

**Лекція професора, почесного доктора права Клауса Кресса з
Університету Кельна**

**в Нюрнберзькій академії на тему «Війна в Україні та злочин
агресії»**

**від 4 травня 2023 р. в залі суду № 600 у Нюрнберзькому палаці
правосуддя**

Текст лекції

Пані Державний міністр!
Пане лорд-мер!
Державний секретарю!
Високоповажні міністри!
Особливо вітаю пана українського посла Кориневича!
Поважні колеги!
Пані та панове, що перебувають у залі суду № 600 і за її межами!
Шановні друзі!
Пане Клаус Раквітц!

Це велика честь говорити про злочин агресії в тій самій будівлі, де був сформований надзвичайно важливий прецедент щодо злочинів проти миру. Щиро дякую Нюрнберзькій академії за таку можливість. Також дякую Академії за вибір цієї теми для сьогоднішньої лекції.

У результаті агресії Росії проти України тема майбутнього міжнародної правової архітектури щодо злочину агресії посідає особливо важливе місце в порядку денному міжнародної правової політики. Уряди прийматимуть рішення про подальші дії, проте передувати їм має загальносупільне обговорення. Нюрнберзька академія – це ідеальний майданчик для такої дискусії.

Якщо пригадати міжнародне публічне обговорення нашої теми, яке відбувалося приблизно століття тому, один учасник заходу особливо вирізнявся своєю відданістю та моральним авторитетом. Його звали Бенджамін Ференц. Нещодавно Бен покинув наш світ. Проте він надихатиме нас далі. Я чітко відчував це, коли працював над рукописом для цього вечора. Я присвячую цю лекцію в Нюрнберзі пам'яті пана Бена.

I.

Мої відправні точки лекції не є спірними: у 2014 р. в Криму Російська Федерація почала порушувати щонайменше заборону на застосування сили, щоби

нашкодити Україні. 24 лютого 2022 р. Росія пішла на ескалацію, перейшовши до повномасштабної агресивної війни.

Війна Росії проти України, що триває, становить акт агресії, який за своїм характером, серйозністю та масштабом є очевидним порушенням Статуту Організації Об'єднаних Націй. Таким чином, поведінка Росії відповідає елементу поведінки держави в межах визначення злочину агресії, погодженого міжнародною спільнотою, яке закріплено у статті 8 bis Статуту Міжнародного кримінального суду (МКС).

Отже, президента Путіна та деяких інших керівних осіб Росії підозрюють у вчиненні злочину агресії. Утім Міжнародний кримінальний суд не може поширити свою юрисдикцію на цей злочин, поки Рада Безпеки ООН не скерує справу України до МКС. Однак доки Путін залишається при владі, Росія буде зловживати своїм правом вето щодо проєкту такої резолюції, як це було в лютому минулого року під час голосування проєкту резолюції Радбезу, якою держави засуджували агресію Росії проти України.

II.

Чи слід нам перейматися про такий стан речей? Дехто вважає, що ні, - або принаймні вірить, що зараз є багато інших речей, вартих нашої уваги. Вони гадають, що нам має вистачити того, що МКС може поширити свою юрисдикцію на геноцид, злочини проти людяності та воєнні злочини в Україні. Наприклад, суддя Шомбург назвав можливість обговорювати поточну проблему щодо злочину агресії «розкішшю». Разом із Президентом України й українським народом я з усією повагою маю не погодитися з цим.

На мою думку, агресія Росії проти України радше пролила світло на виразну прогалину в поточній архітектурі міжнародного права, і обговорення відповідальності за неї не є розкішшю. Нюрнберг – саме те місце, де про це слід говорити. Утім хочу відразу звернути увагу, що я моя позиція не заснована на ностальгії за Нюрнбергом. Зокрема, я не обґрунтовую свою думку вироком Нюрнберзького процесу, у якому йшлося про те, що злочин агресії – це найтяжчий міжнародний злочин.

Ні, я не вважаю, що злочин агресії обов'язково вагоміший за геноцид, злочини проти людяності або воєнні злочини, що мають систематичний характер. З цієї самої причини я ні на мить не применшую значну роль розслідування МКС під керівництвом прокурора Хана, що нещодавно призвело до видачі історично важливого ордера на арешт Президента Путіна.

Проте я так само твердо переконаний, що злочин агресії не менш важливий, аніж інші злочини, і що в деяких випадках розслідування такого злочину може мати критично важливу роль. Війна Росії проти України – це саме такий випадок. Зараз я поясню, чому так вважаю.

Беззаперечно, агресивна війна проти України порушує її суверенітет і територіальну цілісність, а також право на самовизначення українського народу. І, без сумнівів, агресивна війна Росії відкрила можливості для вчинення жахливих воєнних злочинів.

Проте критично важливо, що правопорушення, учинене Росією, на цьому не завершується.

