, сделать декларацию согласно статье 15 bis(4) Статута МУС с целью помешать Суду осуществить юрисдикцию в отношении преступления агрессии, возникшей вследствие акта агрессии, якобы совершённого этим государством-участником против другого государства-участника, которое Кампальские поправки ратифицировало.

#### 4. Нью-Йорк: строительство последнего моста

Во время процесса, инициированного перед сессией АГУ в декабре 2017 года для облегчения решения о приведении в действие юрисдикции, был подтверждён факт разногласий по этому вопросу и были отрететированы конкурирующие правовые аргументы<sup>23</sup>. Уже в марте 2017 года Канада<sup>24</sup>, Колумбия, Франция, Япония, Норвегия<sup>25</sup> и Великобритания сформулировали документ, призванный объяснить их приверженность «ограничительной позиции»<sup>26</sup>. На это ответили Лихтенштейн и за ним Аргентина<sup>27</sup>, Ботсвана<sup>28</sup>,

Самоа, Словения<sup>29</sup> и Швейцария<sup>30</sup>, подав документы, где в подробностях излагалась «более разрешительная позиция»<sup>31</sup>.

Одним из способов найти выход из сложившейся ситуации было просто привести в действие юрисдикцию Суда и оставить правовой вопрос, если таковой будет поднят, на усмотрение Суда. Более 30 делегаций присоединились к Швейцарии в поддержке такого «подхода простого приведения в действие»<sup>32</sup>. Но многие из государств-участников, поддержавших «ограничительную позицию», не желали рисковать, чтобы Суд, после приведения в действие своей юрисдикции, решил не последовать их точке зрения. Вместо этого они стремились, чтобы их позиция была принята и подтверждена всеми государствами-участниками в составе резолюции, которая сопровождала бы решение о приведении юрисдикции в действие. Вскоре после того, как государства-участники собрались в Нью-Йорке 4 декабря, их делегаты, умело руководимые австрийской посредницей Надей Кальб вместе с главой делегации Австрии Конрадом Бюлером<sup>33</sup>, на протяжении многих часов переговоров продемонстрировали заметный творческий подход в попытках выстроить

<sup>23</sup> Report on the Facilitation on the Activation of the Jurisdiction of the International Criminal Court over the Crime of Aggression (ICC-ASP/16/24), 27 November 2017 (*далее* – Report on the Facilitation). § 11–22.

<sup>24</sup> Сильная поддержка, которую Канада оказывала «ограничительной позиции» как до, так и во время нью-йоркской встречи, немало изумляет, поскольку в Кампале это государство, предварительно выдвинув предложение, основанное на «ограничительной позиции», в дальнейшем работало вместе с Аргентиной, Бразилией и Швейцарией для выработки компромисса, см.: *Kreß C., von Holtzendorff L.* Op. cit. P. 1200–1204.

<sup>25</sup> Ранее Норвегия заняла сравнительно скептическую позицию по отношению к переговорам о преступлениях агрессии в целом; содержательные размышления на эту тему многолетнего норвежского главы делегации, посла Рольфа Эйнара Файфа, см.: *Fife R. E. Norway // The Crime of Aggression: A Commentary / ed. by C. Kreß, S. Barriga.* Vol. 2. P. 1242–1263.

<sup>26</sup> Report on the Facilitation. Annex II A. Некоторые другие государства, включая, в частности, Австралию, Данию и Польшу, также публично высказывались в пользу ограничительной позиции.

<sup>27</sup> В Нью-Йорке Аргентина продолжала активную роль, которую это государство уже ранее играло в Кампале (об этой роли см.: *Kreß C., von Holtzendorff L.* Op. cit. P. 1202–1204) и ранее. Не следует забывать тот факт, что бывший председатель МУС, уважаемый аргентинский дипломат Сильвия Фернандес де Гурменди была одной из двух первых координаторов (вторым был Тувако Манонги из Танзании) Рабочей группы по преступной агрессии. Вспомним и то, что её «Координаторский документ для обсуждения» от 11 июля 2002 года (*The Travaux Préparatoires of the Crime of Aggression / ed. by S. Barriga, C. Kreß.* P. 412–414) стал важной точкой отсчёта в последующих переговорах.

<sup>28</sup> Важная роль Ботсваны на протяжении переговоров составляет лишь один из аспектов ведущей роли этого государства в

поддержке установления системы международного уголовного правосудия. В частности, не будут забыты многочисленные принципиальные (и тем самым убедительные) выступления во время переговоров о преступлении агрессии посла Аталини Молокомме.

<sup>29</sup> Конструктивная роль Словении во время переговоров о преступлении агрессии заслуживает особого упоминания. Мы будем помнить уважаемого словенского делегата Даниелу Хорват за целый ряд продуманных, целенаправленных и красноречивых выступлений во время нью-йоркской встречи Ассамблеи в декабре 2017 года. Стоит схожим образом признать заслуги уважаемых делегатов Шары Дункан Вильялос из Коста-Рики, Василики Красы из Кипра, Пяйви Каукоранты из Финляндии, Джеймса Кингстона из Ирландии и Марты Пападопулу из Греции за важный вклад в нью-йоркские переговоры в декабре 2017 года. В случае Греции нельзя забыть важную роль, которую на протяжении многих лет играла уважаемая делегатка Фани Даскалопулу-Ливада.

