

Суб'єктивна сторона (mens rea) пособництва і підбурювання воєнним злочинам і злочинам проти людяності в контексті американського Закону про деліктні позови іноземців

Богдан Петрович Карнаух*

Національний юридичний університет імені Ярослава Мудрого,
Харків, Україна

*e-mail: karnaukh.bogdan@gmail.com

Анотація

Американський Закон про деліктні позови іноземців (Alien Tort Statute, ATS) – це документ, що є знаковим у світовому масштабі, через те, що посилаючись на його положення, позивачі в американських судах домагалися відшкодування шкоди за порушення прав людини, які мали місце на інших континентах. Чимало таких справ стосувалися воєнних злочинів і злочинів проти людяності. І оскільки подібного роду масштабні злочинства майже ніколи не вчиняються єдиним виконавцем, одним із ключових питань, що поставало перед судами при розгляді відповідних справ, було питання установаження стандартів відповідальності за співучасть, пособництво і підбурювання таким злочинам. Розглядаючи ці справи, американські суди обґрунтовували свої рішення положеннями норм міжнародного права і, таким чином, напрацювали масив прецедентного права, вивчення якого, безсумнівно, буде корисним у світлі правових проблем, що породила війна в Україні. Саме цим зумовлено актуальність дослідження. Мета статті полягає в дослідженні вимог до суб'єктивної сторони (mens rea) пособництва і підбурювання воєнних злочинів і злочинів проти людяності крізь призму прецедентної практики за Законом про деліктні позови іноземців. Методологічно дослідження зводиться до аналізу прецедентної практики американських судів крізь призму норм міжнародного права. Важливою складовою розвідки є віднаходження змісту норм міжнародного звичаєвого права, положення якого окремо підлягають доказуванню у відповідних справах. Саме дослідження є частиною порівняльно-правових пошуків із метою винести уроки, які могли б прислужитися до розв'язання складних юридичних проблем, що постають у зв'язку з війною в Україні. У статті досліджено два стандарти суб'єктивної сторони пособництва і підбурювання, які використовуються американськими судами при розгляді справ за Законом про деліктні позови іноземців, а саме: стандарт мети і стандарт знання. Розглянуто американські прецеденти, в яких суди використали той або інший стандарт. Обґрунтовано, що витоки розбіжності варто шукати в міжнародному праві, позаяк американські суди у відповідній категорії справ послу-

говоряться саме міжнародним правом. Проаналізовано аргументи судді Кацмана, чия позиція лежить в основі усіх подальших рішень, що спираються на стандарт мети. Критичний аналіз аргументів судді Кацмана доповнено ретельним розбором практики міжнародних кримінальних трибуналів – від Нюрнберзького до пізніших трибуналів по Югославії, Руанді і Сьєрра-Леоне. Зроблено висновок, що стандарт знання є переважачим, і саме він має вважатися нормою міжнародного звичаєвого права, і саме він має визначати критерії відповідальності за шкоду, завдану грубим порушенням міжнародно визнаних прав людини.

Ключові слова: суб'єктивна сторона; пособництво і підбурювання; воєнні злочини; злочини проти людяності; відшкодування шкоди; деліктне право.

Subjective Side (Mens Rea) of Aiding and Abetting War Crimes and Crimes Against Humanity in the Context of the Alien Tort Statute

Bohdan P. Karnaukh*

Yaroslav Mudryi National Law University,
Kharkiv, Ukraine

*e-mail: karnaukh.bogdan@gmail.com

Abstract

The American Alien Tort Statute (ATS) is a landmark instrument on a global scale, since, based on its provisions, plaintiffs in American courts have sought compensation for human rights violations committed on other continents. Many of these cases involved war crimes and crimes against humanity. And since such large-scale crimes are almost never committed by a single perpetrator, one of the key issues before the courts in these cases was the question of establishing standards of liability for aiding and abetting such crimes. In considering these cases, the American courts based their decisions on the provisions of international law and thus developed a substantial body of case law, the study of which will undoubtedly be valuable in light of the legal challenges posed by the war in Ukraine. The objective of the article is to examine the requirements for the mens rea of aiding and abetting war crimes and crimes against humanity through the prism of the case law applying the Alien Tort Statute. From a methodological point of view, the study focuses on the analysis of the case law of American courts through the prism of international law. An important component of the research is to determine the contents of customary international law, the provisions of which are subject to separate proof in the relevant cases. The article itself is a part of comparative legal research with the aim of drawing lessons that could be used to solve the complex legal problems arising from the war in Ukraine. The article examines two standards of aiding and abetting used by American courts in cases under the Alien Tort Statute, namely, the purpose standard and the knowledge standard. The author examines the American precedents in which the courts have used one or the other standard. It is argued that the origins of the disagreement

should be sought in international law, since American courts in the relevant category of cases rely on international law. The author analyses the arguments of Judge Katzmann, whose position forms the basis for all subsequent decisions applying the purpose standard. The critical analysis of Judge Katzmann's arguments is complemented by a thorough examination of the practice of international criminal tribunals - from the Nuremberg Tribunal to the later tribunals for Yugoslavia, Rwanda and Sierra Leone. The author concludes that the standard of knowledge is predominant and should be considered a rule of customary international law and should define the criteria of liability for harm caused by gross violations of internationally recognised human rights.

Keywords: mens rea; aiding and abetting; war crimes; crimes against humanity; compensation for damage; tort law.

Вступ

Американський Закон про деліктні позови іноземців (Alien Tort Statute, ATS¹) – це знаковий у світовому масштабі документ. Попри те, що цей Закон включає одну-єдину статтю, історія його застосування буремна, а засяг дії – напевно грандіозний. Свого часу, користуючись цим Законом, позивачі в американських судах домагалися відшкодування за порушення прав людини, які мали місце на інших континентах. Прямо зараз Апеляційний суд Округу Колумбія розглядає справу, в якій мешканці Демократичної Республіки Конго вимагають відшкодування від світових техногігантів «Епл», «Тесла», «Майкрософт», «Дел» і «Алфавет» (материнська компанія «Гугл») за те, що останні, на думку позивачів, були пособниками та/або підбурювачами використання примусової праці дітей у кустарних кобальтових шахтах Конго [1].