Воно включає всі порушення фундаментальних прав українців, учинені Росією, без порушення міжнародного права збройних конфліктів. З гуманістичних міркувань міжнародне право збройних конфліктів надає право вбивати ворогів-комбатантів не лише солдатам країни-жертви агресії, але й солдатам країни-агресора. Відповідно до міжнародного права збройних конфліктів, агресор також має право допускати можливість невідворотного вбивства або травмування невеликої кількості цивільних осіб у результаті нападів на військові об'єкти. Україна зазнала незліченної кількості таких утрат через агресію Росії, і жодна з них не підпадає під визначення воєнних злочинів, злочинів проти гуманності або геноциду.

Керівництво Росії можна притягнути до кримінальної відповідальності за величезну кількість воєнних злочинів, лише якщо розслідувати злочин агресії. Ця думка настільки важлива, що я хочу ще обговорити її в загальних термінах.

Тут я ґрунтуватимуся на найбільш вдумливому тексті, написаному на цю тему, – це есе на тему «У чому полягає специфічне зло агресії» Фредеріка Меґре. Меґре нагадує нам про базовий факт, а саме, що право ведення бойових дій із гуманістичних міркувань закриває очі на величезну кількість насильства під час війни. Це означає, і ось тут я зацитую Меґре, що «війна є жахливим винятком до постулату про те, що всі люди мають невід'ємне право на життя, безпеку, фізичну та психологічну недоторканність, свободу пересування тощо». Наголошую, що лише злочин агресії гарантує особисту кримінальну відповідальність керівництва країни-агресора за початок дій, що відкрили дорогу цьому кровожерливому винятку.

З цієї причини вкрай неправильно ділити чотири злочини відповідно до міжнародного права на три жорстокі злочини, з одного боку, і злочин агресії, з іншого. Навпаки, злочин агресії – це такий самий жорсткий злочин, що й інші міжнародні злочини. Заборона агресії направлена не лише на захист радше абстрактної цінності суверенітету держави, а й на захист досить конкретних фундаментальних прав потенційно незліченної кількості людей, які можуть постраждати або померти через агресивну війну. Коли є ризик порушення міжнародно-правової заборони на агресію, ці положення перебувають під загрозою.

Саме тому «негативний прецедент» незабезпечення покарання за злочин агресії після агресії Росії проти України буде не питанням розкоші, а глибинним підривом міжнародного правопорядку.

Роберт Джексон, головний прокурор США на Нюрнберзькому трибуналі, чітко визначив небезпеку порушення норм після агресивних воєн Німеччини. Саме тому Джексон вважав за необхідне активувати те, що ми сьогодні називаємо експресивною функцією міжнародного кримінального права. Тут, саме в цій кімнаті, Джексон виголосив історичну обіцянку, про яку просто сьогодні в Гаазі нагадав Президент Зеленський усьому світові. Ось що сказав Джексон:

«Єдиний спосіб запобігти періодичним війнам, які неминуче виникатимуть у системі міжнародного безправ'я, - це змусити державних діячів нести відповідальність перед законом. Дозвольте прояснити, що поки це перший суд проти агресії Німеччини, проте закон охоплює, а якщо закон іще й служить корисній цілі, то й засуджує агресію інших держав, зокрема тих, які сидять зараз у суддівських кріслах».

Виголошення цієї обіцянки під час Нюрнберзького процесу ознаменувало винятковий момент справжнього лідерства Сполучених Штатів у міжнародному кримінальному правосудді. І прошу не забувати, що Радянський союз теж рішуче зайняв місце в суддівському кріслі.

Обіцянка Джексона лягла в основу спадщини Нюрнберга. З огляду на агресивну війну Росії проти України, вона має резонувати голосніше та сильніше, ніж будь-коли з моменту набуття чинності Статуту ООН.

III.

Тоді постає запитання. Як так сталося, що попри потужну історію Нюрнберзького трибуналу щодо злочинів проти миру, ми маємо виразну прогалину в міжнародній архітектурі права стосовно злочину агресії?

Говорячи словами Меґре, чому агресія втратила своє значення основного та центрального злочину Нюрнберзького та Токійського процесів і стала такою, яку ледь вдалося включити до Римського статуту?

Одна з важливих причин полягає в забороні використовувати силу. Згодом цей принцип став завуальованим внаслідок правової невизначеності, що відображає ґрунтовні відмінності в політиці держав. Саме через це процес узагальнення прецедентів Нюрнберга й Токіо став справжнім викликом.

Проте є й інша сторона правди. Уряди держав, які виступали суддями на Нюрнберзькому процесі, поступово відійшли від непростого завдання виконувати власні нюрнберзькі обіцянки.

Нещодавно Семюель Мойн, історик Єльського університету, написав важливу книгу під назвою «Humane» («Людяний») про Сполучені Штати: «Ми боремося зі злочинами війни, але забули про головний злочин війни».

