

ГЛАВА ЧЕТВЕРТАЯ

ОТВЕТСТВЕННОСТЬ ЗА НАРУШЕНИЯ ПРАВА ВООРУЖЕННЫХ КОНФЛИКТОВ

Род людской уже давно был бы счастлив, если бы
употребил свой гений на то, чтобы не делать глупостей,
а не на то, чтобы бороться с их последствиями.

Дж. Б. Шоу

4.1. Право вооруженных конфликтов Х. Лаутерпахт образно и не без оснований назвал «прорехой в международном праве»¹, поскольку оно, по всей видимости, является наименее соблюдаемой и, следовательно, наиболее теоретической (чтобы не сказать самой утопической) отраслью международного права и даже права вообще!

И все же нарушения права вооруженных конфликтов в принципе влекут за собой санкции, которые налагаются путем применения либо классических норм ответственности государств, когда нарушение совершено государством, либо ряда норм международного уголовного права, если в нарушении есть *состав преступления* с точки зрения международного права.

Классическая международная ответственность и уголовная международная ответственность не поглощают и не исключают одна другую. Сферы их применения различны, и бывает так, что нарушение права вооруженных конфликтов влечет за собой ответственность государства, на счет которого оно может быть отнесено, но не международную уголовную ответственность собственно исполнителя, или наоборот, или, наконец, и то, и другое одновременно². И всё зависит от того, может ли данное нарушение быть вменено в вину государству и считается ли оно преступлением в свете международного права.

Кстати, эти два режима ответственности регулируются различными нормами. В своем Проекте кодекса преступлений против мира и безопасности человечества Комиссия международного права явным образом подчеркнула, что ответственность отдельных лиц за преступления против мира и безопасности человечества «не наносит ущерба никакому вопросу ответственности государств по международному праву» (ст. 4; см. также Статут МУС, ст. 25, п. 4)³. И наоборот, ответствен-

¹ «The Problem of the Revision of the Law of the War», *BYBIL*, 1952, pp. 360 et 382.

² См.: Женевские конвенции: III, ст. 12, и IV, ст. 29; *Conventions, commentaire*, III, pp. 137–140.

³ *Rapport CDI*, 1996, Doc. ONU A/51/10, p. 47; TPIY, aff. IT-64-1-T, *Tadic*, 7 mai 1997, § 573.

ность государств «не затрагивает вопросов индивидуальной ответственности по международному праву любого лица» (Проект статей Комиссии международного права об ответственности государств за международно-противоправные деяния, ст. 58).

Однако это не исключает взаимовлияния обоих режимов и, в случае сомнений, следует выбрать решение, обеспечивающее наибольшую согласованность данных режимов. Например, было бы странно, если бы индивидуум мог в уголовно-правовом плане сослаться на обстоятельства, освобождающие от ответственности, которыми государство не могло бы воспользоваться в своих отношениях с другими государствами.

В данной главе мы рассмотрим отдельно элементы этих двух форм ответственности, специфически присущих праву вооруженных конфликтов.

Раздел 1.

МЕЖДУНАРОДНАЯ ОТВЕТСТВЕННОСТЬ ВООРУЖЕННЫХ ГОСУДАРСТВ

4.2. Будучи отраслью международного права, право вооруженных конфликтов подчиняется нормам этого права в том, что касается санкций за его нарушения. Таким образом, именно в силу общего права международной ответственности любое нарушение права вооруженных конфликтов налагает на государство обязанность возместить ущерб, причиненный его действиями. Международная конференция по защите жертв войны (Женева, 30 августа — 1 сентября 1993 г.) подтвердила:

«Государства, нарушившие международное гуманитарное право, обязаны возместить убыток, если к тому есть основания»¹.

Генеральная Ассамблея ООН заявила по поводу конфликта в бывшей Югославии:

«Государства должны нести ответственность за нарушения прав человека, совершаемые их представителями на своей собственной территории или на территории другого государства»².

К моменту заключения мирных соглашений 24 января 2003 г. между правительством Кот-д'Ивуар и повстанцами была достигнута договоренность о том, что «правительство национального примирения... примет меры по возмещению

¹ Déclaration finale, II, 7, *RICR*, 1993, p. 404; см. также: XXVI Международная конференция Красного Креста и Красного Полумесяца (Женева, 3–7 декабря 1996 г.), резолюция 2, преамбула, мотивировка 4.

² Рез. ГА ООН A/Res. 48/153, 20 декабря 1993 г., п. 12 (без голосования); см. также рез. ГА ООН A/Res. 49/196, 23 декабря 1994 г., п. 12 (150-0-14).

ущерба и реабилитации»¹ жертв нарушений основных прав и свобод, как это вытекает из контекста соглашений.

4.3. Для того чтобы ответственность основывалась на нарушении права вооруженных конфликтов, нужно, естественно, чтобы противоправное деяние было связано с самим вооруженным конфликтом².

4.4. Хотя общие принципы ответственности государств за нарушение МГП применяются к международным и внутренним вооруженным конфликтам (Обычное МГП, нормы 149–150), объем этой ответственности имеет специфические характеристики в зависимости от того, является ли вооруженный конфликт международным или нет.

I. МЕЖДУНАРОДНЫЙ ВООРУЖЕННЫЙ КОНФЛИКТ

4.5. Принцип ответственности воюющих государств за действия своих представителей определен в самом общем виде в ст. 3 Гаагской конвенции IV 1907 г.³ и повторен *mutatis mutandis* в той же формулировке в ст. 91 Дополнительного протокола I по поводу нарушений этого документа и Женевских конвенций.

Кроме того, этот принцип сформулирован специально для военнопленных и гражданских лиц в Женевских конвенциях, где предусматривается, что держава, во власти которой находятся эти лица, «ответственна за обращение своих представителей [с ними], причем это не снимает личной ответственности с этих представителей» (III, ст. 12, и IV, ст. 29) (см. выше, п. 2.380).

4.6. *Stricto sensu* эти положения касаются только некоторых документов и категорий лиц: например, в них нет ссылок ни на другие Гаагские конвенции, ни на Дополнительный протокол II. Естественно, это не означает, что нарушения таких документов не влекут за собой ответственности: поскольку ответственность вытекает из общего международного права, она может наступить в результате нарушения любой нормы права вооруженных конфликтов (Обычное МГП, нормы 149–150). Включение этого положения в некоторые документы, на первый взгляд, может показаться излишним или избыточным. Однако мы увидим, что это не так: ответственность сторон в вооруженном конфликте, несомненно, регулируется общим международным правом в части, касающейся противоправного деяния (А). Но критерии вменности нарушений права вооруженных конфликтов (В) и случаи исключения незаконности действий, предусмотренных

¹ Опубликовано: *DAI*, 2003, p. 175.

² UN Claims Commission, «F4» *Claims*, 18 Dec. 2003, § 39, *ILM*, 2004, p. 712

³ Ст. 3: «Воюющая Сторона, которая нарушает постановления сказанного Положения, должна будет возместить убытки, если к тому есть основание. Она будет ответственна за все действия, совершенные лицами, входящими в состав ее военных сил».

Гаагским положением, Женевскими конвенциями 1949 г. и Дополнительным протоколом I (С), подчиняются определенным специальным нормам.

А. Противоправное деяние

4.7. Независимо от того, имеет ли место ситуация вооруженного конфликта или нет, противоправное деяние определяется как нарушение международного обязательства, вменяемое государству¹. Это определение полностью абстрагируется от критерия умысла. Не важно, был ли результат действия или бездействия, вменяемого государству, преднамеренным или нет: если поведение государства не соответствует тому, что предписывает обычное или договорное международное право, такое поведение составляет противоправное деяние, могущее повлечь ответственность государства².

Так, в случае вооруженного конфликта, если государство в результате ошибочного выбора цели случайно бомбардирует гражданских лиц, оно нарушает либо норму, запрещающую нападения на гражданских лиц, либо норму, обязывающую государства при любых обстоятельствах проводить различие между комбатантами и некомбатантами, даже если бомбардировка гражданских лиц не была преднамеренной. По мнению Ж. Сетте Камара,

«понятие вменяемости в вину в уголовном праве включает в себя такие элементы, как элемент умысла, или *voluntas sceleris*, что, несомненно, не может приниматься во внимание в международном праве»³.

Ж. Салмон также пишет:

«Согласно устоявшейся арбитражной практике, международная ответственность правительства может наступить в результате нарушений международного права, совершенных его должностными лицами, которые искренне ошибались и не имели намерения нарушить это право. Объективного нарушения достаточно (...). Международное право нарушено независимо от того, что при этом думали должностные лица, ставшие инструментом этого нарушения»⁴.

В своей комментарии к Проекту статей об ответственности государств, принятому в первом чтении, Комиссия международного права отметила по поводу обязанностей достичь определенных результатов, что государство-нарушитель

«не может отвести обвинение в невыполнении возложенной на него обязанности, утверждая, что им были приняты меры, посредством которых оно *надеялось* достичь требуемого от него резуль-

¹ Ср.: Проект статей Комиссии международного права об ответственности государств (1-е чтение), ст. 3 (Projet d'articles de la CDI sur la responsabilité des Etats (1^{er} lecture), art. 3, *Annuaire CDI*, 1973, II, pp. 182–187; *id.* (2^e lecture, 2001), art. 2, *Rapport CDI 2001*, doc. ONU A/56/10, pp. 88–95. Проект статей в редакции 2001 г. Генеральная Ассамблея ООН предложила вниманию государств, рез. ГА ООН A/Res. 56/83, 12 декабря 2001 г.

² Ср.: *id.*, commentaire art. 16 § 3, *Annuaire CDI*, 1976, II, 2^e partie, p. 73.

³ *Annuaire CDI*, 1973, I, p. 23.

⁴ SALMON, J., «L'intention en matière de responsabilité internationale», in *Mélanges Virally*, Paris, Pédone, 1991, p. 415.

тата. Важно фактическое достижение предписанной обязанностью результата. В противном же случае имеет место нарушение, какие бы меры ни были приняты государством»¹.

В комментарии к тому же Проекту статей, принятому во втором чтении, Комиссия международного права подчеркнула, что за исключением случаев, когда при определении обязанности учитывается критерий умысла (например в случае геноцида, Конвенция от 9 декабря 1948 г., ст. II), нарушение не зависит от намерения того, кто его совершает:

«В отсутствие любого конкретного требования относительно учета психологического элемента в первоначальном обязательстве имеет значение только деяние государства, какими бы ни были его намерения»².

Поэтому не важно, что снаряды с сердечником из обедненного урана использовались для пробивания определенных типов брони: запрещение применять химическое оружие нарушено, если эти снаряды обладают поражающим действием, характерным для химического оружия (ср. выше, п. 2.201). Не важно, что пилот бомбардировщика перепутал трактор или автобус с танком или бронетранспортером либо принял иностранное посольство за ведомство, отвечающее за материально-техническое снабжение вооруженных сил, как это произошло во время конфликта в Косово³: уничтожение этого трактора или автобуса и разрушение посольства остаются нарушениями ст. 48 и ст. 51, п. 2, Дополнительного протокола I, даже если они не были преднамеренными⁴.