<sup>30</sup> Швейцария продолжала активную роль, которую это государство уже играло в Кампале (об этой роли см.: *Kreß C., von Holtzendorff L.* Op. cit. P. 1202–1204). В Нью-Йорке Швейцария сыграла ведущую роль в поддержке «подхода простого приведения в действие».

<sup>31</sup> Report on the Facilitation. Annex II B and C.

<sup>32</sup> Letter of 7 December 2017 by the Permanent Representative of Switzerland to the United Nations to all Permanent Representatives of States Parties to the Rome Statute (личный архив автора).

<sup>33</sup> Оба уважаемых австрийских дипломата получали консультацию известного эксперта, доктора Астрид Райзингер-Корачини из Зальцбургского университета, которая участвовала в общих переговорах с 1999 года и с тех пор написала многие важные научные работы о проблеме.

окончательный мост между двумя противоположными подходами.

Сущность такого «моста» заключалась бы в том, чтобы оба лагеря могли сохранить свои правовые позиции и чтобы любое государство-участник, поддерживавшее «ограничительную позицию», получило бы, если бы ему это потребовалось, пути правовой защиты в случае, если Суд встанет на сторону «более разрешительной позиции». В частности, предлагался вариант такой защиты: все государства-участники соглашаются в том, что сообщение какого-либо государства-участника Секретарю Суда о своей «ограничительной позиции» будет рассматриваться Судом как декларация в понимании статьи 15 bis(4) Статута МУС, если окажется, что Суд поддерживает «более разрешительную позицию»<sup>34</sup>. Другой вариант, разработанный Бразилией<sup>35</sup>, Португалией и Новой Зеландией<sup>36</sup>, заклю-

чался в том, чтобы разрешить любому государству-участнику, проявившему такое желание, быть включённым в список, установленный председателем АГУ и подлежащий передаче Секретарю, и получить от АГУ решение, согласно которому Суд не будет осуществлять свою юрисдикцию применительно к преступлению агрессии «к гражданам или на территории» любого такого государства-участника<sup>37</sup>.

### 5. Прорыв без наведения мостов: памятная ночь в штаб-квартире ООН

Однако в самые последние часы заседания Ассамблеи выяснилось, что Франция и Великобритания не готовы к использованию каких бы то ни было «мостов» такого рода. Их требования оставались неизменными: все государства-участники должны принять «ограничительную позицию» в составе резолюции АГУ, сопровождающей решение о приведении юрисдикции в действие. Непреклонность французов и британцев привела к чрезвычайно сложной ситуации. С правовой точки зрения было бы возможно вынести на голосование проект, содержащий либо «подход простого приведения в действие», либо «последний мост». Но независимо от неопределённости исхода голосования<sup>38</sup> было ли разумным допускать, чтобы дискуссия внутри АГУ затмила бы такой деликатный политический вопрос? Большое число делегаций очень серьёзно сомневалось в этом, постольку поскольку они надеялись, что Франция и Великобритания в конечном счёте продемонстрируют склонность к компромиссам. Поэтому просто одержать верх над Францией и Великобританией при голосовании было нереалистичным вариантом. Это означало, что перед достаточно большой группой государств-участников, веривших в корректность «более

<sup>34</sup> Ранее профессор Дапо Аканде и автор настоящей статьи сформулировали совместный проект, где изложена эта правовая позиция. Это было сделано с расчётом на то, что проект будет воспринят как настоящая попытка «наведения мостов», поскольку профессор Аканде и автор этих строк занимали противоположные позиции в связи с соответствующим правовым спором. Проект был подан германской стороной австрийской посреднице, но не был принят. Этот проект иногда называют «Немецкая Нестатья»; в определённой мере он нашёл отражение в «Тексте для обсуждения, версия 1 от 11 декабря 2017 года», представленном посредницей. Во время нью-йоркских переговоров автор этих строк переформулировал ключевое положение совместного проекта Аканде и Кресса так: «Подтверждая, что всякое заявление, сделанное государством-участником индивидуально или коллективно о том, что оно присоединяется к позиции, изложенной в параграфе 4 преамбулы, должно (если оно составлено письменно и передано Секретарю) рассматриваться как также выполняющее условия, требуемые для декларации в понимании абзаца 4 статьи 15 bis, признавая при этом, что публикация любого такого заявления не нанесёт ущерб государству, придерживающемуся взглядов, согласно которым в отсутствие его собственной ратификации поправок декларация, упоминаемая в абзаце 4 статьи 15 bis, не необходима для того, чтобы воспрепятствовать суду осуществить юрисдикцию в отношении преступления агрессии, возникающего в результате акта агрессии, предположительно совершённого государством-участником».

<sup>35</sup> Бразилия уже ранее сыграла важную роль в Кампале (*Kreß C., von Holtendorff L.* Op. cit. P.1202–1204). В Нью-Йорке это государство в лице своего уважаемого представителя Патрика Лимы неустанно работало над наведением последнего моста. О бразильской точке зрения на переговоры в целом см.: *Biato M., Böhlke M.* Brazil // *The Crime of Aggression: A Commentary* / ed. by C. Kreß, S. Barriga. Vol. 2. P.1117–1130.

<sup>36</sup> Связь Новой Зеландии с этим процессом наведения мостов примечательна конструктивностью, поскольку это государство подчеркнуло, что оно считает «ограничительную позицию» корректной правовой точкой зрения. Таким образом, эти три делегации придали больше правдоподобия идее, согласно которой мосты навести возможно. Надо отметить, что схожую с новозеландской позицию заняла и Швеция. Конструктивность Швеции в Нью-Йорке была в ключе той полезной роли, кото-

рую эта страна играла, начиная с «принстонского процесса», особенно благодаря участию её уважаемого делегата Пала Вранге.