Коли йдеться про незалежний правовий розгляд рішення застосовувати військову силу, то не лише Радянський Союз і сучасна Росія зайняли оборонну позицію, яку

Геррі Сімпсон доречно назвав суверенізмом, а ще й три країни західного світу, які сиділи в суддівських кріслах під час Нюрнберзького трибуналу.

Бен Ференц так описав суть суверенізму: «Життєво важливий компонент, якого помітно бракувало, – це політична воля кількох провідних держав, які вперто не хотіли затвердити обґрунтований міжнародний контроль над застосуванням військової сили». Під час переговорів відсутність політичної волі підміняли здебільшого правовими аргументами.

Два найважливіші з них (при чому жоден не є переконливим) стосувалися твердження про монополію Ради Безпеки на порушення кримінальної справи за злочин агресії та ставлення до злочину агресії як до нового виду злочину в Статуті МКС, щоби створити умови для МКС, коли той зможе застосовувати свою юрисдикцію до цього злочину.

Минулого тижня Коаліція за міжнародне кримінальне правосуддя нагадала у своїй заяві про таке: «Більшість держав-учасниць з Африки, Латинської Америки та Європи не підтримували цю ідею. Проте, зрештою, під час Конференції у Кампалі держави-учасниці дійшли згоди стосовно послаблення умов щодо злочину агресії, хоча й розуміли корисливі мотиви більших держав щодо цього».

Під час переговорів стосовно МКС провідні держави витіснили питання злочину агресії на другий план. Цьому значно сприяла позиція, яку вже давно зайняла важлива частина міжнародного правозахисного руху щодо питання війни. Загалом цей рух відмовився від принципу *ius in bello* й пристав на ідею, що вбивства, учинені агресором під час ведення бойових дій, не є порушенням прав людини та не підпадають у фокус роботи правозахисних організацій, якщо відповідають дозволеним нормам права міжнародних збройних конфліктів.

Крім того, організації з високим моральним авторитетом, як-от Amnesty International і Human Rights Watch, дотримуються політики, відповідно до якої вони не коментують, чи порушують військові дії *ius contra bellum*. Замість того, щоб визнати, що агресія відкриває дорогу кривожерливому винятку з фундаментальних прав людини, незалежно від вчинення воєнних злочинів, міжнародний правозахисний рух почав розглядати агресію здебільшого як злочин проти державного суверенітету як такого. Це сформувало підґрунтя для думки, яку згодом науковці осмислили через поняття злочину жорстокості, що охоплює геноцид, злочини проти людяності та воєнні злочини, але не включає злочин агресії.

Коли в 1990-х роках міжнародне кримінальне правосуддя переживало добу відродження, цей підхід міцно закріпився в більшості неурядових дискусійних спільнот – і це мало відчутні наслідки. Громадянське суспільство відіграло вирішальну роль у створенні Римського статуту, але водночас воно недостатньо тиснуло на провідні держави, щоб нагадати про нюрнберзьку обіцянку Джексона. Натомість, як відмітив Вільям Шабас, багато неурядових організацій ставилися «досить байдуже до питання злочину агресії». Водночас Франція, Велика Британія та США радо скористалися концепцією злочину жорстокості як найбільш

прийнятним риторичним засобом, щоби далі витіснити злочин агресії на другий план.

У результаті навіть після 17 липня 2018 р., коли МКС отримав юрисдикцію над злочином агресії, найбільше уваги приділялося не питанню незаконності війни, а скоріше можливості її гуманізації.

Наведу п'ять прикладів цього.

У 2019 р. Туреччина провела масову військову операцію «Джерело миру» в Сирії. Хоча таке застосування сили найімовірніше мало би розглядатися як елемент злочину агресії, це питання не стало основним в обговоренні урядів.

Другий приклад. У 2021 р., через три роки проти набрання чинності юрисдикції МКС щодо злочину агресії, Європейський Союз вирішив просто проігнорувати цей злочин у День міжнародного кримінального правосуддя.

Високий представник Боррель заявив: «Щороку 17 липня ми вшановуємо історичну подію – ухвалення в 1998 р. Римського статуту Міжнародного кримінального суду. Це визначна подія, що показує, наскільки важливо боротися з безкарністю та забезпечувати справедливість для жертв найтяжчих злочинів – геноциду, злочинів війни й злочинів проти гуманності». Кінець цитати.

Третій приклад. У травні 2022 р. Європейський союз схвалив доповнення до свого Положення про Євроуст, яким було розширено обсяг дій повноважень Євроусту щодо геноциду, злочинів проти гуманності й воєнних злочинів. Проте злочин агресії залишили поза увагою навіть тоді!

Четвертий приклад. У серпні 2022 р. Комісія з міжнародного права схвалила в першому читанні проєкт статей щодо імунітету державних посадовців проти юрисдикцій іноземних кримінальних суддів. Ідеться про проєкт статті 7, яка відхиляє функціональний імунітет у судових провадженнях щодо вчинення геноциду, злочинів проти гуманності й воєнних злочинів. Однак злочин агресії залишили поза увагою навіть попри рішучий супротив визначних африканських членів Комісії - Шарля Джалло та Діре Тладі.