Сучасна редакція ATS кодифікована в §1350 титулу 28 Кодексу США (USC): «Окружні суди мають первісну юрисдикцію щодо будь-якого цивільного позову іноземця, якщо тільки він стосується делікту, скоєного на порушення права народів або міжнародного договору Сполучених Штатів». Отже, ATS застосовується за наявності таких умов: а) пред'явлено цивільний позов; б) позивач – іноземець; в) позов – про відшкодування шкоди (деліктний); і г) шкоди завдано внаслідок порушення норм міжнародного права – звичаєвого чи закріпленого в міжнародних договорах [2, с. 1]. Якщо ці вимоги виконуються, то справа підсудна американському суду.

Чимало ATS-справ стосувалися воєнних злочинів і злочинів проти людяності. І оскільки подібного роду масштабні злочинства майже ніколи не вчиняються єдиним виконавцем, одним із ключових питань, що поставало перед судами при розгляді відповідних справ, було питання установлення стандартів відповідальності за співучасть, пособництво і підбурювання таким злочинам. Розглядаючи ці справи, американські суди обґрунтовували свої

¹ Інколи також вживається аббревіатура ATCA – Alien Tort Claims Act.

рішення положеннями норм міжнародного права і, таким чином, напрацювали масив прецедентного права, вивчення якого, безсумнівно, буде корисним у світлі правових проблем, що породила війна в Україні.

Мета статті – дослідити вимоги до суб'єктивної сторони (*mens rea*) пособництва і підбурювання воєнних злочинів і злочинів проти людяності крізь призму прецедентної практики американських судів за Законом про деліктні позови іноземців. Досягнення мети дослідження передбачає вирішення таких завдань: 1) огляд практики американських судів щодо застосування Закону про деліктні позови іноземців; 2) виявлення розбіжності у зазначеній практиці щодо необхідної для пособництва і підбурювання суб'єктивної сторони діяння (*mens rea*); 3) з'ясування першопричин зазначеної розбіжності; 4) докладний аналіз аргументів на користь кожного із двох альтернативних підходів; та 5) визначення підходу, якому належить віддати перевагу, як такому, що є усталеним у міжнародному праві.

Матеріали та методи

Емпіричним матеріалом дослідження є рішення американських судів щодо застосування Закону про деліктні позови іноземців, а також рішення міжнародних кримінальних трибуналів (Нюрнберзького та пізніших трибуналів по Югославії, Руанді і Сьєрра-Леоне). Методологічно дослідження зводиться до аналізу прецедентної практики судів крізь призму норм міжнародного права. Висновки засновуються на відстеженні складних взаємозв'язків між нормами американського деліктного права та нормами міжнародного кримінального права. Важливою складовою розвідки є віднаходження змісту норм міжнародного звичаєвого права, положення якого окремо підлягають доказуванню у відповідних справах. Саме дослідження є частиною порівняльно-правових пошуків із метою винести уроки, які могли б прислужитися до розв'язання складних юридичних проблем, що постають у зв'язку із війною в Україні.

У пособництві і підбурюванні воєнним злочинам і злочинам проти людяності – як у будь-якому злочинному діянні – прийнято виділяти дві сторони: об'єктивну (*actus reus*) і суб'єктивну (*mens rea*). І якщо стосовно об'єктивної сторони є відносна одностайність¹, то стосовно суб'єктивної – поміж американських судів відбувся справжній розкол. Цей розкол є предметом широкої наукової полеміки. Зокрема, дослідженню відповідної проблеми присвячено публікації E. Beavers, M. J. Ventura, O.A. Hathaway, A. Francis, A.A. Naviland, S.R. Kethireddy, R.S. Lincoln та S. Khakurel [4–8].

В одних округах [9–10] суди стоять на позиції, що пособник чи підбурювач мають діяти з *наміром* на досягнення злочинного результату: потрібно, щоб

¹ Докладніше див.: [3].

особа свідомо прагнула посприяти безпосередньому виконавцеві у вчиненні задуманого ним злочину (тобто поділяла намір виконавця). У такому разі скоєння злочину – це *мета*, заради досягнення якої діє пособник чи підбурювач. Відповідно, якщо особа не має спеціальної мети посприяти скоєнню злочину і сама не бажає настання шкідливих наслідків, то вона не може підлягати кримінальній відповідальності з точки зору міжнародного права, а отже, і деліктній відповідальності в контексті ATS. Такий підхід називають стандартом *мети*.

На противагу цьому суди в інших округах [11–14] додержуються думки, що для пособництва чи підбурювання не обов'язково самому поділяти злочинні наміри виконавця і бажати настання шкідливих наслідків – достатньо *розуміти*, що дії виконавця, яким надається сприяння, або до яких його підбурювано, є злочинними. Іншими словами, не вимагається намір – досить лише обізнаності. Такий стандарт називають стандартом *знання*.

Перший стандарт більш вимогливий, адже довести спеціальну спрямованість умислу значно важче, ніж довести просто обізнаність щодо злочинного характеру дій виконавця.

У цій статті ми спершу звертаємося до конкретних справ, у яких американські суди використали той або інший стандарт. Далі ми обґрунтуємо, що витоки досліджуваної розбіжності варто шукати в міжнародному праві, адже американські суди у відповідній категорії справ послуговуються саме ним, а не національними законоположеннями. Насамкінець третя частина дослідження присвячена розбору аргументів судді Кацмана, чия позиція послуговувала опертям для усіх подальших справ, де перевагу було віддано стандартів мети. Суддя Кацман, зокрема, покликається на положення п. (с) ч. 3 ст. 25 Статуту Міжнародного кримінального суду (Римський статут) і так звану «Міністерську справу», в якій Нюрнберзький трибунал виправдав очільника німецького банку, що кредитував підприємства СС. Критичний аналіз аргументів судді Кацмана ми доповнимо ретельним розбором практики міжнародних кримінальних трибуналів – від Нюрнберзького до пізніших трибуналів по Югославії, Руанді і Сьєрра-Леоне.