<sup>37</sup> См.: Additions by Brazil, Portugal and New Zealand to the Discussion Paper, 11 December, 13:00 (архив автора). См. также: ICC-ASP/16/L.9, 13 December 2017, OP 1, и объяснения, предоставленные уважаемым делегатом Швейцарии Николасом Штюрхлером в записи в блоге: *Stürchler N.* The Activation of the Crime of Aggression in Perspective // EJIL: Talk! Blog of the European Journal of European Law. 2018. 26 January. URL: <http://www.ejiltalk.org/the-activation-of-the-crime-of-aggression-in-perspective/> (дата обращения: 08.06.2018).

<sup>38</sup> Об этой неопределённости см.: *Stürchler N.* Op. cit..

разрешающей позиции», стоял мучительный выбор: принять формулировки, которые с правовой точки зрения более всего напоминали «поправки к (Кампальским) поправкам», или же оставить финальное решение вопроса приведения в действие юрисдикции Суда на неопределённый момент в будущем<sup>39</sup>.

Это было уже тогда, когда часы конференции были остановлены в последний раз, чтобы делегации смогли обдумать проект резолюции, предложенной двумя вице-председателями Ассамблеи, которым Австрия ранее передала задачу подготовки финальной попытки. Принципиально то, что «Проект резолюции, предложенной вице-президентами» отражал требования Франции и Великобритании<sup>40</sup> в форме следующего абзаца постановляющей части:

«Ассамблея государств-участников...

Подтверждает, что, в соответствии с Римским статутом поправки к Статуту в отношении преступления агрессии, принятые на конференции по обзору Римского статута в Кампале, вступают в силу для тех государств-участников, которые приняли поправки спустя год после принятия своих документов о ратификации или принятии, и в случае, если государство передаст дело в Суд или Суд займётся расследованием *proprio motu*, он не должен осуществлять свою юрисдикцию применительно к преступлению агрессии, если оно совершено гражданином государства или на территории государства-участника, которое не ратифицировало или не приняло этих поправок...»

С целью смягчить «безоговорочную капитуляцию» перед требованиями Франции и Великобритании, следующий абзац был сформулирован так: «Подтверждает абзац I статьи 40 и абзац I статьи 119 Римского статута по отношению к судебной независимости судей МУС...»

Эта формулировка — не более чем декларация очевидного факта, заключающегося в том, что АГУ не может заменить Суд как судебный орган, уполномоченный применять право полностью независимо. Поэтому сложно рассматривать включение этого пункта в предложение вице-президентов иначе как

символическую уступку тем, кого попросили сдать. И всё же Франция была удовлетворена не полностью и с поддержкой Великобритании предложила перенести последний пункт в преамбулу. Когда Швейцария<sup>41</sup> с этим не согласилась, нью-йоркская драма достигла кульминации: маячила казавшаяся почти невозможной перспектива краха почти вековых планов создания международной уголовной юрисдикции против преступления агрессии только из-за вопроса о том, куда включить несколько слов: в преамбулу или в постановляющую часть. На этой принципиальнейшей развилке делегаты из ЮАР<sup>42</sup>, Самоа<sup>43</sup> и Португалии<sup>44</sup> (каждый из них по-своему) внесли ценный вклад в переговоры, предотвративший их крах. Кроме того, вице-президент Серхио Угальде из Коста-Рики, обнаружив, что французское предложение вызвало возражения, последний раз спросил, одобряется ли предложение вице-президентов консенсусом собрания. Последовал драматический напряжённый момент, после которого стало ясно, что Франция и Великобритания не соби-

<sup>41</sup> Когда Швейцария решила формально выступить против этого предложения и критиковала предложение Франции, она, несомненно, выражала чувства большого количества делегаций. Автор вспоминает, в частности, Кипр и ЮАР, заявивших, что не понимают этого шага Франции.

<sup>42</sup> ЮАР, особенно в лице её уважаемого делегата Андре Стеммета, последовательно поддерживала идею осуществления юрисдикции Суда в отношении преступления агрессии (изложение позиции ЮАР о переговорах в целом см.: *Stemmet A., South Africa // The Crime of Aggression: A Commentary / ed. by C. Kreß, S. Barriga. Vol. 2. P. 1271–1284*). Особенно следует отметить, что ЮАР не изменила своей позиции даже на том заседании Ассамблеи государств-участников в Нью-Йорке в 2017 году, где она снова рассматривала возможность выйти из сообщества государств-участников.

<sup>43</sup> Самоа — ещё одно небольшое государство, вносящее существенный вклад в переговоры вокруг преступления агрессии. В частности, многочисленные продуманные (и остроумные!) выступления уважаемого самоанского делегата, профессора Роджера С. Кларка, составляют ценную часть *travaux préparatoires*. Главный вклад Самоа (в лице уважаемого главы делегации посла Алиноаига Фетури Элисаи) в успех переговоров заключался в принятии неправомерной перспективы всемирного гражданства, напоминающей делегациям в самый критический момент переговоров, что именно стоит на кону.