І п'ятий приклад. Більшість урядів, окрім українського, мовчали про злочин агресії до 24 лютого 2022 р. і місяцями опісля.

Зважаючи на наведене вище, було важко навіть улітку 2022 р. не погодитися з оцінкою Меґре, що «агресія – це міжнародний злочин, що сьогодні займає останнє місце в переліку таких злочинів».

IV.

Проте є численні ознаки того, що ситуація почала змінюватися.

Ще у 2018 р. Комітет ООН із прав людини заклав важливу доктринальну основу для цього.

У загальному коментарі 36 зазначено: «Держави-сторони, що вчиняють визначені міжнародним правом акти агресії, що призводять до позбавлення життя, порушує ipso facto статтю 6, тобто право на життя, Пакту».

Важко переоцінити значущість цієї заяви. Отже, Комітет із прав людини правильно апелював до фокусу на правах людини. Таким чином, використовуючи свій унікальний нормативний голос, Комітет звернув увагу на весь спектра насильства, яке держава-агресор вчиняє під час війни.

Після 24 лютого 2022 р. Філіп Сендс першим публічно порушив питання про злочин агресії. Його запитання звучало так: «Чому би не створити спеціальний міжнародний кримінальний трибунал для розслідування злочину агресії Путіна та його поплічників?» Крім того, Філіп Сендс нагадав: «Зрештою саме радянський юрист Арон Трайнін доклав багато зусиль, щоби зробити злочини проти миру частиною міжнародного права. [...] Хай Путін пожинає плоди Нюрнберга», – підсумував професор Сендс. На його слова потужно відреагували жертви агресії Росії, а голова дипломатії України негайно взяв їх за основу.

Чинний міністр закордонних справ України та юрист-міжнародник Дмитро Кулеба як науковий співробітник Київського національного університету написав статтю про Декларацію Сент-Джеймського палацу, яка була схвалена в січні 1942 та стала каталізатором для проведення Нюрнберзького процесу. Незабаром ключові представники громадянського суспільства України висловили свою рішучу підтримку. Серед них була й Олександра Матвійчук із Центру громадянських свобод – організації, що отримала Нобелівську премію миру.

Невдовзі після цього голоси парламентарів з усього світу почали лунати голосніше. Одна парламентська асамблея за іншою, зокрема організація “Парламентарі за глобальні дії”, розглянули питання злочину агресії. Кульмінацією низки публічних виступів стало ухвалення Резолюції № 2482 Парламентською асамблеєю Ради Європи. Цю визначальну резолюцію було схвалено одногосно. Її положення вимагають «ідентифікувати й забезпечити кримінальне переслідування за злочин агресії» відповідних російських і білоруських політичних та військових лідерів.

Асамблея зачитувала загальний коментар № 36 Комітету ООН з прав людини: «Якби вони не прийняли рішення вести цю агресивну війну проти України, не було би звірств, руйнувань, смертей і пошкоджень, що сталися в результаті законних дій під час війни».

Незалежна міжнародна комісія ООН із розслідування порушень в Україні також включила важливе згадування про злочин агресії у свій звіт від березня 2023 р. Зараз ми бачимо, що інтерес неурядової організації “Коаліція за Міжнародний кримінальний суд” (Coalition for the ICC) до забезпечення відповідальності за злочин агресії зростає. Наприклад, я щойно згадав активну участь Ініціативи з правосуддя “Відкритого суспільства” (Open Society Justice Initiative) у поточному обговоренні.

Наведені приклади вказують на те, що міжнародне співтовариство усе більше прагне відповідати спадку Нюрнберга щодо злочинів проти миру. Прокурор Хан назвав це «новим поштовхом», який був досить потужним і поширився на уряди. Ліхтенштейн і країни Балтії проявили ініціативу, після чого дедалі більше урядів порушили питання злочину агресії.

У листопаді минулого року Генеральна асамблея ООН уперше чітко згадала про набрання чинності юрисдикції МКС щодо злочину агресії. Місяць потому Європейська рада заявила, що питання кримінального переслідування за злочин агресії стосується всього міжнародного співтовариства. У лютому цього року Європейська рада проконтролювала та схвалила заснування Міжнародного центру з кримінального переслідування за злочин агресії в Україні. У березні ми почули голос США. У своєму зверненні, виголошеному у Вашингтоні, пані посол Бет ван Скаак нагадала про «визначальну роль США під час кримінального переслідування за злочин агресії в Нюрнберзі». Вона визнала «критично важливий момент в історії» та підтвердила, що є «вагомими причини, через які злочин агресії має підлягати кримінальному переслідуванню».

З такою публічною позицією США стало очевидно, що новий поштовх щодо злочину агресії вплинув на позицію навіть деяких урядів, які роками дотримувалися принципу оборонного суверенізму. Проте залишається ще одне ключове запитання. Чи зараз відбувається реальна зміна позиції на таку, що дійсно враховує заклик Джексона до послідовного застосування прецеденту Нюрнберга до злочинів проти миру до всіх держав без винятків?