Результати та обговорення

Справи, де застосовано стандарт мети

Для першого підходу знаковою є збіжна думка судді Кацмана у справі за позовом до корпорацій, що сприяли режимові апартеїду в Південній Африці (справа *Khulumani* [15]). Суддя Кацман зауважив: «Я доходжу висновку, що відповідач згідно з міжнародним правом може бути визнаний відповідальним

за пособництво і підбурювання до порушення [міжнародного] права іншою особою, коли відповідач (1) надає практичну допомогу виконавцеві, яка має істотне значення для скоєння злочину, і (2) робить це з метою посприяти (курсив наш. – Б.К.) скоєнню відповідного злочину» [15, с. 38–39].

Позиція судді Кацмана послугувала опертям для рішення у справі *Aziz v. Alcolac, Inc.* 658 F.3d 388 (4th Cir. 2011) [9]. У цій справі йшлося про події Ірано-іракської війни 80-х років минулого століття. Під час цієї війни активно використовувалася хімічна зброя, і зокрема гірчичний газ, що підтверджували розслідування міжнародних організацій [16]. Режим Саддама Хусейна використовував гірчичний газ також проти курдів північного Іраку, яких режим уважав причетними до співпраці з Іраном. Жертви хімічних атак та родичі померлих звернулися із позовом до Alcolac, компанії-виробника тіодигліколю (TDG) – речовини, яка використовується для виготовлення гірчичного газу. Позивачі стверджували, що компанія через посередників і всупереч експортним заборонам постачала тіодигліколь режиму Саддама Хусейна, який виготовляв із нього гірчичний газ для атак на курдів.

Утім позов було відхилено. Ключовим аргументом стало те, що позивачі не довели наявності суб'єктивної сторони злочину, яка, на думку суду, мала визначатися через стандарт мети [9, с. 5–6]. У першій інстанції суд виходив із того, що вимоги позивачів до Республіки Ірак були б цілком життєздатними, бо вони спиралися б на порушення останньою міжнародного права, що забороняє розроблення, виробництво, зберігання й використання хімічної зброї. Але вимоги до компанії Alcolac – це інша річ: вона не є безпосереднім виконавцем вищезазначених злочинів, а звинувачується лише в тому, що продавала тіодигліколь іншій компанії NuKraft, знаючи, що речовина зрештою потрапить до рук злочинного режиму, який використовуватиме її для виробництва гірчичного газу й атак на курдів. Для життєздатності таких вимог у суді потрібно довести, що компанія постачала хімікат спеціально із наміром сприяти убивствам цивільних. Однак цього позивачі не доводили, а лише голослівно заявляли. З таким висновком погодився і Апеляційний суд.

На міркування судді Кацмана значною мірою спирається рішення у справі *Presbyterian Church of Sudan v. Republic of the Sudan* [10] – ще одній справі, де питання про стандарт пособництва і підбурювання стало центральним¹.

Справи, де застосовано стандарт знання

Обізнаність була визнана достатньою для покладення відповідальності за пособництво і підбурювання у справі *Doe I v. Unocal Corp.* 395 F.3d 932 (9th Cir. 2002) [12].

¹ Докладний аналіз справи див.: [17; 18].

Компанія Upocal займалася видобуванням газу в М'янмі і для цих цілей будувала трубопровід, що сполучав узбережжя М'янми із Таїландом. Для охорони трубопроводу компанія уклала договір із урядом, згідно з яким урядові збройні сили відповідали за охорону трубопровідного коридору (загалом було найнято чотири батальйони по 600 військових кожен, а також по 50 солдатів для захисту кожної дослідницької команди).

Позивачі стверджували, що військові, які охороняли трубопровід, залучали місцеве населення до примусової праці носильниками і чорноробами. Незгодних – убивали, гвалтували і піддавали тортурам. Відповідно, позивачі уважали компанію пособником звірств, скоюваних військовими, і на цій підставі вимагали компенсації завданої шкоди.

Суд ухвалив, що належним стандартом психічного ставлення при пособництві й підбурюванні є стандарт знання. Пособник чи підбурювач не повинен поділяти наміри безпосереднього виконавця злочину. Більше того, він може навіть не знати, який саме злочин буде вчинено – достатньо, щоб він знав, що той або інший злочин вірогідно буде вчинений виконавцем завдяки допомозі, або моральній підтримці, яку він надає [12, с. 15]. Також суд підкреслив, що описаному стандарту задовільняє не лише дійсне знання (коли доведено, що особа насправді «знала»), а й так зване «конструйоване» або «розумне» знання (коли доведено, що особа «розумно повинна була знати»).

Згідно з міркуваннями суду, коли менеджмент компанії на робочих нарадах указував військовим ділянки, де слід забезпечити охорону й будувати інфраструктуру, при цьому достеменно знаючи, що військові використовуватимуть для цього примусову працю, то тим самим він спонукав військових до використання примусової праці, надавав моральну підтримку таким діям, і зрештою, заохочував їх до цих дій, оплачуючи надані послуги. На підтвердження суд навів слова президента компанії, пана Імле, який сказав: «якщо примусова праця іде в парі з військовими, то так, буде більше примусової праці».

Ще одна справа, пов'язана з порушеннями під час видобування корисних копалин на іноземній території, – *Doe v. Exxon Mobil Corp.* 654 F.3d 11 (D.C. Cir. 2011) [13]. Суд дійшов висновку що «не вимагається, аби пособник чи підбурювач поділяв психічне ставлення злочинця, тобто мав позитивний намір учинити злочин, за умови, що він був обізнаний, що його дії допоможуть злочинцеві» [13, с. 39–40].