<sup>44</sup> Португалия была важной участницей переговоров, начиная с самого раннего этапа (см., например: 1999 Proposal by Greece and Portugal. Цит. по: *The Travaux Préparatoires of the Crime of Aggression / ed. by S. Barriga, C. Kreß. P. 343*). В Нью-Йорке выступления уважаемого португальского делегата Матеуша Ковальского отличались мудростью, справедливостью и изяществом. Автор считает необходимым воспользоваться возможностью и упомянуть важный вклад в процесс, который на протяжении многих лет вносила покойная профессор и правовой консультант Министерства иностранных дел Португалии Паула Эшкарамейя.

<sup>39</sup> Этот момент чётко сформулирован в: *Stürchler N. Op. cit.*

<sup>40</sup> Первая текстуальная формулировка этого требования см.: Report on the Facilitation. Annex III sub A.

раются «дожимать» свою жёсткую позицию до предела, так что предложение, сделанное вице-президентами, было в конечном счёте одобрено консенсусом<sup>45</sup>.

## 6. Лучше поддаться, чем сломаться

Приняв абзац 2 постановляющей части резолюции о приведении юрисдикции в действие, большое число государств-участников сделали уступку, которая должна была очень остро переживаться после продолжительных *bona fide* попыток навести мосты между двумя конкурирующими правовыми позициями. Эти государства-участники заслуживают похвалы. Во-первых, они искренне верили в свою «более разрешительную позицию», и очевидный страх оппонентов, что Суд может согласиться с этой позицией, лишь укрепил силу аргументов в её поддержку. Во-вторых, раньше они участвовали в интенсивной *bona fide* попытке навести мосты, причём не только во время заседания Ассамблеи, но и во время посреднического процесса на протяжении целого года — и только в самом конце обнаружили, что два государства с более сильной позицией на переговорах не готовы на эти попытки реагировать.

Теперь им было предложено капитулировать<sup>46</sup>. Пойдя на это<sup>47</sup>, данные государства-

участники показали, что, несмотря на всё это, они не утратили из виду более широкой картины. Таким образом, они были способны оценить правовой спор, занимавший так много умов, почти поблекший на фоне исторического значения решения привести в действие юрисдикцию суда путём консенсусного решения АГУ<sup>48</sup>. Это историческое измерение тем более очевидно, если учесть, что Германия<sup>49</sup>,

Венавезер заявил: «Мы твёрдо уверены, что Суд, осуществляя юрисдикцию применительно к преступлению агрессии, должен и будет применять положения, содержащиеся в Кампальских поправках».

<sup>45</sup> В объяснении позиции, приложенной лихтенштейнской делегацией, посол Венавезер убедительно выразил чувства, впоследствии в том или ином виде подхваченные многими другими делегациями. Некоторые наиболее примечательные части заявления Лихтенштейна гласят: «Историческое значение решения, которое мы приняли сегодня, — привести в действие юрисдикцию Суда в отношении преступления агрессии — нельзя переоценить. Никогда ещё у человечества не было постоянного международного суда с полномочиями привлекать к ответственности лиц за решение совершить агрессию — худшую форму незаконного применения силы. Теперь у нас такой суд есть... Мы разочарованы тем, что некоторые государства сопроводили это приведение в действие решением, отражающим некоторую правовую интерпретацию применимого юрисдикционного режима по отношению к преступной агрессии, противоречащим букве и духу компромисса в Кампале и стремящимся жёстко ограничить юрисдикцию суда и урезать судебную защиту государств-участников. Мы решили присоединиться к этому решению по двум причинам... Во-вторых, мы полагаем, что важность приведения в действие этой юрисдикции должна быть нашей приоритетной целью».

В своём блоге уважаемый швейцарский делегат Штюрхлер приходит к разумному выводу в том же ключе: «При всём этом не будем забывать, что приведение в действие преступления агрессии должно быть шагом с целью поддержки мира и предотвращения серьёзнейших преступлений, вызывающих беспокойство у всего международного сообщества. Спустя более 70 лет после Нюрнбергского и Токийского процессов МУС получил историческую возможность усилить запрет применения силы, как это закреплено в Уставе ООН и дополнено в первоначальной редакции Римского статута. Эту перспективу мы должны сохранить» (*Stürchler N. Op. cit.*).

<sup>49</sup> На Римской конференции Германия выступила в безоговорочную поддержку включения преступления агрессии в юрисдикцию МУС. Соответственно, Германия вскоре приветствовала предложение NAM, вдохновившее первоначальную статью 5(2) Статута МУС, а затем Германия активно участвовала в формулировании абзаца 7 Заключительного акта Римской конференции (UN Doc. A/CONF.183/13, 17 July 1998). Здесь нельзя не воспользоваться случаем и не признать выдающуюся роль, которую сыграл покойный выдающийся немецкий дипломат Ханс-Петер Кауль, первый немецкий судья МУС, в том числе и в ходе переговоров по поводу преступной агрессии. В личных мемуарах, которые, как надеется автор, будут вскоре опубликованы по-английски, судья Кауль вспоминает принципиальные моменты Римской конференции (*Kaul H.-P. Der Beitrag Deutschlands zum Völkerstrafrecht // Völkerstrafrechtspolitik: Praxis des Völkerstrafrechts / Ch. Safferling, S. Kirsch (Hrsg.). Heidelberg : Springer, 2014. S. 51–84, 67–68*). Во время «принстонского процесса» немецкий делегат выступал как один из трёх помощников координатора. В Кампале Германия была назначена координационным центром для

<sup>45</sup> Проект под названием “Draft resolution proposed by the Vice-Presidents of the Assembly. Activation of the Jurisdiction of the Court over the Crime of Aggression”, ICC-ASP/16/L.10, 14 декабря 2017 года стал резолюцией: Resolution ICC-ASP/16/Res.5. Один из главных переговорщиков Николас Штюрхлер в своём блоге вспоминает, что консенсус возник «около 0 часов 40 минут ночи».