Если даже будет признано наличие смягчающих обстоятельств в том, что касается субъективной стороны нарушения, последнее все равно имеет место. Поэтому, когда Комиссия международного права предпочитает характеризовать нарушение международного обязательства, указывая на его несоответствие этому международному обязательству, а не на «противоречие» этому обязательству или несовместимость с ним, это делается как раз для того, чтобы лучше подчеркнуть следующее:

«Нарушение может иметь место, даже если действие государства лишь частично вступает в противоречие с вмененной ему международной обязанностью. Для того чтобы имело место нарушение, вовсе не обязательно, чтобы действие государства полностью и абсолютно противоречило тому, что от него требуется соответствующим международным обязательством; вполне достаточно, что в том или ином аспекте поведение государства не соответствует тому, что требуется от него в соответствии с его международным обязательством»⁵.

¹ *Projet d'articles sur la responsabilité des Etats (1^e lecture)*, commentaire de l'art. 21, *Annuaire CDI*, 1977, II, 2^e partie, p. 28, § 23; см. также ниже, п. 4.32.

² *Projet d'articles sur la responsabilité des Etats (2^e lecture, 2001)*, commentaire de l'art. 2, *Rapport CDI 2001*, doc. ONU A/56/10, p. 94, § 10.

³ DAVID, E., «Respect for the Principle of Distinction in the Kosovo War», *YIHL*, 2000, pp. 86, 98–101.

⁴ Относительно разрушения посольства КНР в Белграде см. письмо госсекретаря М. Олбрайт МИД Китая от 8 мая 1999 г. и заявление Б. Харроу, директора службы по связям с общественностью и средствами массовой информации США, от 10 апреля 2000 г. in *YIHL*, 2000, pp. 653–655; о сумме компенсации см.: *ibid.*, p. 602.

⁵ *Commentaire de l'art. 16 (1^e lecture)*, *Annuaire CDI*, 1976, II, 2^e partie, p. 73, § 4; *commentaire de l'art. 12 (2^e lecture, 2001)*, *Rapport CDI 2001*, doc. ONU A/56/10, § 77, p. 158, n° 2.

С этой точки зрения нам не кажется убедительной аргументация Комиссии по рассмотрению жалоб Эритреи и Эфиопии, когда она отмечает непреднамеренный характер нападения Эритреи на гражданских лиц, которые стали жертвой ошибки целеуказания при бомбардировке. Комиссия склонна считать, что сама по себе эта ошибка не влечет ответственности Эритреи, поскольку у последней не было достаточного опыта в программировании компьютеров, управляющих бомбометанием. Зато Комиссия признала ответственность Эритреи за принятие надлежащих мер предосторожности¹. Это ограничение ответственности только принятием мер предосторожности вызывает сомнения: Эритрея также несет ответственность за ошибочную бомбардировку, поскольку отсутствие умысла не является основанием для освобождения от ответственности.

4.8. Если интенция не является элементом состава нарушения международного обязательства, по-иному обстоит дело с международным правонарушением. Идет ли речь об общем умысле или специальном умысле (в некоторых случаях), нарушение права вооруженных конфликтов становится военным преступлением только при наличии преступного намерения (см. ниже, п. 4.67).

4.9. Любое противоправное деяние влечет за собой ответственность совершившего его государства (Проект Комиссии международного права, ст. 1). Порог наступления ответственности, как правило, не обусловлен критериями количества и тяжести, за исключением случаев, когда, предположительно или по определению, для того чтобы противоправное деяние считалось совершенным, требуется не единственный факт, а совокупность фактов — например для преступления против человечности². За исключением этого особого случая любое нарушение международного права, даже если оно носит единичный характер, влечет за собой ответственность исполнителя. Относительно договора о дружбе, торговле и навигации между Ираном и США Международный суд, среди прочего, отметил:

*«Любое действие одной из сторон, несовместимое с их обязанностями, является незаконным, независимо от средств, использованных в этих целях»*³ (*курсив автора*).

Поэтому вызывает удивление заявление Комиссии по рассмотрению жалоб Эритреи и Эфиопии, согласно которому противоправные деяния влекут за собой ответственность совершившего их государства только тогда, когда они носят частый или распространенный («frequent or pervasive») характер и затрагивают значительное число жертв⁴. Кстати, такой ограничительный подход к прини-

¹ Partial Award, *Central Front Ethiopia's Claim 2*, 28 Apr. 2004, §§ 107–113, *ILM*, 2004, pp. 1295–1296 et www.pca-cpa.org.

² Ср.: Проект статей об ответственности государств за международно-противоправные деяния, док. ООН A/Res/56/83, ст. 15 и комментарий к ней *in Rapport CDI 2001*, doc ONU A/56/10, pp. 154 ss.

³ *Plates-formes pétrolières*, *CJ*, Rec. 1996, p. 811, § 21.

⁴ Partial Award, *Prisoners of War, Ethiopia's Claim 4*, § 54; *Eritrea's Claim 17*, § 56, 1 July 2003, *ILM*, 2003, pp. 1065 et 1049; *id.*, *Western Front, Eritrea's Claim 1*, 3, etc, §§ 28, 35, 45, 56; при этом Комиссия проявляет меньшую требовательность в отношении доказательств, касающихся изнасилования, *ibid.*, § 78.

маемым к рассмотрению жалобам противоречит мандату Комиссии, который состоял в том, чтобы

«принять обязательные к исполнению арбитражные решения по жалобам относительно любых потерь, убытков и повреждений, причиненных действиями одного правительства другому (...) в результате «нарушений международного гуманитарного права» (...)»¹ (*курсив автора*).

Существуют ли международно-противоправные деяния, не влекущие за собой ответственности государства, которому они могут быть вменены? Если не считать обстоятельств, исключающих незаконность деяний (ср. ниже, п. 4.19 и сл.), ответ, естественно, будет отрицательным, однако Комиссия решила придерживаться такой «судебной политики» по практическим соображениям. Она заявила:

«Эти параметры продиктованы пределами возможностей обеих сторон в плане представления материалов и доказывания, а также возможностей Комиссии принимать решения, исходя из времени и ресурсов, которыми располагают стороны»².

Такое самоограничение Комиссией своих полномочий еще более сомнительно и нежелательно в свете основополагающих принципов международной ответственности. Не равносильно ли это, так сказать, списанию со счетов истории совершенных в отношении отдельных лиц нарушений МГП, в некоторых случаях признанных самой Комиссией?³

Однако Комиссия не была последовательной в применении этой политики. Так, она согласилась рассмотреть единичный инцидент, который, правда, состоял в выдворении из Эфиопии 600 семей из эритрейской деревни Авгаро ввиду его серьезности и массового характера⁴.

4.10. Тот факт, что определенное поведение является преступлением по международному гуманитарному праву, влекущим за собой ответственность совершившего его лица, естественно, не исключает того, что оно может быть также международно-противоправным деянием, вменным государству и влекущим за собой его международную ответственность (ср. Статут МУС, ст. 25, п. 4). В ответ на заявления Сербии и Черногории, согласно которым Конвенция о геноциде не может повлечь ответственности государства, поскольку она касается только преступлений, вмененных отдельным лицам⁵, Международный суд привел, в частности, следующие аргументы:

«Было бы парадоксальным, если бы государствам, обязанным в меру своих возможностей препятствовать лицам, на которых они могут оказать определенное влияние, совершать геноцид, не было бы запрещено самим совершать подобные деяния посредством своих органов или лиц,

¹ *Id.*, *Ethiopia's Claim 4*, § 15; *Eritrea's Claim 17*, § 14, *ILM*, 2003, pp. 1059 et 1087.

² *Id.*, *Ethiopia's Claim 4*, § 54; *Eritrea's Claim 17*, § 56, *ILM*, 2003, pp. 1065 et 1094.

³ *Id.*, *Western and Eastern Front, Ethiopia's Claims 1 and 3*, 19 Dec. 2005, § 39.

⁴ *Id.*, *Western Front, Eritrea's Claim 1*, 3, etc., 19 Dec. 2005, § 142, www.pca-cpa.org.

⁵ *Application de la Convention sur le crime de génocide, CIJ, Rec. 2007*, § 157.

которых они контролируют в такой степени, что их поведение по международному праву может быть приписано этим государствам. Короче говоря, обязанность предотвращать геноцид обязательно включает в себя запрещение его совершать»¹.

И наоборот, международно-противоправное деяние государства одновременно может быть преступлением по международному праву, влекущим за собой уголовную ответственность совершившего его лица (Проект статей Комиссии международного права, ст. 58).

В. Вменение в вину нарушений права вооруженных конфликтов

1. Регулярные вооруженные силы

4.11. Естественно, нарушение права вооруженных конфликтов повлечет за собой международную ответственность воюющего государства, если оно будет ему вменено. Этот принцип ответственности государства за действия его органов был кодифицирован в ст. 5 (1-е чтение) и ст. 4 (2-е чтение) Проектов статей Комиссии международного права об ответственности государств².

Таким образом, нарушения права вооруженных конфликтов, совершенные лицами из состава вооруженных сил государства, могут быть вменены данному государству, поскольку эти вооруженные силы являются государственным органом³.

4.12. Звание военнослужащего, совершившего нарушение, не имеет значения. Как отметила Комиссия международного права, положение «виновного» органа в структуре государственных учреждений не влияет на факт вменения государству ответственности за совершенное действие⁴.

Что касается оккупационных сил, Совет Безопасности справедливо заключил, что они «должны нести ответственность за нарушения прав человека на территории, находящейся под их контролем»⁵.

Аналогичным образом Международный суд счел, что Уганда была оккупирующей державой в Итури (Демократическая Республика Конго) в 1998–2003 гг. и потому

«несет ответственность одновременно за любое действие своих вооруженных сил, противоречащее ее международным обязательствам, и за то, что она не проявила надлежащей бдительности и не предотвратила нарушения прав человека и МПП другими акторами, присутствующими

¹ *Application de la Convention sur le crime de génocide, CIJ, Rec. 2007*, § 166.

² *Ann. CDI*, 1973, II, pp. 194 ss.; *Rapport CDI 2001*, UN Doc. A/56/10, § 77, pp. 108 ss.

³ CONDORELLI, L., «L'imputation à l'Etat d'un fait internationalement illicite: solutions classiques et nouvelles tendances», *RCADI*, 1984, VI, T. 189, p. 146.

⁴ *Ann. CDI*, 1975, II, pp. 65 ss.; commentaire sub art. 4, *Rapport CDI 2001*, док. ООН A/56/10, п. 77, с. 112, n° 7.

⁵ Рез. СБ ООН S/Res. 1341, 22 февраля 2001 г., п. 14.

на оккупированной территории, в том числе повстанческими группами, действующими в своих собственных интересах»¹.

4.13. Однако следует уточнить, что ответственность за действия государственного органа может возлагаться на государство, только если они были совершены в рамках выполняемых функций или при исполнении функций этого органа (Проекты статей Комиссии международного права, 1-е чтение, ст. 5, приводившаяся выше, *in fine*, 2-е чтение, ст. 7²). Конечно, для того чтобы вменить эти действия государству, не требуется их соответствия внутреннему праву государства и инструкциям, данным этому органу: действия *ultra vires* также могут вменяться государству, но при условии наличия определенной связи с официальными функциями органа (там же, 1-е чтение, ст. 10; 2-е чтение, ст. 7)³.