Стандарт знання був підтриманий також у справі *Mehinovic v. Vuckovic* 198 F. Supp. 2d 1322 (N.D. Ga. 2002) [14], яка стосувалась етнічних чисток у колишній Югославії. Відповідача, сербського військового, було визнано

відповідальним не лише за злочини, які він учиняв особисто, але також за катування і знущання, вчинювані іншими, – кому він допомагав у цьому, або кого до цього підбурював. Суд із посиланням на практику міжнародних кримінальних трибуналів виснував, що належним стандартом *mens rea* є стандарт знання, для якого достатньо обізнаності про те, що відповідні дії допоможуть вчиненню злочину, і не вимагається власне бажання, щоб цей злочин було вчинено. Суд зауважив: «[д]окази вказують, що діючи так, Вукович надавав допомогу і спонукав тих, хто безпосередньо вчиняв катування й побої позивачів, і що він *знав* (курсив наш. – Б.К.), що його власна участь і спонукування до цих дій допоможуть іншим у їх вчиненні» [14, с. 29].

Такий же стандарт (знання) дістав застосування і в справі *Cabello v. Fernandez-Larios* 402 F.3d 1148 (11th Cir. 2005) [11], в якій йшлося про події, пов'язані із військовим переворотом, організованим Августо Піночетом 1973 р. у Чилі.

Витоки розбіжності щодо застосовного стандарту mens rea

Тож, чому суди різних округів додержуються різних точок зору щодо суб'єктивної сторони пособництва і підбурювання? Першоджерело цієї розбіжності слід шукати в міжнародному праві, позаяк американські суди, реалізуючи юрисдикцію, надану за ATS, керуються матеріальними нормами міжнародного права. Іншими словами, критерії криміналізованого пособництва і підбурювання американські суди беруть саме із міжнародного права. І в цьому саме і криється корінь проблеми, адже зміст міжнародного права не завжди легко встановити, особливо – коли йдеться про міжнародне звичаєве право (а саме воно й перебуває у фокусі усіх наведених справ)¹.

Норми звичаєвого міжнародного права ніде «чорним по білому» не написані, тому його контури часто невизначені, а точний зміст тієї чи іншої норми підлягає доведенню шляхом ретельного аналізу національної і міжнародної практики. Та оскільки ця практика майже ніколи не буває абсолютно однорідною, віднаходження норми звичаєвого міжнародного права часто передбачає зважування різних тенденцій і визначення тієї, котра має бути визнана домінантною. У цьому копіткому процесі не уникнути похибок, зумовлених тим, що один суд може надати більшої ваги одному напрямку практики, а інший – іншому. Саме це ми й спостерігаємо в юриспруденції американських судів щодо ATS-позовів.

¹ Загалом, перелік джерел міжнародного права передбачений у ст. 38 Статуту Міжнародного суду ООН. Докладніше про застосування різних джерел міжнародного права американськими судами див.: [19].

Однак, попри те, що визначення змісту міжнародного права, по суті, передбачає оціночне судження, це не означає, що таке судження може бути цілком довільним. Авжеж ні. Відповідно, для того, аби визначити, котрий зі стандартів краще відображає міжнародне право (і є достатньо усталеним, аби вважатися звичаєм), належить розібратися в аргументах, наведених судами на користь кожного з них.

Розбір аргументів і практика міжнародних кримінальних трибуналів

Обстоюючи стандарт мети, суддя Кацман спирається насамперед на положення п. (с) ч. 3 ст. 25 Статуту Міжнародного кримінального суду (Римський статут), відповідно до якого «особа визнається відповідальною згідно з кримінальним правом і підлягає покаранню за злочин, підсудний цьому Суду, якщо ця особа... (с) з метою сприяти вчиненню такого злочину (курсив наш. – Б.К.) допомагає, підбурює, або іншим чином пособляє його вчиненню або замаху на його вчинення, зокрема, надаючи засоби до його вчинення».

Із наведеного формулювання суддя Кацман робить висновок, що в міжнародному кримінальному праві обов'язковою суб'єктивною ознакою пособництва і підбурювання є мета сприяти вчиненню злочину.

Однак стосовно такого висновку є декілька заперечень. Перше – формального характеру. Сполучені Штати Америки не належать до кола держав-учасниць Римського статуту. Отже, у своїй безпосередній якості – як обов'язкова міжнародна конвенція (п. (а) ст. 38 Статуту ІСД) – Римський статут не підлягає застосуванню. Утім, як відомо, подеколи та або інша багатостороння міжнародна конвенція може визнаватися застосовною навіть до держави, яка її не ратифікувала, – за умови, що конвенція буде розцінена як доказ існування усталеного звичаю в міжнародній практиці (п. (а) ст. 38 Статуту ІСД). У цьому контексті число держав-сторін Римського статуту, а саме – 123, безумовно, має відчутну вагу як доказ загального визнання позначених у Статуті норм. І на цій цифрі небезпідставно наголошують суди, що покликаються на Статут. Проте, чи дійсно Римський статут лише зафіксував усталену міжнародну практику, чи навпаки – запровадив не узвичаєне до того правило? – щодо цього дискусії продовжуються [6, с. 1634; 8, с. 2980].

Утім, на наш погляд, більш вагомим є змістове заперечення проти аргументу, побудованого на використанні Римського статуту. Річ у тім, що в тій же статті Статуту, на яку посилається суддя Кацман обґрунтовуючи стандарт мети, є наступний пункт, із якого виходить протилежний висновок. Так, відповідно до п. (d) ч. 3 ст. 25 Римського статуту «особа визнається відповідальною згідно з кримінальним правом і підлягає покаранню за злочин, підсудний цьому Суду, якщо ця особа... (d) в будь-який інший спосіб

долучається до вчинення або замаху на вчинення такого злочину групою осіб, що діють зі спільним наміром. Таке долучення має бути навмисним і має бути або (i) скоєне із метою сприяти злочинній діяльності або злочинній меті групи, коли така діяльність або мета охоплює вчинення злочину, підсудного цьому Суду; або (ii) скоєне зі знанням наміру групи скоїти відповідний злочин».