<sup>46</sup> Стоит напомнить, что в критический момент нью-йоркских переговоров в 2017 году многие уважаемые представители гражданского общества выступили в поддержку окончательной уступки, которую многие из них также восприняли тяжело. Эта конструктивная роль заслуживает упоминания в свете того факта, что «сообщество неправительственных организаций» исторически играет меньшую роль по отношению к переговорам о преступлении агрессии, чем к Статуту МУС в целом (подробный анализ см.: *Weissbord N. Civil Society // The Crime of Aggression: A Commentary / ed. by C. Kreß, S. Barriga. Vol. 2. P. 1310–1356*). Пользуясь возможностью, автор отдаёт должное уважаемым неправительственным делегатам: доктору Давиду Донату Каттину, профессору Дональду Ференцу, Ютте Бертрам-Нотнагел, профессору Дженнифер Трехен и профессору Ноа Уэйсборду — за содержательный вклад в успех переговоров, внесённый ими в той или иной форме за долгие годы обсуждения.

<sup>47</sup> Как, вероятно, можно понять, многие из этих стран ограничили свою уступку тем, что они сочли необходимым минимумом и сохранили прежние правовые позиции в объяснении своего голоса. Например, в объяснении позиции, представленного делегацией Лихтенштейна (архив автора), посол Кристиан

Япония<sup>50</sup> и Италия<sup>51</sup> не только присоединились к консенсусу, но и, каждая из них по своему, способствовала материализации этого консенсуса. Ведь именно эти страны, развязывая агрессивные войны до и во время Второй мировой войны, поставили под угрозу «Новый мировой порядок» (Хатауэй и Ша-

пиро), установленный пактом Бриана — Келлога<sup>52</sup>.

## 7. Суд берётся за штурвал

В соответствии с абзацем 1 Резолюции юрисдикция Суда будет приведена в действие 17 июля 2018 года. Тем самым государство-участники предоставили Суду окончательное пространство для манёвра, чтобы сделать несколько уточнений, необходимых для того, чтобы Отделение предварительного производства МУС сыграло свою беспрецедентную судебную роль согласно статье 15 bis (8) Статута МУС<sup>53</sup>. Начиная с 17 июля 2018 года уже сам Суд будет указывать, каким образом он будет применять на практике существующее на бумаге право. Возможно, для Прокуратуры МУС уместно заранее заявлять о том, что она намерена принять всерьёз основное содержание, лежащее в основе порогового требования, содержащегося в статье 8 bis (1) Статута МУС: что содержательное определение агрессии включает только использование силы государством, достигающее большого масштаба и недвусмысленно противозаконное. Такое заявление поможет рассеять постоянные — и объяснимые<sup>54</sup> — сомнения в том, что Суд сможет участвовать в животрепещущих правовых дискуссиях о превентив-

консультаций в связи с предложениями США по поводу ряда интерпретаций. Глава германской делегации в Кампале посол Зузанне Вазум-Райнер изложила политическую точку зрения Германии на переговоры: *Wasum-Rainer S. Germany // The Crime of Aggression: A Commentary / ed. by C. Kreß, S. Barriga. Vol. 2. P. 1149–1157*. По отношению к правовому спору, лежащему в основе нью-йоркских переговоров, Германия заняла позицию, заключающуюся в том, чтобы никакие позиции не выражать. Это делалось с целью не ставить излишний акцент на практической важности вопроса, а также чтобы быть доступной, если это потребует, в качестве «добросовестного посредника» для финальной попытки наведения мостов. Во время заключительных часов нью-йоркских переговоров глава германской делегации Михаэль Кох как за сценой, так и за кулисами показал, что обещание его страны оказать помощь в том, чтобы приведение в действие юрисдикции суда стало реальностью, было не пустым. Участие Германии в переговорах по поводу преступления агрессии, начиная с преддверия Римской конференции и до периода вскоре после конференции в Кампале, изложено и документировано автором этих строк в работе: *Kreß C. Germany and the Crime of Aggression // For the Sake of Present and Future Generations. Essays on International Law, Crime and Justice in Honour of Roger S. Clark / ed. by S. Linton, G. Simpson, W.A. Schabas. Leiden; Boston, MA: Brill Nijhoff, 2015. P. 31–51*.