При относительной легкости вменения государству ответственности за действия его представителей, явно превышающие их полномочия, требуется все-таки, чтобы эти действия были как-то связаны с функциями совершившего их лица. Иными словами, если представитель государства совершит действие, никак не связанное с функциями органа государства, даже используя при этом средства, которые государство предоставило в его распоряжение, это действие относится на счет частного лица и не влечет за собой непосредственной и обязательной ответственности государства⁴.

Так, согласно этим принципам, убийство военнопленного солдатом, в чьи обязанности входила исключительно охрана пленного, несомненно, является действием *ultra vires*, но все же должно быть вменено державе, за которой числится солдат, а вот убийство этим солдатом подданной неприятельской державы, отвергшей его притязания, выступает как действие частного лица, не подлежащее вменению государству, к которому принадлежит данный военнослужащий⁵.

4.14. В праве вооруженных конфликтов, то есть в случае войны, различие между действиями, совершенными в рамках выполняемой функции или вне этих рамок, не проводится. Война представляет собой экстремальную ситуацию, возникшую по воле государств и делающую дозволенными действия, в мирное время обычно таковыми не считающиеся, и смягчение некоторых запретов сопровождается возросшей обязанностью возмещать ущерб, нанесенный в результате нарушения этих запретов. Что касается дисциплины в войсках и контроля над ними, государство должно применять «более высокий стандарт» в отношении мер предосторожности⁶, поскольку оно отвечает за все случаи нарушения дисциплины, допущенные его войсками, независимо от причин и обстоятельств. По мнению Международного суда, не имеет значения, действовали ли или не действовали

¹ *Activités armées en RDC*, CIJ, Rec. 2005, § 179; см. также § 249.

² *Rapport CDI 2001*, UN Doc. A/56/10, § 77, pp. 126 ss., особенно p. 129.

³ *Ann. CDI*, 1975, II, p. 66; *Rapport CDI 2001*, UN Doc. A/56/10, § 77, p. 126.

⁴ *Ann. CDI*, 1975, II, pp. 74–75; *Rapport CDI 2001*, UN Doc. A/56/10, § 77, pp. 130–131.

⁵ Ср.: *Ann. CDI*, 1975, II, p. 75.

⁶ BROWNLIE, цит. по: CONDORELLI, *loc. cit.*, p. 148. См. также ниже, п. 4.59.

угандийские войска, которые присутствовали на территории Демократической Республики Конго в 1998–2003 гг., «в нарушение полученных ими инструкций и превысили ли они данный им мандат»: согласно ст. 3 Гаагской конвенции IV 1907 г. и ст. 91 Дополнительного протокола I (см. выше, п. 4.5), сторона, находящаяся в конфликте, «несет ответственность за все действия, совершаемые лицами, входящими в состав ее вооруженных сил»¹ (*курсив автора*). Государство практически играет роль страховой компании: если не считать случаев (редких), когда возможна ссылка на причину, освобождающую от ответственности (см. ниже, п. 4.32 и сл.), оно должно нести ее за все иные действия своих вооруженных сил².

Данная норма является отклонением от общего права (впрочем, к гражданской администрации она не применяется)³. Как подчеркивает Л. Кондорелли⁴, эта норма квазиобъективной ответственности «не ускользнула от внимания Комиссии международного права», которая отметила это в своем докладе⁵.

4.15. Эта ответственность, напоминающая почти абсолютную ответственность в гражданском праве (за исключением непредвиденных случаев, форс-мажорных обстоятельств, действий третьего лица или потерпевшего) за ущерб, причиненный имуществу⁶ или... домашним животным⁷, конечно, не является объективной⁸. Хотя в вышеупомянутых ст. 3 и 91 говорится об ответственности за «все действия», совершенные вооруженными силами, не вызывает сомнения, что в рамках *jus in bello* эта ответственность ограничивается только действиями, «нарушающими право вооруженных конфликтов»⁹. Так, по мнению Кассационного суда Бельгии, приведенная выше ст. 3 Гаагской конвенции

«имеет единственной целью установить ответственность воюющих государств за нарушение положения, касающегося законов и обычаев войны»¹⁰ (*курсив автора*).

Следовательно, положение, которое и так имеет значительную сферу действия, не следует распространять на ущерб, причиняемый в результате дозволенных актов войны. Но в рамках *jus contra bellum*, как мы уже упоминали, тот, кто незаконно прибегает к силе, обязан возместить причиненный ущерб, в том числе — в результате дозволенных актов войны (см. выше, п. 1.14).

¹ *Activités armées en RDC, CIJ, Rec. 2005*, § 214; см. также §§ 213 et 243.

² ТРИУ, aff. IT-94-1-A, *Tadic*, 15 juillet 1999, n. 117.

³ CONDORELLI, *loc. cit.*, p. 148.

⁴ *Ibid.*, p. 147.

⁵ *Ann. CDI*, 1975, II, pp. 74–75; также: *Rapport CDI 2001*, UN Doc. A/56/10, § 77, p. 129.

⁶ Code civil, art. 1384, al. 1 et Cass. b., 12 février 1976, P., 1976, I, 652.

⁷ Code civil, art. 1385 et Cass. b., 23 juin 1932, P., 1932, I, 200.

⁸ Ср. для некоторых случаев: *Protocoles, commentaire*, p. 1084 § 3661; ТРИУ, aff. IT-94-1-A, *Tadic*, 15 juillet 1999, n. 140.

⁹ *Ibid.*, et p. 1083 § 3659; ср.: CONDORELLI, *loc. cit.*, p. 147; см. также заявление представителя Германии, который внес текст ст. 3 на рассмотрение Гаагской конференции 1907 г.: SANDOZ, Y., «Les dommages illicites dans les conflits armés et leur réparation dans le cadre du droit international humanitaire», *RICR*, 1982, p. 141.

¹⁰ Cass. 22 juillet 1949, *Strauch et al.*, P., 1949, I, 562 et A. D., 1949, 404; ср. также: Netherlands, Spec. Crt. of Cass., 6 Dec. 1948, A. D., 1948, 535; G.F.R., Münster, Adm. Crt. of App., 9 Apr. 1952, *ILR*, 19, 633.

4.16. Однако небезосновательным будет и такой вопрос: не следует ли распространить выражение «все действия» на нарушения права вооруженных конфликтов, которые в редких и даже, может быть, гипотетических случаях перестают быть недозволенными действиями ввиду обстоятельств, исключающих незаконность (см. ниже, п. 4.19 и сл.)? Если такие обстоятельства возникают, данное действие перестает быть незаконным, но и не становится дозволенным. Комиссия международного права отмечает в комментарии к своему Проекту статей, принятому в первом чтении:

«Есть очевидное различие между поведением, обычно считающимся дозволенным, и поведением, которое обычно является недозволенным. Последнее остается таковым, если в том или ином конкретном случае оно перестает носить незаконный характер в результате особых обстоятельств»¹.

Действие, не являющееся недозволенным ввиду обстоятельств, исключающих незаконность, но так и не ставшее дозволенным актом войны, в принципе должно охватываться выражением «все действия», что имело бы следствием обязанность совершившего его государства возместить ущерб стороне, понесшей убытки.

2. Нерегулярные вооруженные силы и частные лица

4.17. Вменяются ли акты войны, совершенные частными лицами, в вину государству, защищая интересы которого и от имени которого эти лица, согласно их утверждениям, сражаются? На этот вопрос можно ответить утвердительно, если данные лица на самом деле действуют от имени государства или же, в случае невыполнения официальными властями своих функций, вышеупомянутые лица берут на себя полномочия, обычно принадлежащие этим властям (Проект статей Комиссии международного права об ответственности государств, ст. 8)².

В случае вооруженного конфликта участники движения сопротивления, удовлетворяющие условиям принадлежности к стороне в конфликте (см. выше, п. 2.293), могут нести ответственность за свои действия. Это относится и к участникам ополчения, как признала сама Комиссия международного права³, а также к добровольцам и наемникам, которые фактически (или а fortiori с юридической точки зрения) используются тем или иным государством⁴. Тем не менее в деле о военной и полувоенной деятельности в Никарагуа (1986 г.) Международный суд уточнил, что действия такого рода комбатантов в ходе восстания могут вменяться в вину иностранному правительству только в том случае, если оно «фактически контролировало» операции, проводимые вышеупомянутыми комбатантами. Даже если этих людей организует, подготавливает, экипирует, финансирует и снабжает иностранное государство, отсюда необязательно следует, что все их

¹ *Ann. CDI*, 1979, II, 2^e partie, p. 121.

² *Ann. CDI*, 1974, II, pp. 294 ss.; *Rapport CDI 2001*, UN Doc. A/56/10, § 77, pp. 132 ss.

³ *Ann. CDI*, 1974, II, p. 296.

⁴ DAVID, E., *Mercenaires et volontaires internationaux en droit des gens*, Ed. de l'Université de Bruxelles, 1978, pp. 121–124.

действия могут быть отнесены на счет этого государства. Еще требуется доказать, что данное государство заставило эти действия совершить или дало соответствующие указания:

«Даже учитывая преобладающий и решающий характер участия США в организации, подготовке, снаряжении, финансировании и снабжении «контрас», в выборе их целей военного или полувоенного характера, а также в планировании их операций, этого участия самого по себе недостаточно... для того, чтобы возложить на США ответственность за действия, совершенные «контрас» во время их военных и полувоенных операций в Никарагуа. Все виды участия США (...) и даже общий контроль с их стороны над силами, в высшей степени зависящими от США, сами по себе, без предоставления дополнительных доказательств, не означают, что США заставляли совершать действия, нарушающие права человека и гуманитарное право, или отдавали приказы о совершении таких действий (...). Эти действия, очевидно, могли совершаться и без контроля со стороны США. Для того чтобы США можно было привлечь к юридической ответственности, в принципе следовало бы установить, что они осуществляли фактический контроль над военными и полувоенными операциями, во время которых предположительно имели место вышеупомянутые нарушения»¹.

В деле Тадича Камера II МТБЮ выразила такую же точку зрения, сочтя, что сербские силы Боснии и Герцеговины (ВРС — Вооруженные силы Республики Сербской) не выступали в качестве подразделений *de facto* югославской армии, хотя последняя оказывала им материальную и финансовую помощь. Эти силы находились на службе сербского населения Боснии и Герцеговины, которое через избранных ими руководителей «оказывало определенное влияние на общий ход боевых действий»². Не было доказано, что ВРС находились под «фактическим контролем»³ югославской армии: между ними были отношения, основанные на координации действий и союзничестве, а не на подчиненности⁴.