Отже, якщо йдеться про злочин, скоєний групою осіб зі спільним наміром, то для пособника чи підбурювача, який сприяє такій групі, альтернативно вимагається *або* намір, *або* знання. А це рівнозначно тому, що знання є достатнім. І оскільки масштабні злочини, про які йшлося в АТС-позовах, описаних вище, вчинялися не поодинокими виконавцями, а, як правило, групами осіб за змовою, то звідси виходить, що навіть за умови визнання Римського статуту застосовним перевагу належало віддати стандартіві знання [7, с. 615; 8, с. 2980; 20, р. 310–315].

Другим аргументом судді Кацмана було посилання на справу *The United States of America vs. Ernst von Weizsäcker et al.* [21], яку розглядав Нюрнберзький трибунал. Обвинуваченими у цій справі були високопосадовці й чиновники різних міністерств і відомств нацистської Німеччини (звідси і неофіційна назва справи – «Міністерська справа», або «Справа Вільгельмштрассе» – за назвою вулиці в Берліні, на якій розташовувалися відповідні установи).

Суддя Кацман звертає увагу на виправдання одного з обвинувачених – Карла Раше, генерального директора Дрезденського банку. Його банк надавав великі суми коштів у позику підприємствам СС, на яких масово використовувалася праця в'язнів концентраційних таборів.

Попри очевидну обізнаність пана Раше із тим, як «ведуть справи» позичальники його банку, його, тим не менше, було виправдано. На цій підставі суддя Кацман робить висновок, що знання не є достатнім для притягнення до відповідальності за пособництво і підбурювання, а потребується спільність намірів із виконавцем.

Однак поза увагою судді Кацмана залишилося, що в цій же справі інший високопоставлений банкір, Еміль Йоган Пуль, директор і віцепрезидент Рейхсбанку, був визнаний винним попри те, що він, на думку Трибуналу, очевидно не поділяв намірів нацистського керівництва щодо системного винищення євреїв [8, с. 2978–2979].

Пуля було обвинувачувано в тому, що він організував приймання, сортування, облік і збут грошей, прикрас, коштовностей, годинників і дорого-

цінних металів, у тому числі золотих коронок і пломб, які СС вилучали від страчених у концтаборах в'язнів.

Ось що написав Трибунал стосовно намірів обвинуваченого Пуля: «На його користь має бути сказано те, що він не був засновником цієї справи, і вона, ймовірно, була йому огидною. Він не брав участі у винищенні євреїв чи інших в'язнів концтаборів, і в нас немає сумнівів, що він би не брав участі в цій частині плану, навіть якби йому наказали. Та він, безсумнівно, був добровільним учасником певної частини загального плану, хоч його роль і не була ключовою» [21, с. 226].

У цьому уривку Трибунал вважав за потрібне віддати належне обвинуваченому, підкресливши, що Трибунал розуміє, що він не мав на меті винищення євреїв і масові убивства в'язнів, але, тим не менше, його причетність була достатньо вагомою, щоб тягнути за собою відповідальність. Цей уривок не узгоджується із міркуванням судді Кацмана, адже в ньому Трибунал визнає Пуля пособником нацистських злочинів, одночасно із цим констатує, що Пуль не поділяв злочинних намірів нацистської верхівки.

Отож, виходить, що обидва банкіри – Раше і Пуль – не мали наміру сприяти злочинам проти людяності, але одного із них було визнано винним у пособництві цим злочинам, а іншого – виправдано. Відповідно, різні вирокі не можна пояснити тим, що застосовним стандартом пособництва і підбурювання є стандарт мети, і стосовно одного з обвинувачених мету доведено, а щодо іншого – ні. Так, пояснення різних вироків слід шукати в чомусь іншому. У справі *Exxon Mobil* суд припустив, що відмінність між двома обвинуваченими криється не в суб'єктивній стороні скоєного ними (*mens rea*), а в об'єктивній (*actus reus*) [13, с. 48–49].

Раше робив для нацистської верхівки те, що він робив і для усіх інших клієнтів, – надавав кошти в позику, тобто, з об'єктивної точки зору, його операції не відрізнялися від інших банківських операцій, які повсякденно проводила його фінансова установа. На противагу цьому збут награвованого через мережу ломбардів і переплавку золотих коронок на злитки банківських металів (що їх організував Пуль) не можна вважати звичайною для банківської установи операцією. Це підтверджується, зокрема й тим, що оборудка проводилася таємно за вказівкою Пуля, незважаючи на численні перестороги інших банківських посадовців, а кошти надходили на рахунок з фіктивним іменем «Max Heiliger».

Цікаво також те, що сторона захисту намагалася обґрунтувати звичайність, нормальність операцій, організовуваних Пулем, наполягаючи на тому, що банк був зобов'язаний приймати на рахунки відповідні кошти й майно

(зокрема, згідно із законом, що вимагав, аби вся іноземна валюта й золото передавалися Рейхсбанку). Проте Трибунал відхилив цей аргумент, зауваживши таке: «Якби мета цього закону охоплювала також і власність, викрадену в мешканців окупованих територій... в ході ведення агресивної війни, то таке положення було б нікчемним, як таке, що порушує міжнародне право, і не служило б виправданням. Ми не припускаємо і не вважаємо, що подібна мета закладалась у момент, коли проголошувалися Закон про Рейхсбанк чи Регламенти щодо іноземної валюти» [21, с. 224].

Трактування Міністерської справи, запропоноване суддею Роджерсом у справі *Exxon Mobil*, видається слушним. Трибунал у декількох місцях підкреслює, що послуги, які надавав Пуль, «не були звичайними транзакціями», і що він «вийшов за межі звичайного кола своїх обов'язків». Натомість Раше Трибунал уподібнює до торговця, який продає будівельні матеріали, знаючи, що будований із них дім буде використовуватися для протиправних цілей (і не вбачає у цьому злочину).