V.

Не забуваючи про це запитання, розгляньмо доступні варіанти, за допомогою яких можна усунути прогалину щодо відповідальності за злочин агресії. У принципі найліпшим варіантом було би внести поправки до Статуту МКС, як, наприклад, запропонував прокурор Ханом. МКС, як єдиний постійний міжнародний кримінальний суд дійсно міжнародного спрямування, - це судова інституція, яка є найбільш легітимною та повноважною для виконання фундаментальної обіцянки Нюрнберга.

Проте, нещодавно пояснила Астрід Райзінгер Корачіні, внесення необхідних змін до Статуту МКС порушує численні юридичні та політичні питання, які не можна вирішити відразу. З цієї причини особи, що приймають рішення, вважають, що внесення змін у Статус МКС не є ефективним способом адресації поточної проблеми – агресивної війни проти України. Це дійсно так, але слід розуміти, що затягування важливого дипломатичного процесу, направлено на підтримку внесення змін у Статут МКС у майбутньому, неможливо виправдати. Я ще повернуся до цієї тези, але спершу розгляньмо інші варіанти щодо агресивної війни проти України, що триває.

1.

Наразі 36 країн долучилися до так званої «головної групи», що підтримує заклик України заснувати спеціальний трибунал для покарання за злочин агресії.

а)

Перш ніж говорити про цей інституційний проєкт, я хочу розглянути два аргументи, які ставлять під сумнів саму ідею спеціального трибуналу. Перший аргумент – спеціальний трибунал може послабити репутацію МКС. З усією повагою маю не погодитися.

МКС і надалі виконуватиме свою важливу роль – розглядатиме обвинувачення щодо воєнних злочинів, злочинів проти людяності та геноциду. Натомість спеціальний трибунал лише доповнить цю роботу та розглядатиме винятково злочин агресії. Мета заснування спеціального трибуналу збігатиметься з головною метою МКС, яка полягає в забезпеченні найповнішої можливої відповідальності за злочини відповідно до міжнародного права. Досвідчені юристи-практики давно запропонували свої рішення, як-от заснувати офіс для зв'язку, щоби МКС і спеціальний трибунал мали змогу координувати свою діяльність. Так вони зможуть вибудовувати ефективну синергію і протистоятимуть фрагментації. Можна навіть чітко визнати примат юрисдикції МКС порівняно зі спеціальним трибуналом.

Ще раз підкреслюю, МКС – це найважливіший елемент у поточній глобальній системі кримінального переслідування за злочини за міжнародним правом. Проте МКС постійно потребуватиме допомоги додаткових судових інституцій, тип яких залежатиме від конкретної ситуації.

Судді Гіґґінс, Койманс і Бюргенталь виклали свої позиції у пам'ятній окремій думці до рішення Міжнародного суду ООН 2002 р. щодо справи про ордер на арешт: «Міжнародний консенсус щодо думки, що злочинці, що вчинили міжнародні злочини, не мають права уникнути покарання, підкріплює гнучка стратегія, у якій щойно засновані міжнародні кримінальні трибунали, договірні зобов'язання та національні суди відіграють свою роль».

Другий контраргумент. Судовий розгляд справи щодо ситуації в Україні в спеціальному трибуналі – це вибіркоче судочинство. Цей аргумент центральний. Вибірковість у міжнародному кримінальному правосудді негативно впливає на його легітимність. Тому вибірковість неодмінно слід зменшити.

Аргумент щодо вибіркочості спеціального трибуналу ґрунтується на минулому досвіді та стосується майбутнього. Цей аргумент уже не має значного впливу на ситуації в минулому. Дійсно, на жаль, раніше держави кілька разів серйозно порушували заборону на застосування сили, і розслідування злочинів агресії у тих випадках мало відбутись.

Слід згадати застосування сили Іраком проти Кувейту в 1990 р., Угандою проти Демократичної Республіки Конго у вересні 1998 р., Коаліцією охочих на чолі зі Сполученими Штатами й Об'єднаним Королівством проти Іраку у 2003 р. і Туреччиною проти Сирії у 2019 р.

Досі особи, що приймають рішення, під час кожного переломного моменту еволюції міжнародного кримінального правосуддя відчували наслідки минулих невдач. Якби ці невдачі стали непереборними перепонами при прийнятті рішень у майбутньому, то не було б ані Нюрнберзького процесу, ані Токійського процесу, ані Міжнародного трибуналу щодо колишньої Югославії, ані Міжнародного трибуналу щодо Руанди, ані Міжнародного кримінального суду. Заради майбутнього ми мусимо сьогодні робити правильні речі, попри те, що раніше неправильно ставилися до злочину агресії. І тим паче в контексті агресії Росії проти України, яка, зважаючи на всі релевантні чинники, становить порушення заборони на застосування сили безпрецедентної серйозності.