Как мы видели (см. выше, п. 1.111), Апелляционная камера МТБЮ отменила это решение. Подвергнув углубленному анализу юриспруденцию и практику, Апелляционная камера МТБЮ констатировала, что критерий «фактического контроля» государства над полувоенными группами вовсе не требуется международным правом для того, чтобы действия этих групп могли быть вменены в вину этому государству. Не требуется и того, чтобы данное государство дало «конкретные инструкции» этим группам. Необходимым, но недостаточным условием для того, чтобы соответствующие действия можно было вменить государству, является осуществление общего контроля над такой группой, состоящего в ее финансировании и снабжении, в координации ее военной деятельности, содействии ей и надзоре над ней⁵. Именно такую роль югославская армия играла в отношении сербских сил Боснии⁶.

¹ СІ, *Rec.* 1986, pp. 64–65.

² ТРИУ, *aff.* IT-94-1-T, 7 mai 1997, *Tadic*, § 599.

³ *Ibid.*, § 600.

⁴ *Ibid.*, §§ 604–606; *contra*, *opinion dissidente* Kirk McDONALD.

⁵ ТРИУ, *aff.* IT-94-1-A, *Tadic*, 15 juillet 1999, §§ 125–145.

⁶ *Ibid.*, §§ 146–162, *spéc.* 156; см. также: *id.*, *aff.* IT-95-14-T, *Blaskic*, 3 mars 2000, §§ 114–120.

Иными словами, если государство помогает материально вооруженной группе и контролирует ее действия, последние могут быть вменены этому государству. Напротив, тот факт, что государство финансирует группу и даже оказывает ей военную помощь, но не контролирует и не координирует ее деятельность, недостаточен для того, чтобы государство несло ответственность за действия, совершенные этой группой¹.

Кроме того, если такие действия совершаются частным лицом или группой, не имеющей военной организации, ответственность за них может быть вменена государству, только если данное государство дало этому лицу или этой группе четкие инструкции совершить указанные действия или публично их одобрило².

4.18. А как обстоит дело, если группа или частные лица своими действиями превысили полученные ими инструкции? В данном случае, в отличие от того, что предусмотрено для государственного органа (см. выше, п. 4.13), ответственность может быть вменена государству, только если соответствующие лица действуют «под фактическим контролем государства»³.

А fortiori действия франтиреров или вооруженных банд, действующих не в интересах государства, а в своих собственных интересах, не могут быть отнесены на счет государства⁴. Ответственность может быть порождена только действиями государства, а именно принятием мер для обеспечения контроля над этими лицами и предотвращения их действий (Проект статей об ответственности государств, 1-е чтение, ст. 6)⁵.

С. Обстоятельства, исключаящие незаконность нарушений права вооруженных конфликтов

4.19. В своих проектах статей об ответственности государств Комиссия международного права выделила несколько оснований для освобождения от ответственности за то или иное нарушение⁶. Однако ситуации, в которых данные обстоятельства могут исключить незаконность нарушения права вооруженных конфликтов, достаточно редки, чтобы не сказать умозрительны.

1. *Согласие*

4.20. Если, как это указывает Комиссия международного права в ст. 20 своего Проекта (2-е чтение), согласие, данное одним государством, на совершение

¹ *Id.*, aff. IT-94-1-A, *Tadic*, 15 juillet 1999, § 130.

² *Ibid.*, §§ 118 et 137.

³ *Rapport CDI 2001*, док. ООН A/56/10, § 77, commentaire sub art. 8, p. 138, n° 8.

⁴ ТРИУ, aff. IT-94-1-A, *Tadic*, 15 juillet, n. 140, *a contrario*.

⁵ *Ann. CDI*, 1975, pp. 75 ss., особенно pp. 85–86 § 32; также: *Rapport CDI 2001*, док. ООН A/56/10, § 77, с. 104, n° 3.

⁶ *Ibid.*, 1979, II, 2^e partie, pp. 118 ss., 1980, II, 2^e partie, pp. 33 ss.; *Rapport CDI 2001*, док. ООН A/56/10, § 77, с. 214 ss.

другим государством действия, причиняющего ущерб, исключает незаконность этого действия, бесспорно то, что ни при каких обстоятельствах подобное согласие не делает дозволенным нарушение обязательной нормы международного права¹.

Таким образом, если исходить из того, что право вооруженных конфликтов может быть приравнено полностью или частично к *jus cogens* (см. выше, п. 1.34 и сл.), то согласие одного государства на нарушение обязательной нормы этого права другим государством не устраняет незаконность этого нарушения. Кстати, этот принцип специально предусмотрен в Женевских конвенциях; он касается если не всех их положений, то, во всяком случае, тех, несоблюдение которых рассматривается как «серьезное нарушение» (см. ниже, п. 4.103 и сл.). Так, общие ст. 51, 52, 131, 148 гласят:

«Ни одной Высокой Договаривающейся Стороне не будет разрешено освободить себя или какую-либо другую Высокую Договаривающуюся Сторону от ответственности, которая возлагается на нее или на другую Договаривающуюся Сторону вследствие нарушений, предусмотренных в предыдущей статье».

При этом судебное преследование и уголовное наказание лица, совершившего серьезное нарушение, согласно общему международному праву не исчерпывают ответственности государства, которому может быть вменено данное нарушение. Это государство должно также обеспечить полное возмещение ущерба государству-жертве в лице его подданных.

4.21. Можно ли вывести из общих статей 51, 52, 131, 148, что государство — жертва серьезного нарушения не имеет права освободить ответственное за него государство от обязанности возместить ущерб даже в случае перемирия или мирного договора? В Комментарий к Женевским конвенциям ответ на этот вопрос звучит, скорее, утвердительно, поскольку цель нормы состоит в том, чтобы

«побежденный не был вынужден отказаться от возмещения ущерба, причиненного лицами, находящимися на службе у победителя»².

Данное правило соответствует нескольким основополагающим принципам права вооруженных конфликтов: незыблемость и неотъемлемость прав лиц, пользующихся покровительством согласно Женевским конвенциям (общие ст. 6–7, 6–7, 6–7, 7–8) (см. выше, п. 2.408); отсутствие взаимности в отношении гуманитарных обязательств государств (см. выше, п. 3.1); приоритет интереса жертв (см. выше, п. 1.157).

¹ *Commentaire sub art. 26, Rapport CDI 2001, UN Doc. A/56/10, § 77, p. 264, n° 6*; см. также Проект, принятый в первом чтении: *Ann. CDI, 1979, II, 2° partie, pp. 121 ss.*, особенно п. 127; аналогично, но менее четко: FRUMER, Ph., *La renonciation aux droits et libertés*, Bruxelles, Bruylant, 2001, pp. 532–533.

² *Conventions, commentaire*, III, p. 664; см. также послание министра иностранных дел Нидерландов парламенту этой страны (от 24 мая 1991 г.), цит. по: STEKMAN, R. C. R., «Netherlands State Practice for the Parliamentary Year 1990–1191», *NYIL*, 1992, p. 381.

Однако позволительно задать вопрос: не будет ли данное толкование¹ несколько чрезмерным в случае, если согласие является добровольным и ничто не делает его недействительным²? Из Актов Дипломатической конференции 1949 г. становится ясно, что государства стремились не допустить того, чтобы на обязательный характер уголовного преследования повлиял отказ от претензий потерпевшего государства. Зато по поводу возмещения имущественного ущерба в проекте положения, которое станет общими ст. 51, 52, 131, 148, говорится:

«Сфера применения этой статьи достаточно ограничена. Она не распространяется на случаи, когда финансовые соглашения, предусматривающие одновременную выплату, или компенсацию по безналичному расчету, окончательно ликвидируют претензии на возмещение ущерба»³.

Так что намерение авторов общих статей 51, 52, 131, 148 состояло в том, чтобы исключить непринятие каких бы то ни было мер пресечения в отношении лиц, совершивших серьезные нарушения Женевских конвенций⁴, вследствие отказа от претензий потерпевшего государства. Напротив, данная статья не затрагивает право потерпевшего государства в договорном порядке установить механизм финансового возмещения причиненного ему ущерба, что может включать в себя право отказаться от такой компенсации⁵.

В самом деле, различные мирные договоры освобождали государство-победитель от любой ответственности. Так, ст. 19, а, мирного договора, заключенного 8 сентября 1951 г. между Японией и союзными державами⁶, полностью исключала возможность предъявления Японией и ее подданными претензий союзным державам и их подданным по поводу актов войны⁷. Этот отказ не был оспорен окружным судом Токио в деле Шимоды, когда истцы требовали от японского государства возмещения ущерба, причиненного им в результате американских бомбардировок Хиросимы и Нагасаки⁸.

В этих случаях согласие потерпевшего государства не устраняет незаконности соответствующего деяния: оно относится только к некоторым его последствиям, а именно обязанности возместить ущерб. Если государство отказывается от компенсации, это касается только его. В случае нарушений международного гуманитарного права, которые могут быть приравнены к нарушениям *jus cogens*, потерпевшими являются все государства, и отказ от компенсации одного государства в принципе не означает согласия с этим остальных государств. Что касается непосредственного потерпевшего, каковым является частное лицо, отказ от претензий, заявленный представляющим это лицо государством, необязательно имеет юридическое значение для данного лица (см. ниже, п. 4.42 и сл.).

¹ Раньше автор придерживался этой точки зрения: см. предыдущее издание этой книги (1999 г.), п. 560, § 4.13.

² Проект статей об ответственности государств, 2001 г., *commentaire sub art. 45, Rapport CDI 2001*, док. ООН A/56/10 § 77, с. 386, n° 4.

³ *Actes ...*, Berne, Département politique fédéral, n. d., T. II, sect. B, p. 128.

⁴ D'ARGENT, P., *Les réparations de guerre en droit international public*, thèse, Louvain-la-Neuve, 2001, p. 761.

⁵ *Ibid.*, pp. 758 ss.

⁶ M. B., 5 septembre 1952 et 27 juin 1953; RTNU, 136, p. 71

⁷ Ряд других примеров см.: D'ARGENT, *op. cit.*, pp. 751 ss.

⁸ 7 Dec. 1963, *ILR*, 32, 648.

2. Законные контрмеры

4.22. Такие меры, предусмотренные ст. 30 (1-е чтение) и ст. 22 (2-е чтение) Проектов Комиссии международного права об ответственности государств, не соответствуют международному праву, но не считаются противоправными, если осуществляются не с помощью оружия¹ и являются всего лишь реакцией на предшествующее нарушение международного права государством, против которого они направлены².

Иными словами, речь идет о репрессалиях, но если последние допускаются в основном при соблюдении определенных условий, связанных с соразмерностью и с тем, что уже исчерпаны возможности мирного разрешения спора³, право вооруженных конфликтов при нарушении большинства своих норм запрещает, как мы уже констатировали, прибегать к репрессалиям (см. выше, пп. 2.272 и сл., 2.378). Обычно нарушения права вооруженных конфликтов, совершенные в порядке репрессалий, не перестают от этого быть нарушениями права вооруженных конфликтов.

3. Необходимая оборона

4.23. Согласно Уставу ООН, необходимая оборона является основанием для оправдания применения силы и приводится Комиссией международного права в ст. 34 (1-е чтение) и ст. 21 (2-е чтение) своих Проектов в качестве обстоятельства, исключаящего незаконность применения силы⁴. Однако необходимая оборона, как и агрессия, — это факт, обуславливающий применение права вооруженных конфликтов, и она просто не может оправдывать нарушение того права, которое сама приводит в действие! Напомним, что *jus in bello* применяется в равной степени к воюющим сторонам без учета законности ведущейся ими борьбы в свете *jus contra bellum* (см. выше, п. 3.1)⁵.