Свої міркування щодо Еміля Раше Трибунал завершує таким пасажем: «Справжнє питання в тому, чи є злочином надавати кредит, знаючи або маючи вагомі підстави вважати, що позичальник використає кошти на фінансування підприємств, які використовують працю всупереч національному або міжнародному праву? Чи відрізняється він від того, хто продає інструменти чи матеріали будівельникові для будівництва будинку, знаючи, що споруда служитиме незаконним цілям? Банк продає гроші чи кредит так само, як торговець продає будь-які інші товари. Він не стає учасником підприємства, а проценти, які стягуються, – це лише валовий дохід, який банк отримує від транзакції, і з якого слід вирахувати витрати, і сподіватися в кінцевому підсумку на чистий прибуток. Кредити або продаж товарів для використання в незаконній діяльності справедливо можуть бути засуджені з моральної точки зору, і не дають кредитодавцеві чи продавцеві підстав пишатися, але угоду навряд чи можна назвати злочином. Наш обов'язок – судити й карати винних у порушенні міжнародного права, і ми не готові сказати, що такі кредити порушують міжнародне право, як і не траплялися нашій увазі будь-які рішення протилежного змісту» [21, с. 227].

Зупинімося докладніше на цьому уривкові. У ньому Трибунал (майже) риторично запитує, хіба можна з юридичної точки зору засуджувати банк, за те, що він надає кредит підприємству, знаючи що це підприємство використовує примусову працю в'язнів концтабору? Це ж його звичайна робота – видавати кредити! Мовляв, «нічого особистого, це лише бізнес».

Однак сьогодні, більш як сімдесят років по тому, як ці слова були написані, запитання викликає зовсім іншу реакцію. За цей час світ змінився, і змінилося право. Сьогодні, коли стрижневими ідеями, які скеровують еволюцію економічного права, є сталий розвиток [22], соціально відповідальне підприємництво і політики належної обачності бізнесу у сфері прав людини [23]; коли обов'язок забезпечувати «чистоту ланцюга поставок» (тобто запобігати порушенням прав людини не лише на власному підприємстві, але й на підприємствах, із якими є комерційні зв'язки) культивується міжнародними організаціями [24] і знаходить пряме закріплення в національному законодавстві [25; 26]; коли американський суд розглядає позов до найбільших світових техногігантів (Apple, Microsoft, Tesla, Google, Dell) через те, що вони через багатьох посередників закупають кобальт, котрий видобувається малолітніми дітьми в небезпечних шахтах [1], – сьогодні питання про те, чи правозгідно надавати кредити, знаючи, що отримані кошти підтримуватимуть масштабні злочини проти людяності, здається, має отримати рішучу заперечну відповідь.

Трибунал вказав, що такі дії є (тобто були) огудними із моральної точки зору, але не з юридичної. Проте за час що минув звідтоді, моральна настанова еволюціонувала в юридичний обов'язок (або, принаймні, перебуває у стадії такої еволюції).

Право тепер набагато далекоглядніше, ніж воно було сімдесят років тому: видимий горизонт так званої «віддаленості» шкоди розширяється, а ланцюг юридично значимого причинного зв'язку міцнішає, і вже не рветься щораз, коли в нього «вклинюється» дія третьої особи. За цієї, нової, парадигми межа між «просто бізнесом» і «особистим» вже не здається такою чіткою, як раніше, а питання про те, чи можна кредитувати рабовласника, перестає бути риторичним і дістає заперечну відповідь – не тільки з моральної, а й із правової точки зору.

Серед справ Нюрбернського трибуналу на окрему увагу заслуговує ще одна – «Циклон-Б» [27]. У цій справі обвинуваченими були троє осіб – власник, його перший заступник і технік промислової компанії *Tesch and Stabenow*, яка постачала СС отруйний газ під назвою «Циклон-Б», що його потім СС використовували для масових страт у концтаборі Аушвіц.

Прикметно те, що в цій справі сторона обвинувачення взагалі не порушувала питання про наміри обвинувачених, і те, чи прагнули вони сприяти убивствам громадян союзних держав. Обвинувачення будувалося на самому факті, що обвинувачені, продаючи газ, знали, для чого він буде використаний.

Сторона захисту, серед іншого, зауважувала на тому, що газ постачався для законних цілей (дезінфекція і боротьба зі шкідниками). Однак цей аргумент був відхилений з огляду на незвичайно великі (як для таких цілей) обсяги поставок.

У підсумку процесу було зауважено, що вагомими для суду були три факти: «перше, що громадяни союзних Держав були убиті із використанням “Цикло-ну-Б”; друге, що цей газ постачався компанією *Tesch and Stabenow*; і третє, що обвинувачені знали, що газ був призначений для убивства людей». Двох обвинувачених – власника компанії та його заступника – було засуджено. Техніка було виправдано через те, що він не мав жодного впливу на ухвалення рішень про те, кому і на яких умовах компанія має постачати газ.

Неважко помітити, що обставини цієї справи напрочуд подібні до обставин справи *Aziz v. Alcolac, Inc.*, у якій ішлося про поставку тіодигліколю для режиму Саддама Хусейна. Рішення, утім, діаметрально протилежні: американський суд відмовив у позові через відсутність у постачальника мети убивати цивільних, а Трибунал взагалі не торкався питання мети постачальника, вважаючи, що його обізнаності про спосіб використання газу достатньо. Пояснити цю розбіжність, можливо, було б легше, якби американські суди не наполягали на тому, що в цій категорії справ вони застосовують міжнародне звичаєве право (зміст якого значною мірою визначає практика міжнародних трибуналів).

На користь стандарту знання свідчать не лише матеріали Нюрнбернського трибуналу, а й інших міжнародних кримінальних трибуналів, що були створені пізніше. Серед них – Міжнародний трибунал для колишньої Югославії (ICTY), Міжнародний трибунал щодо Руанди (ICTR) та Спеціальний суд щодо Сьєрра-Леоне (SCSL). Усі ці суди застосовують у своїй практиці міжнародне звичаєве право [28, § 191], а їхні висновки спираються на ретельний аналіз масиву попередньої практики схожих трибуналів.