Питання вибіркового судочинства є важливим також у контексті майбутнього. Зараз керівництво Росії використовує на свою користь юрисдикційні обмеження, які є наслідком оборонного суверенізму - як її власного, так і трьох провідних західних держав, які не приймають всеохоплюючий юрисдикційний режим Статуту МКС.

Тому постає таке запитання. Чи може бути так, що ці впливові держави розглядають створення спеціального трибуналу для розслідування агресивної війни проти України як захід, що залишиться таким же ізольованим, яким досі є Нюрнберзький і Токійський трибунали? Це найгостріше питання щодо легітимності. Проте воно ще не знаменує завершення справи, а радше спонукає осіб, що приймають рішення, поводитися як справжні лідери. Їм варто думати про трибунал як про необхідний, але недосконалий інструмент переходу на шляху до дійсного слідування дороговказу Нюрнберга до всеохоплюючого юрисдикційного режиму у Статуті МКС.

Звісно, для цього потрібен прецедент - і він є. Лише пригадайте, як Міжнародний трибунал щодо колишньої Югославії та Міжнародний трибунал щодо Руанди, які є спеціальними міжнародними кримінальними трибуналами, заклали підґрунтя для поширення юрисдикції МКС на злочини проти людяності, геноцид і воєнні злочини.

У січні цього року міністерка закордонних справ Німеччини Анналена Бербок під час виступу в Гаазькій академії міжнародного права публічно визнала, що потрібні принципові дії. Пані міністерка, як і належне, серйозно поставилася до питання вибіркової в міжнародному кримінальному правосудді. Проте вона не виключила можливості створення спеціального трибуналу щодо агресивної війни проти України. Натомість вона вважає, що створення такого трибуналу має бути лише першим кроком двоетапної стратегії. Другий крок, який потребує більше часу, – це зміна Статуту МКС щодо злочину агресії. Цілком погоджуюся.

b)

Тепер переходимо до питання правильного формату спеціального трибуналу.

Лише кілька тижнів тому міністри закордонних справ країн Великої сімки висловилися на підтримку інтернаціоналізованого трибуналу в Україні. Вони заявили: «Ми підтримуємо ідею створення інтернаціоналізованого трибуналу на основі судової системи України». Майже в той самий час 13 європейських і не європейських країн виступили зі спільною заявою на підтримку міжнародного трибуналу. Така позиція відповідає одностайному заклику Парламентської асамблеї Ради Європи.

Почнімо з того, що жоден із цих двох форматів за своєю суттю не є кращим за інший. Вибір слід робити з урахуванням потреб і обставин окремої ситуації. У зверненні, виголошеному у Вашингтоні, пані посол Бет ван Скаак фактично пояснила дві вагомні причини, чому США підтримують створення трибуналу на основі судової системи України. Вона сказала, що такий суд забезпечить «найзрозуміліший шлях до заснування нового Трибуналу, що збільшить наші шанси досягнути реальної відповідальності». Мене не переконує жоден із наведених аргументів. Насправді я вважаю їх досить дивними.

Насамперед створення інтернаціоналізованого трибуналу на основі судової системи України ніяк не може бути найкоротшим доступним шляхом. Навпаки, наразі не зрозуміло, які саме міжнародні елементи слід включити в український трибунал. Єдине, що ми досить чітко розуміємо, – це те, що інтернаціоналізація українського трибуналу має бути суттєвою. Інакше такий трибунал можна буде надто легко звинуватити в заполітизованості.

Проте саме суттєва інтернаціоналізація українського трибуналу Україні вимагатиме змін до Конституції. Навіть якщо якимось вдасться це зробити, попри введений воєнний стан, цей підхід вимагатиме багато безцінного часу, а в цій ситуації час відіграє ключову роль. Це одна з причин, чому Україна проти створення інтернаціоналізованого трибуналу. За таких умов досить дивно говорити про «найзрозуміліший шлях».

Чи інтернаціоналізований трибунал в Україні принаймні максимально збільшив би шанси на понесення злочинцями належної відповідальності? Також ні. Що більш комплексну відповідальність понесуть найбільш винні особи, то більше значення матиме така відповідальність як для українського народу, так і для суті міжнародного правопорядку.

Кажу з обережністю, проте шанси, що судді зможуть пробити стіну особистого імунітету президента Путіна й інших членів російської трійки набагато більші за умови проведення саме міжнародного трибуналу, а не інтернаціоналізованого українського трибуналу. Це мали би чітко зрозуміти всі, коли МКС видав ордер на арешт президента Путіна.

Ще гірше те, що Комісія з міжнародного права, на превеликий жаль, виключила злочин агресії з переліку злочинів у проєкті статті 7 проєкту документа про імунітет. Цей негідний вчинок створює ризик того, що судді трибуналу, заснованого на правовій системі України, можуть відчувати необхідність визнати функціональний імунітет. У такому разі шанси домогтися належної відповідальності винних нульові. Проте питання щодо імунітету – це навіть не найбільш серйозна проблема, пов'язана з інтернаціоналізованим трибуналом в Україні.