Так, когда 3 июля 1988 г. аэробус авиакомпании «Иран Эйр» был уничтожен ракетой, запущенной с американского крейсера «U. S. S. Vincennes», США, по нашему мнению, совершили ошибку, утверждая, среди прочего, что их действия основывались на праве необходимой обороны. Джордж Буш, тогдашний вице-президент США, заявил в Совете Безопасности:

«Vincennes» действовал в состоянии необходимой обороны (...). Капитан корабля располагал информацией, в соответствии с которой к судну с враждебными намерениями приближается самолет иранских ВВС»⁶.

¹ О запрещении вооруженных репрессалий см., например, Декларацию Генеральной Ассамблеи ООН о дружественных отношениях, принцип 1, абзац 6, рез. ГА ООН A/Res. 2625 (XXV), 24 октября 1970 г.

² *Ann. CDI*, 1979, II, 2^e partie, pp. 128 ss.; *Rapport CDI 2001*, док. ООН ONU A/56/10, § 77, с. 192 и сл.

³ *Ann. CDI*, 1979, II, 2^e partie, p. 131, n. 595; *Projet CDI*, art. 50–51, *Rapport CDI 2001*, док. ООН A/56/10, § 77, с. 360 и сл.

⁴ *Ann. CDI*, 1980, II, 2^e partie, pp. 50 ss.; *Rapport CDI 2001*, док. ООН Doc. A/56/10, § 77, с. 189; см. также: Доклад Генерального секретаря ООН, подготовленный в соответствии с резолюцией ES-10/10 Генеральной Ассамблеи ООН, 1 августа 2002 г., п. 16.

⁵ *Rapport CDI 2001*, док. ООН A/56/10, § 77, с. 190.

⁶ Док. ООН S/PV. 2818, 14 июля 1988 г., с. 56.

4.24. Еще одно событие несколько поколебало принцип, согласно которому необходимая оборона не может оправдать посягательство на международное гуманитарное право: речь идет о втором абзаце п. 105Е Консультативного заключения Международного суда о законности применения (или угрозы применением) ядерного оружия (см. выше, п. 2.193). Однако, как мы видели, логика требует, чтобы этой части Заключения не придавалось никакого значения (см. выше, п. 2.194).

Как мы уже говорили (см. выше, п. 2.187), только в рамках права вооруженных конфликтов необходимая оборона не играет никакой роли в оценке законности вооруженных акций воюющих сторон. Эти действия оцениваются исключительно в свете гаагского права (см. выше, пп. 2.5–2.279).

4.25. Одна из Камер МТБЮ, по-видимому, сочла необходимую оборону критерием законности военной акции:

«Должна быть установлена временная связь между любым актом необходимой обороны и исходным нападением. Таким образом, развертывание полномасштабных военных маневров через день после исходных нападений не удовлетворяет предварительным условиям квалификации в качестве военных актов «необходимой обороны»¹.

Это рассуждение неверно: право необходимой обороны не оценивается в свете права, применимого к межгосударственным отношениям в рамках ст. 51 Устава ООН (см. выше, пп. 1.9–1.14 и ниже, 4.31), или общего уголовного права как основание, оправдывающее правонарушение (ср. Уголовный кодекс Бельгии, ст. 416–417). В контексте вооруженного конфликта военная акция не становится ни более, ни менее законной от того, что она может или не может быть приравнена к акту необходимой обороны. Законность вооруженного насилия устанавливается на основании других критериев: характер объектов нападения, природа используемых средств и т. д. И не важно, идет ли речь о наступательном или оборонительном акте необходимой обороны.

Так, когда Эритрея и Эфиопия начали обвинять друг друга, выясняя, кто же первый напал на аэродром другой стороны, Комиссия по рассмотрению жалоб справедливо заявила:

«Каждый обвиняет другого в том, что тот напал первым, но Комиссия не должна заниматься этим вопросом, поскольку на обоих аэродромах находились военные самолеты и оба аэродрома, несомненно, были военными объектами согласно международному гуманитарному праву»².

К счастью, Апелляционная камера МТБЮ скорректировала позицию:

«С юридической точки зрения не имеет значения, что решение о нападениях было принято превентивно, в оборонительных или наступательных целях, и что это застало врасплох «противную сторону»³.

(также см. выше, п. 2.11).

¹ ТРИУ, aff. IT-97-24-T, *Stakic*, 31 juillet 2003, § 154.

² Partial Award, *Central Front Ethiopia's Claim 2*, 28 Apr. 2004, § 102, www.cpa-pca.org/et/ILM, 2004, p. 1294.

³ ТРИУ, aff. IT-95-14/2-A, *Kordic et Cerkez*, 17 déc. 2004, § 812.

4.26. Может ли необходимая оборона оказаться обстоятельством, исключающим незаконность деяния, если сторона, ставшая объектом нападения, отвечает на последнее, не приняв все необходимые меры предосторожности для того, чтобы не задеть гражданских лиц? Так, по поводу артиллерийского обстрела Израилем палестинского квартала Бейт Ханун (сектор Газа) 8 ноября 2006 г., в результате которого были убиты 19 гражданских лиц и ранены 58, в том числе много детей, Ф. Веккель писал:

«Артиллерия открыла огонь через несколько часов в ответ на обстрел палестинскими ракетами. У артиллеристов не было практически ни малейшего шанса накрыть палестинских комбатантов ввиду их чрезвычайной подвижности, зато существовала высокая и даже почти стопроцентная вероятность причинения больших сопутствующих потерь»¹.

A contrario, если бы Израиль нанес ответный удар сразу после ракетного обстрела, предпринятого палестинцами, могли ли быть оправданы потери среди гражданских лиц? Конечно, нет, поскольку запрещение нападать на гражданских лиц носит постоянный характер.

Что касается обязанности принимать меры предосторожности при нападении (Дополнительный протокол I, ст. 57), она распространяется лишь на все «практически возможные меры предосторожности» (*ibid.*, п. 2, а, II). Аналогичным образом заблаговременное предупреждение делается, «когда это позволяют обстоятельства» (*ibid.*, п. 2, с). Следовательно, не состояние необходимой обороны, а вероятно, трудность осуществления всех необходимых мер предосторожности в имеющихся обстоятельствах (которые должны оцениваться для каждого конкретного случая) может позволить заключить, что обязанность, касающаяся принятия мер предосторожности, не была выполнена.

4. Бедственное положение

4.27. Бедственное положение исключает незаконность действия, совершенного для спасения своей жизни или жизни лиц, находящихся на попечении лица, совершившего такое действие, но при условии, в частности, что это действие не создает равной или большей угрозы (Проекты статей об ответственности государств, 1-е чтение, ст. 32; 2-е чтение, ст. 24)².

Это обстоятельство, исключающее незаконность деяния, следует отличать от смежных понятий, таких как состояние необходимости, форс-мажор и непредвиденный случай. Бедственное положение и состояние необходимости характеризуются тем, что недозволенное действие есть результат преднамеренного выбора, которого не существует при форс-мажоре и непредвиденном случае. Когда имеет место форс-мажор, над действующим лицом довлеет непреодолимая сила, а при непредвиденном случае поведение человека является непреднамеренным и диктуется извне непредсказуемым событием.

Различие же между бедственным положением и состоянием необходимости обуславливается тем, кто именно подвергается крайней опасности: если это чело-

¹ *Sentinelle*, 12 nov. 2006, www.sfdi.org.

² *Ann. CDI*, 1979, II, 2^e partie, pp. 149 ss.; *Rapport CDI 2001*, док. ООН A/56/10, § 77, с. 202 и сл.

век и его близкие, речь идет о бедственном положении, а когда в качестве субъекта выступает государство — это состояние необходимости¹.

4.28. На практике довольно трудно представить себе, что бедственное положение, связанное, в первую очередь, с нарушением границ, воздушного или морского пространства других государств, ведет к нарушениям права вооруженных конфликтов. Ведь вооруженный конфликт почти всегда означает бедственное положение, и специальные нормы, касающиеся этой ситуации, были предусмотрены как раз для того, чтобы поведение комбатантов не выходило за определенные рамки под воздействием бедственного положения. Так что бедственное положение не может служить основанием для нарушения норм, предусмотренных для... бедственного положения!

4.29. Однако есть случаи, когда возникает соблазн оправдать нарушения права вооруженных конфликтов бедственным положением: например, солдату придется под угрозой смерти в случае невыполнения приказа добить раненого или расстрелять военнопленного. В действительности, речь идет, скорее, не о бедственном положении, а о непреодолимом принуждении, которое входит в понятие форс-мажора для действующего лица, но не устраняет незаконность действия для государства (см. ниже, п. 4.32).

Зато можно представить следующую ситуацию: захватив неприятельский порт, одна из сторон в конфликте нарушает ст. 29 Женевской конвенции II, удерживая принадлежащее противнику госпитальное судно, чтобы обеспечить оказание медицинской помощи своим раненым, которые иначе останутся без ухода. В такой гипотетической и, видимо, чрезвычайно редкой ситуации, когда нарушение права вооруженных конфликтов совершается *в интересах жертв*, бедственное положение могло бы служить оправданием. Однако подобные нарушения должны ограничиваться возможностью оказания более эффективной помощи жертвам, и притом *всем* жертвам, независимо от их принадлежности к той или иной стороне.

Комиссия по рассмотрению жалоб Эритреи и Эфиопии заключила, что Эритрея не нарушила ст. 49 Женевской конвенции IV, когда, заняв эфиопский город Заламбесса, она эвакуировала оттуда часть населения в лагерь для перемещенных лиц, находящийся на территории Эритреи. Последняя аргументировала свои действия артобстрелами со стороны Эфиопии и материальной невозможностью сконцентрировать этих лиц в ином месте (не на эритрейской территории)².

Аналогичным образом в случае отказа воюющей державы принять помощь, предназначенную для ее населения (см. выше, п. 2.351) (на основании ст. 71, п. 1, *in fine*, Дополнительного протокола I), проведение операции помощи, несмотря на этот отказ, может быть оправдано бедственным положением населения, которое следует спасти, но такого рода операции, как правило, осуществляет третье

¹ *Ann. CDI*, 1979, II, 2^e partie, p. 149, §§ 2–3; *Rapport CDI 2001*, док. ООН Doc. A/56/10, § 77, с. 202 и сл.

² Partial Award, *Central Front Ethiopia's Claim 2*, 28 Apr. 2004, § 68, www.pca-cpa.org/ et *ILM*, 2004, p. 1289.

государство, а не воюющая сторона. Как сказал Б. Кушнер: «Суверенитет государств заслуживает уважения, но еще больше следует уважать жертв».

4.30. Что касается *индивидуальной уголовной* ответственности, мы увидим, что Статут МУС допускает бедственное положение и даже состояние необходимости в качестве оправдания, но это исключение оказывается очень спорным в свете позитивного права (см. ниже, п. 4.352).