<sup>50</sup> Скептический взгляд Японии на исторический Токийский процесс хорошо известен; в работе *Hathaway O.A., Shapiro S.J. Op. cit. P. 133 ff.*, излагается захватывающий рассказ о более общем контексте японской перспективы. Тем более важно подчеркнуть, что Япония недвусмысленно поддержала идею, согласно которой МУС должен осуществлять юрисдикцию применительно к преступной агрессии. Что касается правового спора, лежащего в основе Нью-Йоркских переговоров 2017 года, Япония, вероятно, наиболее последовательно из всех государств защищала «ограничительную позицию» как корректный правовой подход (см. главу, написанную покойным послом Итиро Комацу, возглавлявшим японскую делегацию в Кампале: *Komatsu I. Japan // The Crime of Aggression: A Commentary / ed. by C. Kreß, S. Barriga. Vol. 2. P. 1217–1233, 1231–1232*). На этом фоне роль Японии во время нью-йоркских переговоров 2017 года особенно примечательна. Не оставив тени сомнения относительно правовой позиции Японии, глава японской делегации в Нью-Йорке, генеральный директор Масахиро Миками, проявил большую внимательность к точке зрения оппонента и в конечном счёте также заявил о готовности Японии участвовать в наведении мостов и признать финальный компромисс. Республика Корея — ещё одно азиатское государство, последовательно поддерживавшее идею, согласно которой МУС должен осуществлять юрисдикцию применительно к преступлению агрессии (см.: *Kim Y.S. Republic of Korea (South Korea) // Ibid. P. 1234–1241*). Однако во время нью-йоркских переговоров в декабре 2017 года Республика Корея не высказывалась.

<sup>51</sup> Италия поддерживала этот процесс с самого начала переговоров (см., например, предложение, поданное Египтом и Италией ещё в 1997 году (цит. по: *The Travaux Préparatoires of the Crime of Aggression / ed. by S. Barriga, C. Kreß. P. 226–227*), и следует запомнить вклад на ранних этапах переговоров со стороны бывшего итальянского дипломата и судьи МУС Ма-

рио Полити (полезное собрание кратких комментариев к переговорам со стороны влиятельных экспертов до начала Принстонского процесса см.: *The International Criminal Court and the Crime of Aggression / ed. by M. Politi, G. Nesi. Farnham: Ashgate Publishing, 2004*). Хотя, вероятно, и следует признать, что Италия в «Принстонском процессе» и в Кампале ключевой роли не играла, однако, когда нью-йоркские переговоры в декабре 2017 года достигли финального этапа, эта страна в лице своего уважаемого делегата Сальваторе Дзаппала была среди первых делегаций, поддерживавших австрийское посредничество в деле «наведения мостов». Наконец, — и есть искушение видеть в этом перст судьбы — именно итальянский вице-президент Ассамблеи государств-участников, посол Себастьяно Карди, был одним из двух председателей при принятии резолюции о приведении юрисдикции в действие консенсусом.

<sup>52</sup> Эта история убедительно изложена в работе: *Hathaway O.A., Shapiro S.J. Op. cit. P. 131 ff.*

<sup>53</sup> Руководство Суда может обратиться к всестороннему анализу в работе: *Chaitidou E., Eckelmanns F., Roche B. The Judicial Function of the Pre-Trial Division // The Crime of Aggression: A Commentary / ed. by C. Kreß, S. Barriga. Vol. 1. P. 752–815*.

<sup>54</sup> Автор статьи считает, что нелегко понять, почему делегация Франции, возглавляемая послом Франсуа Алабином, и делегация Великобритании, возглавляемая послом Айеном Макледом, остались неготовыми к заключительному компромиссу на декабрьских переговорах 2017 года в Нью-Йорке. Автор даже задаётся вопросом о том, не достигли ли бы эти два государства большей правовой стабильности для своей же пользы

ной самообороне<sup>55</sup>, защите от негосударственного вооружённого нападения<sup>56</sup> и гуманитарной интервенции<sup>57</sup>. Как только госу-

дарства смогут убедиться в том, что Суд не будет использовать свою юрисдикцию применительно к преступлению агрессии в этих серых правовых зонах, можно надеяться, что число ратификаций значительно вырастет, поскольку для любой победоносной державы, чьи судьи участвовали в Нюрнбергском и Токийском трибуналах, будет крайне сложно объяснить, почему они всё ещё не хотят полностью воспользоваться легитимностью собственного пионерского курса действий после Второй мировой войны.

## 8. Эпилог: несовершенное, но своевременное воззвание к совести человечества

Несомненно, содержательное определение преступления агрессии является узким — настолько узким, насколько должно быть определение преступления согласно международному праву, и юрисдикционный порог для того, чтобы Суд мог обеспечить юрисдикцию применительно к этому преступлению, жёсткий — жёстче, чем это желательно. Но ошибкой было бы принижать значение нью-йоркского прорыва в декабре 2017 года. Россия недавно пересекла красную черту и силой аннексировала часть территории другого государства<sup>58</sup>. Северная Корея и США уже давно обмениваются угрозами ядерной войны. В тот момент, когда я пишу эти строки, Турция начала масштабное военное вторжение в Сирию без какой-либо оговорки насчёт того,