Прошу пригадати, як уже згадувалося, що через особливу історію злочин агресії сьогодні займає останнє місце в переліку міжнародних злочинів. Тому в цей історичний переломний момент потрібне вагоме підтвердження того, що злочин агресії – це міжнародний злочин, такий самий, як геноцид, злочини проти гуманності та воєнні злочини. І уся міжнародна спільнота зацікавлена у кримінальному переслідуванні відповідальних за вчинення такого злочину відповідно до міжнародного права не менше, ніж карати за вчинення інших трьох злочинів.

Це потужний сигнал не вдасться забезпечити за допомогою інтернаціоналізованого українського трибуналу. Така інституційна структура не повністю передасть міжнародний характер злочину агресії та підкреслить радше національний інтерес України як безпосередньої жертви, а не всієї міжнародної спільноти.

Прислухавшись до заклику України створити справжній міжнародний трибунал щодо злочину агресії, ми зможемо віддати гідну шану цій державі за її демократичний вибір, про що сьогодні переконливо заявив Президент України. Ба більше. Міжнародне суспільство зацікавлене в судовому розгляді злочину агресії, що чітко визнають країни Великої сімки, і в такому інституційному дизайну це було би найефективніше втілити.

Найбажаніший спосіб заснування дійсно міжнародного трибуналу було вже чітко описано. Трибунал буде організовано на основі угоди між ООН і Україною, переговори вестиме Генеральний секретар ООН на запит Генеральної Асамблеї.

Чи є переконливий аргумент проти такого способу, попри переваги міжнародного варіанту, які я щойно згадав? Було озвучено сумніви щодо повноважень Генеральної Асамблеї долучитись до цього процесу.

Проте вони необґрунтовані. У 1962 р. Міжнародний суд ООН у своєму Консультативному висновку щодо певних витрат докладно описав функції та повноваження, надані Генеральній Асамблеї для виконання другорядних обов'язків з підтримання міжнародного миру й безпеки. Суд чітко визнав, що ці функції та повноваження не є просто рекомендаційними або наставницькими. Суд постановив, що лише примусові заходи належать до виключної компетенції Ради Безпеки. Проте запит до Генерального секретаря укласти угоду з державою для заснування міжнародного трибуналу з метою здійснення юрисдикції щодо

злочинів за міжнародним правом не включає примусовий захід. Це підтвердила безпосередньо Рада Безпеки стосовно Спеціального суду щодо Сьєрра-Леоне. У тій ситуації, Радбез надіслав запит Генеральному секретареві підписати відповідну угоду зі Сьєрра-Леоне з метою заснування спеціального міжнародного кримінального трибуналу з юрисдикцією над злочинами за міжнародним правом, Рада Безпеки діяла відповідно до Розділу VI, а не Розділу VII Статуту ООН.

Чи, можливо, ми знову стикнулися зі старою стратегією, коли брак політичної волі намагаються замаскувати за допомогою юридичних сумнівів? Згадайте, як інакше це звучало тут, у Нюрнберзі, у 1946 р., коли прецедент, про який ідеться, дійсно, містив сильний елемент новизни. Потім сер Гартлі Шоукросс, головний прокурор Великої Британії, твердо заявив: «Якщо це і нововведення, то ми готові відстоювати й обґрунтовувати його».

Другий аргумент проти міжнародного трибуналу пов'язаний із нібито скептицизмом країн Глобального Півдня, через який не вдасться набрати необхідну більшість голосів у Генеральній Асамблеї. На перший погляд, цей аргумент звучить переконливо, адже враховується позиція держав Глобального Півдня. Проте підозріло те, що його висувують провідні держави Глобальної Півночі, і це до того, як відбулася серйозна і пряма взаємодія з Глобальним Півднем стосовно цього питання.

Звісно, я не можу говорити від імені держав Глобального Півдня. Просто хочу згадати чотири моменти.

По-перше, держави Глобального Півдня були рушійною силою за включення злочину агресії в Статут МКС у Римі, і переважна більшість держав Глобального Півдня підтримала набрання чинності юрисдикції МКС щодо злочину агресії на основі більш міцного й всеохоплюючого юрисдикційного режиму в Кампалі.

По-друге, 23 лютого цього року 141 держава-учасниця ООН визнала необхідність забезпечити відповідальність за найтяжчі злочини за міжнародним правом, учинені на території України.

По-третє, серед 13 держав, які виступили зі спільною заявою на підтримку створення міжнародного кримінального трибуналу, є три держави Глобального Півдня.

І, по-четверте, видатні представники Глобального Півдня, як-от колишній генеральний секретар ООН Бан-Гі Мун, колишній президент МКС Еббе Осуджі та головний прокурор Річард Голдстоун підтримали ідею створення міжнародного трибуналу.