5. Состояние необходимости

4.31. Состояние необходимости освобождает от ответственности за действие, не соответствующее предписаниям международного права, когда данное действие является для государства *единственным* средством обеспечения *жизненно важных* интересов, которым угрожает *серьезная и непосредственная* опасность. Это состояние необходимости упраздняет незаконность нарушения международного права, что и было кодифицировано и уточнено Комиссией международного права (Проекты статей, 1-е чтение, ст. 33; 2-е чтение, ст. 25)¹, однако оно неприменимо к нарушениям права вооруженных конфликтов, потому что, как и в случае бедственного положения, вооруженный конфликт является типичной ситуацией, когда государству угрожает серьезная и непосредственная опасность. Поскольку именно право вооруженных конфликтов регулирует действия в условиях серьезной и непосредственной опасности, которую представляет собой война, нельзя ссылаться на состояние крайней необходимости, оправдывая нарушения права, применяемого к подобным ситуациям². Да и сама Комиссия международного права говорит то же самое в комментарии к Проекту, принятому в первом чтении:

«Было бы абсурдным ссылаться на понятие военной необходимости, желая освободить себя от долга, состоящего в выполнении обязательств, разработанных специально для того, чтобы военная необходимость не порождала страданий, к окончательному искоренению которых мы стремимся. Правда, в конвенциях по гуманитарному праву войны присутствуют положения, явным образом предусматривающие исключения из обязанности соблюдать содержащиеся в них предписания в случае «настоятельной военной необходимости». Однако речь здесь идет о положениях, действующих только в определенных случаях. Что касается остальных ситуаций, из текста этих конвенций неявным образом следует, что они не допускают возможности ссылаться на военную необходимость в качестве предлога для того, чтобы государства не выполняли налагаемых этими конвенциями обязанностей»³.

Эти принципы неоднократно применялись в ходе различных судебных разбирательств (см. ниже, п. 4.430).

¹ *Ann. CDI*, 1980, II, 2^e partie, pp. 33 ss.; *Rapport CDI 2001*, UN Doc. A/56/10, § 77, pp. 208 ss.

² Ср.: МЕРОН, «Internal Strife ...», *op. cit.*, in *Essays in Honour of F. Kalshoven*, *op. cit.*, pp. 255–256.

³ *Ann. CDI*, 1980, II, 2^e partie, p. 45; несколько лаконичнее, но в том же смысле комментарий к ст. 25, п. 19, и ст. 26: *Rapport CDI 2001*, док. ООН A/56/10; см. также: NYUNGEKO, in *RICR*, 1991, pp. 127 ss.; McCoubrey, H., «The Nature of the Modern Doctrine of Military Necessity», *R.D.P.M.D.G.*, 1991, pp. 221, 229–231, 234–237.

Действительно, документы, регулирующие право вооруженных конфликтов, содержат некоторые положения, явным или неявным образом признающие состояние необходимости в качестве основания для неприменения или ограниченного применения определенных норм. Например:

- обязанность оккупирующей державы уважать «существующие в стране законы, буде к тому не встретится неодолимого препятствия» (Гаагское положение, ст. 43);
- запрещение для воюющих сторон ограничивать законную деятельность Держав-покровительниц, за исключением случаев «настоятельных военных требований» и только «временно» и «в порядке исключения» (Женевские конвенции, общие ст. 8, 8, 8, 9, in fine);
- ограничение только «случаем крайней необходимости» возможности реквизировать имущество обществ помощи (Женевская конвенция I, ст. 34);
- запрещение уничтожать и захватывать имущество, если это не «настоятельно вызывается военной необходимостью» (Гаагское положение, ст. 23, ж; Женевские конвенции: I, ст. 50; II, ст. 51; III, ст. 130; IV, ст. 147);
- запрещение для оккупирующей державы эвакуировать гражданское население оккупированной территории, если речь не идет о временной эвакуации, продиктованной «особо вескими соображениями военного характера» (Женевская конвенция IV, ст. 49, ч. 2);
- запрещение использовать культурные объекты во враждебных целях и нападать на них, за исключением случаев, когда «военная необходимость настоятельно потребует такого решения» (Гаагская конвенция 1954 г., ст. 4, п. 2);
- право организаций гражданской обороны «выполнять порученные им задачи по гражданской обороне, за исключением случаев настоящей военной необходимости» (Дополнительный протокол I, ст. 62, п. 1);
- и т. д.

Вне рамок этих гипотетических ситуаций, которые, будучи исключениями, должны допускаться только ограничительно (*exceptiones sunt strictissimae interpretationis*), состояние необходимости никогда не может служить обстоятельством, освобождающим от ответственности за нарушения права вооруженных конфликтов.

Например, в деле о строительстве Израилем стены на оккупированной палестинской территории Международный суд заявил, что он

«не убежден, что строительство стены по выбранному маршруту являлось единственным способом защитить интересы Израиля от опасности, на которую он сослался как на оправдание для ее строительства»¹.

¹ A/ES-10/273, Консультативное заключение Международного суда относительно правовых последствий строительства стены на оккупированной палестинской территории, п. 140.

Суд признал, что Израиль «вправе, более того, обязан принимать ответные меры для защиты жизни своих граждан. Тем не менее принимаемые меры должны оставаться в соответствии с применимыми нормами международного права»¹.

6. Форс-мажор и непредвиденный случай

4.32. Не соответствующее международным обязательствам действие не является незаконным, если оно вызвано непреодолимой силой или непредвиденным событием и у государственного органа нет возможности действовать по-другому или осознать, что он не выполняет свое обязательство. Правда, нужно еще, чтобы государство не было причастно к созданию этого форс-мажора или события (Проекты статей об ответственности государств, 1-е чтение, ст. 31, 2-е чтение, ст. 23)².

Для форс-мажора и непредвиденного случая в большей степени характерен не элемент непреднамеренности соответствующего поведения — иначе государству для упразднения незаконности деяния было бы достаточно сказать, что то или иное нарушение было непреднамеренным (!)³, а тот факт, что действие было совершено либо в результате принуждения извне — форс-мажор, либо в результате внешнего события, которое обычно вызывает такое действие — непредвиденный случай.

Может ли форс-мажор упразднить незаконный характер нарушения права вооруженных конфликтов? Да, если удастся доказать, что оно стало результатом принуждения *извне*. Классическим может служить пример военнослужащего, которому приходится выполнять приказ, вступающий в явное противоречие с правом вооруженных конфликтов, под угрозой расстрела в случае его невыполнения. В деле Рехлинга (Roechling) суд общей инстанции города Раштадта во французской оккупационной зоне Германии заявил:

«Большинство правовых систем продолжают признавать состояние необходимости или непреодолимой силы, возникающей независимо от человеческого вмешательства, в котором то или иное лицо совершило недозволенное или сомнительное действие, чтобы предотвратить

¹ A/ES-10/273, Консультативное заключение Международного суда относительно правовых последствий строительства стены на оккупированной палестинской территории, п. 141.

² *Ann. CDI*, 1979, II, 2^e partie, pp. 135 ss; *Rapport CDI 2001*, UN Doc. A/56/10, § 77, pp. 196 ss.; по этому вопросу: SHANABUDEEN, M., «Duress in International Humanitarian Law», in *Liber Amicorum Ruda*, ed. by C. A. ARMAS BAREA et al., The Hague, Kluwer, 2000.

³ В отношении дела «Vincennes» (см. выше, п. 4.23.) Джордж Буш, в частности, сказал: «Я не унижусь до того, чтобы отвечать на обвинение, согласно которому мы намеренно уничтожили самолет «Иран Эйр», рейс 655 (...). Эта трагедия была несчастным случаем». Док. ООН S/PV 2818, 14 июля 1988 г., с. 57. Это было «несчастливым случаем», ошибкой, но несчастный случай и ошибка не являются аргументами в оправдание. *Mutatis mutandis* к этому случаю применимы выводы Комиссии международного права относительно возможности вменить государству действия *ultra vires*, совершенные его органами вне зависимости от того, являлись они или нет злоупотреблениями властью. «Как бы то ни было, действия эти были совершены, и государство обязано принять на себя ответственность за них, а также их последствия, предусмотренные международным правом». — *Ann. CDI*, 1975, II, p. 72. Если государству не будут вменяться в вину такие действия, это предоставит ему слишком удобную лазейку для уклонения от своей международной ответственности. Действительно, государству-истцу часто очень сложно и даже почти невозможно доказать, что орган государства-ответчика не нарушил законодательство последнего и что он действовал в соответствии с инструкциями, полученными от вышестоящих инстанций...». *Ibid.* (см. выше, п. 4.7). В аналогичном смысле: *Rapport CDI 2001*, док ООН A/56/10, § 77, с. 104.

серьезный и непоправимый ущерб, не имея в своем распоряжении других средств для его предупреждения»¹.

Хотя суд говорит о «состоянии необходимости», ясно, что на самом деле он имеет в виду непреодолимое принуждение или форс-мажор.

Тем не менее, если в нашем примере форс-мажор может упразднить в данном конкретном случае незаконность действия *отдельного человека*, он не упраздняет незаконность действия *государства*, поскольку оно было совершено по заказу или приказу государственного органа...

4.33. Совет Безопасности неявным образом ссылается на случай форс-мажора, хотя он и говорит о «состоянии необходимости», подчеркивая ответственность государств за то, чтобы был положен конец безнаказанности лиц, совершивших преступления по МГП, посредством их судебного преследования,

«признавая при этом, что государства, находящиеся в состоянии вооруженного конфликта или находящиеся в процессе постконфликтного восстановления, нуждаются в восстановлении или создании независимых национальных судебных систем и институтов»².

Иными словами, государство может не выполнить своей обязанности по пресечению преступлений по МГП, если ему удастся доказать, что в результате войны его судебная система не может функционировать. Так было в Руанде после геноцида апреля-июля 1994 г. В таких случаях государство должно сделать все возможное для восстановления своей судебной системы.

4.34. Существуют ли другие примеры форс-мажора, на которые сторона в конфликте имеет право сослаться? Можно ли утверждать, например, что бомбардировка, объектом которой из-за плохих погодных условий стали гражданские лица, не является недозволенной? Ответ, естественно, будет отрицательным, так как бомбардировка, производимая в условиях плохой видимости, есть нарушение общего принципа осмотрительности и особой обязанности принимать меры предосторожности, действующей в период вооруженного конфликта (см. выше, п. 2.227). Во время войны в Корее США заявили по поводу непреднамеренных бомбардировок территорий других государств, что речь шла о «досадном просчете» или о «навигационной ошибке либо неправильной оценке». Но США не пытались уклониться от лежащей на них ответственности и обязались применить дисциплинарные меры к лицам, совершившим эти действия, а также возместить убытки странам, которым был причинен ущерб³.

Но как быть, например, с истребителем-бомбардировщиком, который вследствие попадания в него молнии упал вместе со своим боекомплектом на место

¹ 30 June 1948, *A. D.*, 1948, 406. см. также: *Krupp et al.*, U.S. Mili. Trib., Nuremberg, 30 June 1948, *ibid.* 631; *Flick et al.*, *id.*, 22 dec. 1947, *ibid.*, 1947, 269–270.