(с их точки зрения), если бы воспользовались «мостом», выстроенным для них профессором Аканде и автором этих строк (о некоторых потенциальных правовых двусмысленностях, окружающих второй абзац постановляющей части резолюции о приведении в действие юрисдикции и на которых мы не будем останавливаться в этой работе, см.: *Stürchler N. Op. cit.*). Однако автор понимает, почему немало государств, участвующих в сценариях боевых действий в серой правовой зоне, как кажется, заняли позицию «пождём — увидим» в связи с будущей интерпретацией Судом содержательного определения этого преступления. Автор полагает, что следует признать, что Франция и Великобритания являются единственными постоянными членами СБ ООН, которые к настоящему времени ратифицировали Статут МУС, и что эти два государства в конечном счёте приняли юрисдикционный режим, который не наделяет СБ ООН монополией на процессы по рассмотрению преступления агрессии перед МУС. Автор выражает признательность тому важному вкладу, который внесла в переговоры выдающийся бывший британский дипломат Элизабет Уилмсхерст. В ряде весьма примечательных заявлений (см.: *Kreß C. The State Conduct Element. P.515–516*), г-жа Уилмсхерст напоминала переговорщикам о необходимости чётко укоренить содержательное определение преступления агрессии в обычном международном праве. Взгляды британских и французских переговорщиков на принятые в Кампале поправки см.: *Belliard E. France // The Crime of Aggression: A Commentary / ed. by C. Kreß, S. Barriga. Vol.2. P. 1143–1148; Whomersley Ch. United Kingdom // Ibid. P. 1285–1289*. Масштаб дискуссии вокруг статуса СБ ООН в ситуации процесса перед МУС, связанного с преступной агрессией, наглядно показывает любому наблюдателю, насколько был необходим конструктивный подход для того, чтобы сделать возможным финальный прорыв. Достаточно сравнить энергичную аргументацию за монополию СБ ООН со стороны выдающегося китайского дипломата (см.: *Zhou L. China // Ibid. P. 1133–1138*) с жёсткой оппозицией по отношению к сильной роли СБ ООН, которой придерживается Индия, как это изложено и документировано известным индийским дипломатом (см.: *Singh N. India // Ibid. P. 1158–1173, 1164, 1165–1168, 1171*).

<sup>55</sup> См. в связи с усиливающейся дискуссией недавние речи, произнесённые сперва британским, а потом австралийским генеральными прокурорами: URL: <https://www.ejiltalk.org/the-modern-law-of-self-defence/>; <https://www.ejiltalk.org/the-right-of-self-defence-against-imminent-armed-attack-in-international-law/> (дата обращения: 08.06.2018). Анализ «превентивной самообороны» в контексте элемента преступной агрессии, связанного с поведением государств, см.: *Kreß C. The State Conduct Element. P.473–479*.

<sup>56</sup> Например, правовые сложности в связи с использованием силы против «Исламского государства», которое многие государства проводят в Сирии по запросу Ирака, были свежи в памяти принимавших решения, когда недавно обсуждалась преступная агрессия. Анализ «использования силы в ответ на вооружённое нападение со стороны негосударственных сил, происходящих с территории другого государства» в контексте «элемента поведения государства» в преступлении агрессии см.: *Kreß C. The State Conduct Element. P.462–467*.

<sup>57</sup> Интригующий вопрос о применении силы в случае настоятельной необходимости предотвратить гуманитарную катастрофу без разрешения СБ ООН был фоном для всех переговоров. Анализ «применения силы с целью избежать гуманитарной катастрофы» в контексте «элемента поведения государства» в преступлении агрессии см.: *Kreß C. The State Conduct Element. P.489–502, 524–526*.

<sup>58</sup> В контексте важной роли России, которую она сыграла в процессе, описанном в настоящем эссе, нельзя не сожалеть из-за явного нарушения этим государством запрета на применение силы в ситуации с Крымом. Тот факт, что политика и право были всегда неразрывно переплетены в том, как Россия участвовала в этой вековой дискуссии, не является специфической чертой российского подхода и не мешает нам признать, что Россия делала примечательные предложения формулировок начиная с 1933 года, когда Максим Литвинов представил от лица СССР «Проект декларации об определении агрессии» Конференции по разоружению (цит. по: *The Travaux Préparatoires of the Crime of Aggression / ed. by S. Barriga, C. Kreß. P. 126–127*). Роль СССР перед Нюрнбергом удачно изложена в работе: *Hathaway O.A., Shapiro S.J. Op. cit. P.257*. В ключевой момент Сталин поддержал идею суда и в этом отношении образует странную пару вместе со Стимсоном. (Сближение во взглядах между Сталиным и Стимсоном, однако, дальше не пошло, поскольку Сталин предпочитал показательные процессы.) В историческом контексте стоит напомнить, что термин Нюрнбергского и Токийского процессов «преступление против мира» был введён советским профессором А.Н. Трайниным (см.: *Trainin A.N. Hitlerite Responsibility Under Criminal Law / ed. by A.Y. Vishinsky ; transl. by A. Rothstein. London :*

что запрет на применение силы вообще что-нибудь значит<sup>59</sup>. В такой момент призыв к совести человечества, который несёт решение привести в действие юрисдикцию МУС применительно к преступлению агрессии, является своевременным.

Библиографическое описание:

Кресс К. О приведении в действие юрисдикции МУС в отношении преступления агрессии // Международное правосудие. 2018. № 2 (26). С. 77–89.

## On the activation of ICC jurisdiction over the crime of aggression

Claus Kreß

Professor of criminal law and public international law, Institute of International Peace and Security Law, University of Cologne, Germany (e-mail: claus.kress@uni-koeln.de).