Так, приміром ICTY у справі *Prosecutor v. Furundžija* (IT-95-17/1) [28] зазначив: «не обов'язково, щоб пособник поділяв *mens rea* виконавця, в розумінні дійсного наміру вчинити злочин. Натомість, ясна вимога у переважній більшості справ – це щоб пособник був обізнаний щодо того, що його дії допоможуть виконавцеві у вчиненні злочину. Це особливо наочно в усіх справах, де осіб було засуджено за транспортування жертв або злочинців до місця страти. У цих справах обвинувачення не доказувало, що водій віз саме для того, щоб допомогти убивству, тобто, що він мав намір убити. Обізнаність про злочинну мету виконавців – ось що робило водія відповідальним як пособника й підбурювача» [28, § 245].

Питання про належний стандарт пособництва стало центральним у відносно новій справі, яку розглядав SCSSL, – *Prosecutor v. Taylor* [29]. У цій справі йшлося про події громадянської війни в Сьєрра-Леоне (1991–2002). Обвинуваченим у цій справі був колишній президент сусідньої Ліберії, Чарльз Тайлор. Він був обвинувачений у допомозі Революційному об'єднаному фронту, який під час громадянської війни тероризував цивільне населення, використовував примусову працю, чинив убивства, згвалтування, калічив людей і викрадав неповнолітніх для поповнення рядів своїх збройних формувань. Допомога Тайлора Революційному об'єднаному фронту полягала в наданні зброї, боєприпасів, персоналу, а також в операційній, логістичній та моральній підтримці.

Суд визнав Тайлора винним за одинадцятьма пунктами обвинувачення саме як пособника і підбурювача. Суд прямо відхилив стандарт мети, і щодо застосовного *mens rea* зауважив таке: «Аналіз повоєнної юриспруденції, проведений Апеляційною Палатою, доводить, що згідно зі звичаєвим міжнародним правом обізнаність обвинуваченого щодо наслідків його дій чи поведінки – тобто свідома участь обвинуваченого у злочинах – це стандарт винуватості *mens rea*, що вимагається для персональної кримінальної відповідальності... відповідно до звичаєвого міжнародного права – обізнаність щодо акту участі, поєднана зі свідомим рішенням взяти участь у вчиненні злочину, тягне за собою персональну кримінальну відповідальність. Проект Кодексу ІЛС 1996 р. це підтверджує, а стаття 25(3)(с) Римського статуту не є доказом протилежної національної практики» [29, § 436].

Висновки

Розкол у практиці американських судів у питанні щодо правильного стандарту *mens rea*, який слід застосовувати при розгляді АТС-справ, зумовлений тим, що американські суди як першоджерело використовують міжнародне звичаєве право. Установлення точного змісту тієї або іншої норми міжнародного звичаєвого права – не завжди легке завдання. Її успішне виконання потребує ретельного аналізу міжнародної та національної практики. У даному випадку йдеться насамперед про практику міжнародних кримінальних трибуналів. І оскільки ця практика не завжди одноманітна, дослідникові не уникнути оціночних суджень щодо ваги і переконливості окремих рішень та їх переважаючої сили над іншими.

У тому, що стосується *mens rea* пособництва і підбурювання воєнним злочинам і злочинам проти людяності, слід дійти висновку, що переважаючим стандартом є стандарт знання: пособникові і підбурювачу не обов'язково поділяти намір виконавця – достатньо надавати сприяння злочинові, знаючи,

що відповідні дії допоможуть реалізації злочинного наміру виконавця. На це вказує численна практика міжнародних кримінальних трибуналів – від Нюрнберзького до пізніших трибуналів по Югославії, Руанді і Сьєрра-Леоне. Окрім того, належить зважити й на те, що розвиток права оприявнює виразну тенденцію до розширення діапазону юридично значимої причинності: те, що раніше вважалося «просто бізнесом» і занадто «віддаленим» від злочинства клієнтів цього бізнесу, сьогодні зазнає пильного дослідження на предмет додержання бізнесом належної обачності щодо прав людини. У такій парадигмі стандартові мети немає місця.

References

- [1] Kelly, A. (December 16, 2019). Apple and Google Named in US Lawsuit over Congolese Child Cobalt Mining Deaths. *The Guardian*. Retrieved from <https://www.theguardian.com/global-development/2019/dec/16/apple-and-google-named-in-us-lawsuit-over-congolese-child-cobalt-mining-deaths>.
- [2] Congressional Research Service. (2022). *The Alien Tort Statute: A Primer*. Updated January 11, 2022. Retrieved from <https://sgp.fas.org/crs/misc/R44947.pdf>.
- [3] Karnaukh, B.P. (2023). Objective Side (Actus Reus) of Aiding and Abetting war Crimes and Crimes Against Humanity. *Problems of Legality*, 160, 212-229. <https://doi.org/10.21564/2414-990X.160.273626>.
- [4] Beavers, E. (2021). War Crimes, Inc.: The ATS Case Against the U.S. Weapons Industry for Aiding and Abetting Atrocities in Yemen. *Florida Journal of International Law*, 31(2), Art.1, 179-210.
- [5] Ventura, M.J. (May 1, 2014). Farewell "Specific Direction": Aiding and Abetting War Crimes and Crimes Against Humanity in Perišić, Taylor, Šainović et al., and US Alien Tort Statute Jurisprudence. In Stuart Casey-Maslen (Ed.). *The War Report: Armed Conflict in 2013* (pp. 511-553). Oxford: Oxford University Press. Retrieved from <https://ssrn.com/abstract=24355156>.
- [6] Hathaway, O.A., Francis, A. Haviland, A.A., Kethireddy, S.R., & Yamamoto, A.T. (2020). Aiding and Abetting in International Criminal Law. *Cornell Law Review*, 104(6), 1630-1641. Retrieved from <https://scholarship.law.cornell.edu/clr/vol104/iss6/4/>.
- [7] Lincoln, R.S. (2010) To Proceed with Caution? Aiding and Abetting Liability Under the Alien Tort Statute. *Berkeley Journal of International Law (BJIL)*, 28(2), 604-618.
- [8] Khakurel, S. (2018). The Circuit Split on Mens Rea for Aiding and Abetting Liability Under the Alien Tort Statute. *Boston College Law Review*, 59, 2953-2982.
- [9] *Aziz v. Alcolac, Inc.* 658 F.3d 388 (4th Cir. 2011).
- [10] *Presbyterian Church of Sudan v. Talisman Energy, Inc.*, 244 F. Supp. 2d 289 (S.D.N.Y. 2003).
- [11] *Cabello v. Fernandez-Larios* 402 F.3d 1148 (11th Cir. 2005).
- [12] *Doe I v. Unocal Corp.* 395 F.3d 932 (9th Cir. 2002).
- [13] *Doe v. Exxon Mobil Corp.* 654 F.3d 11 (D.C. Cir. 2011).
- [14] *Mehinovic v. Vuckovic* 198 F. Supp. 2d 1322 (N.D. Ga. 2002).
- [15] *Khulumani v. Nat. Bank LTD*, 504 F.3d 254 (2d Cir. 2007) (Katzmann C.J., Concurring).