² Рез. СБ ООН S/Res. 1674, 28 апреля 2006 г., п. 8.

³ *Lettre des Etats-Unis au Secrétaire général des NU*, 26 septembre 1950, док. ООН S/1813, *in C.S.*, P.V. off., suppl. septembre-décembre 1950, pp. 60–61; *Note des Etats-Unis au C.S.*, 19 octobre 1950, doc. S/1856, *ibid.*, pp. 81–82.

сосредоточения гражданского населения, или с пилотом, в результате внезапного помутнения рассудка избравшим скопление людей в качестве объекта нападения? Если удастся доказать, что полет в грозовых тучах не был сопряжен с неосмотрительностью (?) или что летчик периодически проходил медицинские осмотры, не выявившие никаких противопоказаний к пилотированию, можно будет считать это ситуациями форс-мажора или непредвиденного случая. Тогда государство, за которым числится летчик или самолет, получит право ссылаться на это в суде. Ввиду отсутствия «причинно-следственной связи между поведением государства и действием, повлекшим ущерб», и наличия «причины, независимой от государства, которая привела к действию, повлекшему нанесение ущерба»¹, соответствующее деяние будет считаться не более незаконным, чем какое-нибудь природное явление.

Очевидно, приведенные выше примеры носят в большой степени умозрительный характер.

4.35. Напротив вероятность возникновения «непредвиденных случаев» в контексте вооруженного конфликта выглядит менее теоретической.

Действительно, не исключено, что нападение или бомбардировку, повлекшие потери среди покровительствуемых лиц, с учетом обстоятельств конкретного случая нельзя будет считать недозволенными. Так, видимо, и окажется, если недозволенное поведение обороняющейся стороны вынудит нападающую сторону совершить действие, которое она может иметь основания абсолютно искренне считать дозволенным и которое она не совершила бы, если бы обороняющаяся сторона повела себя по-иному. В такой ситуации «обманчивое» поведение обороняющейся стороны является внешним обстоятельством по отношению к нападающему и может выступать как непредвиденный случай, освобождающий нападающего от ответственности².

Конечно, в сфере, где при соблюдении определенных условий дозволено игнорировать основополагающие человеческие ценности (право на жизнь, право на физическую неприкосновенность, уважение имущества...), следует проявлять осмотрительность и не приоткрывать дверь, через которую могут улетучиться самые элементарные принципы ответственности. Это особенно относится к вооруженному конфликту, когда привносимая им дезорганизация общества *действительно* способствует размыванию индивидуальной ответственности. Тем не менее наступление непредвиденного случая остается причиной, освобождающей от ответственности, предусмотренной самими институциональными нормами, и в условиях войны, поскольку оно не ограничивается мирным временем.

Конфликт в Кувейте является трагическим тому примером: 13 февраля 1991 г. авиация США сбросила бомбы на убежище, в котором находились гражданские лица. По версии американцев, в данном убежище был оборудован крупный воен-

¹ SALMON, J., «L'intention en matière de responsabilité internationale», *Mélanges Virally*, Paris, Pédone, 1991, p. 422.

² Ср.: *Ann. CDI*, 1979, II, 2^e partie, p. 141 § 17.

ный центр связи, что отрицалось Ираком¹. Мы, конечно, не вправе выносить суждение по сути этого спора, но все же, если предположить, что данное убежище со всех точек зрения выглядело как военный объект, хотя таковым не являлось, и что нет никаких оснований предъявить обвинение в халатности военнослужащим, которые произвели бомбардировку, тогда происшедшее можно считать случайным событием, когда государство не «осознает, что его поведение не соответствует (его) обязанности» (Проект Комиссии международного права, 1-е чтение, ст. 31, п. 1) или «не может исполнить своего обязательства» (*ibid.*, ст. 23, п. 1) воздерживаться от нападений на гражданских лиц.

К сожалению, такого рода ситуации нельзя считать исключительными.

7. Прочие обстоятельства

4.36. В Проекте статей, принятом в первом чтении, Комиссия международного права не выделила других обстоятельств, способных исключить ответственность, но все же сочла необходимым отметить, что составленный ею перечень не является исчерпывающим и что она не в состоянии предвосхитить будущее. Комиссия

«в достаточной мере отдает себе отчет в эволюционном характере международного права, понимая, что обстоятельство, которое в настоящее время не считается освобождающим от ответственности государство за деяние, не соответствующее тому или иному международному обязательству, в будущем может стать таковым»².

Посмотрим, как с этой точки зрения обстоит дело с виной жертвы³.

Ж. Салмон очень четко показал, что вина жертвы рассматривается не как обстоятельство, упраздняющее недозволенность, а как элемент оценки суммы возмещения убытков и, следовательно, как реальный фактор снижения его размера⁴.

4.37. Конкретные обстоятельства конфликта могут если и не оправдать отступления от норм, то, по крайней мере, позволить заключить, что предписанная обязанность была выполнена. Так, Комиссия по рассмотрению жалоб Эритреи и Эфиопии сочла, что стороны не нарушили обязанность по оказанию помощи раненым после боя, «учитывая тяжелые условия на поле боя, слабость медицинской подготовки и скудость средств у личного состава противоборствующих

¹ U.S. Department of Defence Report ..., loc. cit., p. 626; Keesing's Record of World Events, 1991, p. 37984.

² Ann. CDI, 1980, II, 2^e partie, p. 59.

³ На вину жертвы ссылался Джордж Буш в деле «Vincennes» (см. выше, п. 4.23). «Этот несчастный случай произошел во время нападения кораблей ВМС Ирана сначала на нейтральное судно, а затем и на «Vincennes», когда последний пришел на помощь гражданскому судну, терпящему бедствие. Несмотря на ведущиеся военные действия иранские власти не сочли нужным изменить маршрут рейса 655 «Иран Эйр» так, чтобы он не пролегал над зоной боев (...). После семи предупреждений, оставшихся без ответа, — мне хотелось бы, чтобы Совет это должным образом проувествовал, — капитан «Vincennes» сделал то, что ему надлежало сделать для спасения вверенного ему судна и экипажа». Док. ООН S/PV 2818, 14 июля 1988 г., п. 56. Ср. выше, п. 2.279.

⁴ SALMON, J., «La place de la faute de la victime dans le droit de la responsabilité internationale», *Mélanges Ago*, Milano, Giuffrè, 1987, pp. 385 ss.

сил»¹ (ср. выше, п. 2.331). Зато недостаток бюджетного финансирования и отсутствие необходимых структур у стороны не может служить оправданием для неоказания «медицинской помощи по минимальным стандартам, как того требует международное гуманитарное право»². И Комиссия справедливо добавляет:

«В любом случае стоимость такой помощи незначительна по сравнению с другими расходами, которые влечет за собой вооруженный конфликт»³.

*

* *

4.38. В заключение необходимо отметить, что возможности упразднить незаконность нарушения права вооруженных конфликтов носят в большой степени теоретический характер, поскольку право вооруженных конфликтов является прежде всего правом жертв, да и незачем проделывать новые прорехи в защищающих эти жертвы запретах, пределы которых и так пришлось отодвинуть, чтобы учесть то, что деликатно называют «военными нуждами».

Таким образом, следует ограничительно рассматривать обстоятельства, в которых нарушения этого права «последнего шанса» перестали бы быть таковыми. К тому же само право вооруженных конфликтов предусматривает некоторую гибкость его применения. Если уж надо предусмотреть обстоятельства, освобождающие от ответственности, пусть ими будут настоящие и очень редкие в действительности случаи форс-мажора и непредвиденных событий.

И все-таки, если допустить появление других освобождающих от ответственности обстоятельств, возникших в результате намеренных действий одной из сторон, находящихся в конфликте, речь практически может идти только о ситуациях, которые должны трактоваться в пользу жертв конфликта.

4.39. В Проекте статей, принятом во 2-м чтении, Комиссия международного права уточнила, что обстоятельства, упраздняющие незаконность деяния, не могут служить оправданием для нарушения нормы *jus cogens* (ст. 26)⁴. Хотя принцип представляется применимым к большинству обстоятельств, исключаящих незаконность деяния, трудно приложить его к форс-мажору и непредвиденному случаю. В этих условиях действующее лицо действует не по своей воле.

Все же такая возможность представляется теоретической, потому что трудно себе представить, что государство совершает нарушение *jus cogens* типа геноцида или преступления против человечности по причине форс-мажора или в результате непредвиденного случая! Кроме того, поскольку нарушения *jus cogens*, как

¹ *Ethiopia's claim 4*, § 70; *Eritrea's claim 17*, § 65, 1 July 2003, in www.pca-cpa.org/ENGLISH/RPC.

² *Ibid.*, *Ethiopia's claim 4*, § 125; *Eritrea's claim 17*, § 138.

³ *Id.*, *ibid.*

⁴ *Rapport CDI 2001*, док. ООН A/56/10, § 77, с. 221 и сл.

правило, составляют уголовные правонарушения, они включают в себя субъективный или моральный элемент (интенцию, умысел, *mens rea*). А этот элемент отсутствует, когда соответствующее действие выступает как результат непреодолимой силы или непредвиденного случая: если военнослужащий совершает военное преступление под действием непреодолимого принуждения, элемент умысла отсутствует и его деяние уже не может быть военным преступлением (см. ниже, п. 4.355).

4.40. В любом случае, упразднение незаконности деяния по одной из вышеперечисленных причин необязательно означает исключение возмещения убытков, как это признала Комиссия международного права в ст. 35 (1-е чтение) и ст. 27 (2-е чтение) своего Проекта¹.

Можно, впрочем, задаться вопросом, не следует ли причислить войну к «рискованной деятельности с вредными последствиями» (мягче не скажешь...) по смыслу подготовительных документов Комиссии международного права о «международной ответственности за причиняющие ущерб последствия деятельности, не запрещенной международным правом»²? Тогда, следовательно, надо считать, что даже за нарушения, «подпадающие» под одну из причин, освобождающих от ответственности, должно выплачиваться возмещение... Иногда футбольному клубу приходится отвечать за поведение своих болельщиков — аналогичным образом нарушения права вооруженных конфликтов являются слишком серьезным делом, чтобы допускались ситуации, в которых причиненный ущерб не подлежал бы возмещению...

D. Реализация международной ответственности

1. *Обладатель права на возмещение*

4.41. Здесь следует различать две ситуации в зависимости от того, кому причинен ущерб в результате нарушения права вооруженных конфликтов — государству или частному лицу.

Считается, что нарушение причинило ущерб государству, если непосредственной жертвой стал один из его представителей или органов, рассматриваемых *lato sensu*: военнослужащий, должностное лицо, участник народного ополчения... В случае, когда потерпевшим в результате нарушения становится государство, именно ему надлежит реализовать международную ответственность права вооруженных конфликтов³.

¹ *Ann. CDI*, 1980, II, 2^e partie, pp. 59 ss.; *Rapport CDI 2001*, док. ООН A/56/10, § 77, с. 225 и сл.

² *Rapport CDI 1990*, док. ООН A/45/10, с. 195 и сл.

³ Ср.: *Commentaire de la CDI sur l'art. 22 du projet d'art. sur la responsabilité des Etats*, *Ann. CDI*, 1977, II, 2^e partie, p. 47, § 44.