Чи може бути так, що ці негативні спекуляції щодо позиції держав Глобального Півдня спрямовані на випередження серйозної та прямої взаємодії з відповідними державами? Зрештою, ті держави, які почали добросовісно

звертатися до держав Глобального Півдня, не отримали прямої відмови. Однак вони почули гостре запитання, яке мають ставити не лише держави Глобального Півдня, але й усі ми, і воно стосується послідовності та невідбірковості. Я вважаю, що серйозна взаємодія з Глобальним Півднем щодо заснування спеціального міжнародного трибуналу точно варта зусиль. Проте вона потребує чесної відповіді на одне запитання: як ті держави, що виступають за створення такого трибуналу щодо агресивної війни проти України, планують вирішувати схожі випадки агресії в майбутньому?

2.

Ті 13 держав, що виступили зі спільною заявою на підтримку створення спеціального міжнародного кримінального трибуналу, дали правильну відповідь. Вони підтвердили «своє прагнення гармонізувати юрисдикцію Римського статуту щодо чотирьох злочинів, щоби надати змогу Міжнародному кримінальному суду здійснювати кримінальне переслідування вчинення подібних злочинів агресії в майбутньому». Примітно, що такого самого прагнення бракує державам Великої сімки.

Це означає, що Франція, Велика Британія та США досі перебувають у своїй зоні комфорту, тобто не хочуть відступити від принципу оборонного суверенізму й далі протистоять всеохоплюючому юрисдикційному режиму щодо злочину агресії, передбаченому у Статуті МКС.

Що може змусити ці держави зробити цей вирішальний крок? Звісно, доведеться посилити відданість принципу заборони застосовувати силу, наприклад, у майбутньому варто буде утримуватися від незаконних вторгнень на кшталт вторгнення в Ірак у 2003 р. Проте не вимагатиметься утримуватися від застосування сили в тих ситуаціях, коли законність такого застосування є по-справжньому спірним питанням.

Визначення статті 8 bis Статуту МКС, прийняте на основі міжнародного консенсусу, настільки стисле, наскільки має бути визначення злочину за міжнародним правом. Таке визначення не допускає завищених амбіцій і приймає беззаперечний факт того, що заборона застосування сили оточена сірою зоною справжньої правової невизначеності, яка відображає довготривалі та глибоко вкорінені відмінності між державами.

Відповідно, формулювання та travaux préparatoires (підготовчі матеріали) статті 8 bis Статуту МКС, а також основоположні норми звичаєвого міжнародного права вимагають, щоби прокурор і судді тримались подалі від такої сірої зони. Неможливо наперед напевне гарантувати, що прокурор і судді дійсно будуть дотримуватися стислого формулювання статті 8 bis Статуту МКС. Саме тому щоби вийти із зони комфорту й відмовитися від принципу оборонного суверенізму, першочергово треба інвестувати в глибину довіри - глибину довіри до міжнародної судової системи.

Чи прохання зробити таку інвестицію заради заснування всеохоплюючої міжнародно-правової архітектури проти агресії – це забагато? Я так не вважаю, зокрема тому що повністю погоджуюся зі словами пані посла Бет ван Скаак: «Ми переживаємо критично важливий момент в історії».

VI.

Бен Ференц в одній зі своїх останніх робіт згадав, що його надихав вислів Томаса Пейна. Пейн стверджував, що патріот не зобов'язаний сліпо слідувати правильним крокам і хибам власної країни, натомість він має сприяти її правильним учинкам і намагатися змінити хибні.

Саме так я хочу завершити цю лекцію в Нюрнберзі, звернувшись із проханням до уряду моєї країни. Це прохання видається мені ще більш доречним, адже сьогодні тут присутня пані державна міністерка Кеул.

Звичайно, я розумію, наскільки є цінною солідарність країн Великої сімки. Проте не в останню чергу слід говорити про те, що на карту поставлено важливі принципи міжнародного кримінального правосуддя. Тому хочу заохотити уряд Німеччини до таких дій. Визнати переваги й доцільність спеціального міжнародного трибуналу щодо злочину агресії. І долучитися до групи 13 держав задля щирого та серйозного вивчення цього варіанту разом із державами з усіх регіонів світу на основі чітко висловленого наміру не зупинятися на досягнутому, а також стати рушійною силою, яка працюватиме над гармонізацією юрисдикційного режиму щодо всіх чотирьох злочинів, зазначених у Статуті МКС. Для цього навіть не треба докорінно змінювати позицію, адже Німеччина вже прийняла дороговказ Нюрнберга щодо злочинів проти миру - як важливий урок, який вона винесла з власних агресивних воєн.

Саме на цьому ґрунті розвивалися дружні стосунки Бена Ференца з німецькою делегацією в МКС і покійним суддею Гансом-Петером Каулем. Тому сподіваюся, що Бен погоджується з моїм поясненням. Як сумно, що ніхто з нас не може отримати його поради щодо своїх рукописів, зокрема цього.

Щиро дякую!