- [16] Report of The Mission Dispatched by The Secretary-General to Investigate Allegations of the Use of Chemical Weapons in the Conflict Between the Islamic Republic of Iran and Iraq (S/19823, [New York] : UN, 25 Apr. 1988). Retrieved from <https://digitallibrary.un.org/record/161012>.
- [17] Kobrin, S. (2003). Oil and Politics: Talisman Energy and Sudan. *New York University Journal of International Law & Politics*, 36, 425-456.
- [18] Morrissey, J. (2011). Presbyterian Church of Sudan v. Talisman Energy, Inc.: Aiding and Abetting Liability Under the Alien Tort Statute. *Minnesota Journal of International Law*, 20, 144-170.
- [19] Martin, F. (2001). *Challenging Human Rights Violations: Using International Law in U.S. Courts*. Transnational Publishers Inc. Ardsley NY.
- [20] Cassel, D. (2008). Corporate Aiding and Abetting of Human Rights Violations: Confusion in the Courts. *Northwestern Journal of International Human Rights*, 6(2), 304-326.
- [21] *The United States of America vs. Ernst von Weizsäcker et al* (The Ministries Case), Judgment (U.S. Military Tribunal, Nuremberg, April 11-13, 1949). Retrieved from <https://casebook.icrc.org/case-study/united-states-military-tribunal-nuremberg-ministries-case>.
- [22] Resolution A/RES/70/1 adopted by the UN General Assembly on 25 September 2015 "Transforming our world: the 2030 Agenda for Sustainable Development". Retrieved from <https://sdgs.un.org/2030agenda/>.
- [23] United Nations, Guiding Principles on Business and Human Rights: Implementing the United Nations "Protect, Respect and Remedy" Framework. New York and Geneva: Publishing Service UN, 2011. 36 pp. Retrieved from https://www.ohchr.org/sites/default/files/documents/publications/guidingprinciplesbusinessshr_en.pdf.
- [24] Torres-Cortés, F., Salinier, C., & Deringer, H. et al. (2020). *Study on due diligence requirements through the supply chain: final report*. European Commission, Directorate-General for Justice and Consumers. Publications Office. Retrieved from <https://data.europa.eu/doi/10.2838/39830>.
- [25] Modern Slavery Act 2015. Retrieved from: <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2015/30/contents/enacted>.
- [26] Loi No. 2017-399 du 27 mars 2017 Relative au Devoir de Vigilance des Sociétés Mères et des Entreprises Donneuses d'Ordre (1). Retrieved from <https://www.legifrance.gouv.fr/jorf/id/JORFTEXT000034290626>.
- [27] The Zyklon B, Case Trial of Bruno Tesch and Two Others, Case No. 9. (British Military Court, Hamburg, 1st-8th March, 1946).
- [28] *Prosecutor v. Furundžija*, Case No. IT-95-17/1-T, Judgment (Int'l Crim. Trib. for the Former Yugoslavia Dec. 10, 1998).
- [29] *Prosecutor v. Taylor*, Case No. SCSL-03-01-A, Judgment (Spec. Ct. for Sierra Leone Sept. 26, 2013).

Богдан Петрович Карнаух

кандидат юридичних наук, доцент кафедри цивільного права
Національний юридичний університет імені Ярослава Мудрого
61024, вул. Пушкінська, 77, Харків, Україна
e-mail: karnaukh.bogdan@gmail.com
ORCID 0000-0003-1968-3051

Bohdan P. Karnaukh

Ph.D. in Law, Associate Professor at the Department of Civil Law
Yaroslav Mudryi National Law University
61024, 77 Pushkinska Str., Kharkiv, Ukraine
e-mail: karnaukh.bogdan@gmail.com
ORCID 0000-0003-1968-3051

Рекомендоване цитування: Карнаух Б. П. Суб'єктивна сторона (mens rea) пособництва і підбурювання воєнним злочинам і злочинам проти людяності в контексті американського Закону про деліктні позови іноземців. *Проблеми законності*. 2023. Вип. 162. С. 279–296. <https://doi.org/10.21564/2414-990X.162.283690>.

Suggested Citation: Karnaukh, B.P. (2023). Subjective Side (Mens Rea) of Aiding and Abetting War Crimes and Crimes Against Humanity in the Context of the Alien Tort Statute. *Problems of Legality*, 162, 279-296. <https://doi.org/10.21564/2414-990X.162.283690>.

Статтю подано / Submitted: 04.07.2023
Доопрацьовано / Revised: 18.08.2023
Схвалено до друку / Accepted: 28.08.2023
Опубліковано / Published: 28.09.2023