### Abstract

In the early hours of 15 December 2017, the Assembly of States Parties to the Rome Statute made the decision to activate the International Criminal Court's jurisdiction over the crime of aggression as of 17 July 2018. The activation resolution was adopted after extremely intense negotiations about one aspect of the jurisdictional regime, which had remained controversial since the adoption of the Kampala amendments on the crime of aggression. The legal controversy that had surrounded one detail of its consent-based jurisdictional regime created the Kampala amendments. Legal opinions divide with respect to how the state consent-based exercise of the Court's jurisdiction precisely operates between States Parties to the ICC Statute. In essence, two conflicting legal views had emerged. According to the first position, in such a case, the Court is precluded from exercising its jurisdiction over an alleged crime of ag-

gression if committed either on the territory or by a national of a State Party to the ICC Statute, if this state has not ratified the Kampala amendments. According to the opposite position, a State Party, by ratifying the Kampala amendments, provides the Court with the jurisdictional links referred to in Article 12(2) of the ICC Statute. This means that the Court may, *inter alia*, exercise its jurisdiction over a crime of aggression allegedly committed on the territory of such a State Party by the national of another State Party to the ICC Statute, even if this second state has not ratified the Kampala amendments. Resolution adopted in New York appears to favour the latter approach, however it included a clause reaffirming a judicial independence and therefore leaves room for interpretation by the judges of the Court in the future. The New York breakthrough completes the Rome and Kampala conferences and it marks the culmination of a fascinating century long journey. Imperfect as it is, the consensus reached at the UN headquarters sends a timely appeal to the conscience of mankind about the fundamental importance of the prohibition of the use of force for an international legal order, aimed towards the preservation of world peace. Since its inception, Russia has been an important actor in the long-running international debate about the international legal regulation of aggression. That is why the author of the article considers it appropriate to make it available to a wider Russian readership.

### Keywords

International Criminal Court; Rome Statute; United Nations; UN Security Council; crime of aggression; use of force.

### Citation

Kress C. (2018) O privedenii v deystvie yurisdiksii MUS v otnoshenii prestupleniya agressii [On the activation of ICC jurisdiction over the crime of aggression]. *Mezhdunarodnoe pravosudie*, vol. 8, no. 2, pp. 77–89. (In Russian).

### References

- Barriga S., Kreß C. (eds.) (2012) *The Travaux Préparatoires of the Crime of Aggression*, Cambridge: Cambridge University Press.
- Clark R. S. (2002) Rethinking Aggression as a Crime and Formulating Its Elements: The Final Work-Product of the Preparatory Commission for the International Criminal Court. *Leiden Journal of International Law*, vol. 15, no. 4, pp. 859–890.
- Dive G., Goes B., Vandermeersch D. (2012) *From Rome to Kampala: The First 2 Amendments to the Rome Statute*, Bruxelles: Bruylant.
- Ferencz D. M. (2018) Aggression Is No Longer a Crime in Limbo. *FICHL Policy Brief Series*, no. 88, Oslo: Torkel Opsahl Academic EPublisher.
- Hathaway O. A., Shapiro S. J. (2017) *The Internationalists. How a Radical Plan to Outlaw War Remade the World*, New York: Simon & Schuster.
- Kamto M. (2010) *L'agression en droit international*, Paris: A. Pedone.
- Kaul H.-P. (2014) Der Beitrag Deutschlands zum Völkerstrafrecht. In: Safferling Ch., Kirsch S. (eds.) *Völkerstrafrechtspolitik: Praxis des Völkerstrafrechts*, Heidelberg: Springer, pp. 51–84.
- Kreß C. (2015) Germany and the Crime of Aggression. In: Linton S., Simpson G., Schabas W. A. (eds.) *For the Sake of Present and Future Generations: Essays on International Law, Crime and Justice in Honour of Roger S. Clark*, Leiden; Boston, MA: Brill Nijhoff, pp. 31–51.
- McDougall C. (2013) *The Crime of Aggression under the Rome Statute of the International Criminal Court*, Cambridge: Cambridge University Press.
- Politi M., Nesi G. (eds.) (2004) *The International Criminal Court and the Crime of Aggression*, Farnem: Ashgate.
- Sellars K. (2013) *"Crimes Against Peace" and International Law*, Cambridge: Cambridge University Press.
- Solera O. (2007) *Defining the Crime of Aggression*, London: Cameron May.

Hutchinson & Co., 1945. P.37). Об активной роли России во время холодной войны см., например: *Sellars K. The Legacy of the Tokyo Dissents on "Crimes against Peace"*. P. 119–126, 130–138; *Bruha T. Op. cit.* P. 150–154. «Предложение Российской Федерации» 1999 года (цит. по: *The Travaux Préparatoires of the Crime of Aggression / ed. by S. Barriga, C. Kreß. P. 339*) столь же сжато, сколь и неудачно в поисках консенсуса: оно настаивает одновременно на старых формулировках Нюрнбергского и Токийского процессов об «агрессивной войне» и на монополии СБ ООН. При этом стоит отметить такое многообещающее обстоятельство, что два уважаемых российских дипломата Геннадий Кузьмин и Игорь Панин отмечают (см.: *Kuzmin G., Panin I. Russia // The Crime of Aggression: A Commentary / ed. by C. Kreß, S. Barriga. Vol. 2. P. 1264–1270, 1264*), что «Россия удовлетворена результатом Конференции по рассмотрению действия Римского статута в отношении определения преступления агрессии».

<sup>59</sup> Идентичные письма, адресованные Турцией Генеральному секретарю и председателю Совета Безопасности ООН (S/2018/53), отсылают к праву самообороны, признанному в статье 51 Устава ООН, но не приводят почти никаких фактов в поддержку этой юридической претензии. Вместо этого в письмах содержится опасно расплывчатое упоминание «ответственности, которую несут государства-участники в борьбе с терроризмом», как если бы такая «ответственность» могла служить правовой базой для применения силы на иностранной территории без согласия этого государства и без мандата СБ ООН.