4.42. Относительно второй ситуации, когда жертвой нарушения является частное лицо, его право на возмещение в общем виде признано Генеральной Ассамблеей ООН, если речь идет об уголовном правонарушении¹, в том числе и тогда, когда последнее совершено представителем государства, действующим в официальном качестве². Ничто не должно препятствовать тому, чтобы эта старая норма (см. ниже) применялась к жертвам нарушений права вооруженных конфликтов.

Примером тому может послужить дело Дистомо, рассмотрев которое Кассационный суд Греции заключил, что убийство греческих граждан, совершенное гестапо в Греции в 1944 г., было преступлением против человечности, подлежащим возмещению Германией, которая не может сослаться ни на какой иммунитет³. Однако когда истцы попытались добиться исполнения вердикта, министр юстиции Греции, который согласно греческому законодательству обладает полномочиями на проведение соответствующей процедуры, этому воспротивился, и греческие суды подтвердили иммунитет от исполнения Германии⁴. Европейский суд по правам человека, в который истцы подали жалобу на основе, в частности, права на справедливое и публичное судебное разбирательство (Европейская конвенция о защите прав человека, ст. 6, п. 1), вынес решение в пользу Греции⁵.

4.43. Кое-кто утверждал, что жертвы не могут рассчитывать на возмещение ущерба, поскольку они не наделены международной правосубъектностью⁶, или потому, что международный договор не дает основания говорить о существовании права требовать возмещения за понесенный ущерб.

В деле Хьюго Принца против ФРГ истец, американский гражданин еврейского происхождения, был арестован немцами в Чехословакии в 1942 г., когда США объявили войну Германии, а затем провел несколько лет в различных концентрационных лагерях, где погибли его родные. В 1992 г., так и не добившись компенсации от Германии, он подал в суд в США за ущерб, нанесенный ему во время войны. И хотя окружной суд принял жалобу к рассмотрению и отклонил возражение, основанное на иммунитете от юрисдикции, на который ссылалась Германия, на основании Федерального закона о государственном иммунитете (Federal Sovereign Immunity Act) 1976 г., апелляционный суд отклонил иск, а возражение признал обоснованным. На заявление истца о том, что этот закон противоречит Гаагскому положению в части, касающейся ответственности воюющих сторон, суд ответил, сославшись на соответствующий документ:

¹ Декларация основных принципов правосудия для жертв преступлений и злоупотребления властью, рез. ГА ООН 40/34, 29 ноября 1985 г. (принята без голосования), п. 4.

² *Ibid.*, п. 11.

³ Gr. Ct. of Cass., 4 May 2000, *Voiotia v. FRG*, приведено в сокращенном виде: Мисна, Е. in *YIHL*, 2000, pp. 511–516.

⁴ Cass. gr., 28 juin 2002, arrêt 36 et 37/2002, cités par Cour EDH, *Kalogeropoulou et al.*, décision du 12 déc. 2002, partie «En fait».

⁵ *Ibid.*

⁶ SANDOZ, «Les dommages illicites...», *loc. cit.*, pp. 146–147; ср. также: *Shimoda case*, District Ct. of Tokyo, 7 dec. 1963, *ILR*, 32, 636–638; см. в то же время 639.

«Ни одно положение Гаагской конвенции даже косвенно не наделяет отдельных лиц правом требовать возмещения за нарушение ее положений» (*Tel Oren v. Libyan Arab Republic*, 726 G.2 d 774, 810, D. C. cir. 1984)¹.

Честно говоря, мы не очень хорошо себе представляем, на чем основывается подобное утверждение. Дело в том, что во многих случаях международное право непосредственно наделяет частных лиц правами и обязанностями, и поскольку эти права и обязанности включены во внутригосударственное законодательство (см. выше, п. 1.110 и сл.), ничто не мешает непосредственно ссылаться на них в национальных судах в пользу или против того, кто ими обладает.

Так, российский закон, утверждая законность изъятия Россией в неприятельских государствах ряда культурных ценностей, находившихся на их территории (см. выше, п. 2.471), гласит, что рекламации, касающиеся этих ценностей, должны направляться соответствующими государствами российскому правительству от их имени или от имени их граждан и что претензии последних не могут быть приняты к рассмотрению (ст. 18, п. 1)². Конституционный суд Российской Федерации заключил, что, хотя дипломатический путь действительно является обычным каналом для подачи таких рекламаций, это не может исключить индивидуальных исков о возмещении в рамках общего права. Комментаторы этого решения представляют заключение Суда следующим образом:

«Суд заявил, что, что межправительственный (дипломатический) путь решения имущественных вопросов в случае реституции или репарации в некоторых случаях может быть для граждан простейшим способом возвращения своей собственности, но это не следует понимать как отказ в доступе для тех, кто желает воспользоваться обычной судебной процедурой. Соответственно, доступ в суды для индивидуальных иностранных граждан остается открытым согласно международному праву и российской Конституции»³.

4.44. Кстати, принцип использования внутренних способов обжалования до обращения к дипломатической защите как раз основан на тезисе, согласно которому потерпевшее частное лицо может и должно сначала попытаться получить возмещение за нарушение международного права в рамках внутреннего законодательства государства, ответственного за это нарушение.

Похоже, этот нюанс ускользнул от внимания японских судов, которые отклонили претензии к японскому государству ассоциаций бывших военнопленных, которых удерживали японские силы во время Второй мировой войны. По мнению этих судов, частное лицо не может найти в ст. 3 Гаагской конвенции IV 1907 г. никаких оснований для непосредственного права на возмещение и обязательно должно прибегнуть к... дипломатическому покровительству государства происхождения. Это означает, по определению, что данное

¹ U. S. Crt. of App., D. C. Cir., 1 July 1994, *ILM*, 1994, p. 17; после этого разбирательства США и ФРГ заключили 19 сентября 1995 г. соглашение о выплате компенсации американским гражданам, которые преследовались нацистами по национальным, религиозным или политическим причинам. *ILM*, 1996, pp. 193–198; в том же смысле: решение 1994 г., S. D. Iowa, 1998, *Fischel v. BASF*, résumé par R. D. Neubauer, *YIHL*, 1999, p. 428.

² Резюме текста И. Блищенко и Ж. Дорья: *YIHL*, 1999, p. 406.

³ *Ibid.*

лицо сначала должно подать иск в суды государства-ответчика и, следовательно, что оно имеет право международного характера, реализации которого может добиваться непосредственно (см. выше, п. 1.223)!

Построено ли рассуждение японских судов на том, что исчерпание возможностей внутригосударственных средств правовой защиты может ограничиваться только соблюдением внутреннего законодательства¹? Это означало бы забвение того, что данная норма тесно связана с установлением дипломатической защиты и что последняя определяется как право государства «защищать своих граждан, пострадавших от действий, противных международному праву, которые совершаются другим государством, от которого они не смогли добиться удовлетворения своих претензий обычными средствами». Иными словами, государство имеет право «добиваться в лице своих граждан уважения международного права»² (другие ссылки см. выше, п. 1.223).

Что касается исков, поданных в Японии и против Японии корейками и филиппинками, которых японская армия использовала в качестве сексуальных рабынь во время Второй мировой войны, суд удовлетворил требование первых и присудил каждой по 300 тысяч иен компенсации³, однако вторым было отказано, другим судебным решением, на основании все того же тезиса, согласно которому ст. 3 Гаагского положения не имеет непосредственного действия⁴. Такой же была участь апелляции и аналогичных исков⁵. Эти решения были подвергнуты критике «народным трибуналом», организованным несколькими НПО в Токио под председательством бывшего судьи МТБЮ К. Макдональда⁶.

4.45. Бесспорно, ссылка на то, что внутренние способы правовой защиты исчерпаны, чаще всего делается в связи с нарушениями, совершенными государством в ущерб иностранцам, находящимся *на его территории*. Однако это достаточно редкое явление в гипотетической ситуации вооруженного конфликта, и оно не означает, что действие данной нормы

«исключалось бы в случае ущерба, причиненного государством иностранным частным лицам вне пределов его территории»⁷.

Это мнение оспаривалось в прошлом некоторыми авторами⁸, но Комиссия международного права считает, что частные лица, ставшие жертвами нарушения права вооруженных конфликтов, имеют все основания требовать возмещения ущерба непосредственно от государства, несущего ответственность за нарушение, — разумеется, при наличии у них эффективных внутригосударственных средств правовой защиты.

¹ D'ARGENT, P., *op. cit.*, p. 776.

² *Concessions Mavrommatis*, 30 août 1924, CPJI, *Série A n° 2*, p. 12.

³ Yamaguchi Distr. Ct., 27 apr. 1998, *Korean ex-«comfort women» v. Japan*, résumé par H. KASUTANI in *YIHL*, 1999, p. 389.

⁴ Tokyo Distr. Ct., 9 Oct. 1998, *Filipino ex-«comfort women» v. Japan*, résumé par H. KASUTANI, *ibid.*, p. 390.

⁵ Tokyo High Ct., 30 Nov. and 6 Dec. 2000, résumé par H. KASUTANI et S. IWAMOTO, in *YIHL*, 2000, pp. 543–544.

⁶ *Ibid.*, p. 545.

⁷ *Ann. CDI*, 1977, II, 2^e partie, p. 45 § 38.

⁸ PARRY, Cl., «Some Considerations upon the Protection of Individual in International Law», *RCADI*, 1956, II, T. 90, p. 688; AMERASINGHE, C. F., *State responsibility for Injuries to Aliens*, Oxford, Clarendon Press, 1967, pp. 185–187.

Так, законодательство некоторых государств исключает компетенцию судьи национального суда в отношении исков, основанных на актах войны, которые можно вменить этим государствам (например, США)¹.

4.46. На практике нередко случалось так, что бывшие враги заключали после войны специальные соглашения, предусматривающие механизмы рассмотрения исков о возмещении². Когда такие соглашения регулируют компенсацию частным лицам со стороны государства, ответственного за ущерб, или его граждан, апелляции против первого и вторых более не принимаются к рассмотрению³. Так, в связи с кувейтским конфликтом Совет Безопасности создал Фонд и Комиссию по выплате компенсаций с целью обеспечить возмещение Ираком

«любых прямых потерь, ущерба, причиненного в результате незаконного вторжения Ирака и оккупации им Кувейта»⁴.

Требования о возмещении убытков направляются Комиссии по выплате компенсаций правительствами вне зависимости от того, от кого они исходят: физических⁵ или частных юридических лиц⁶.

Возможно, вследствие именно такого рода практики и создалось впечатление, что частные лица, понесшие убытки, не могут обращаться непосредственно к государству, ответственному за причиненный ущерб. Однако небезынтересно отметить, что некоторые соглашения прямо предусматривают за лицами, понесшими убытки, право подавать иск в индивидуальном порядке. Так, соглашение от 28 сентября 1960 г. между Бельгией и ФРГ о пособиях бельгийским подданным, ставшим объектом нацистских преследований, предусматривало выплату Бельгии компенсации в качестве возмещения ущерба, причиненного бельгийским жертвам нацизма (ст. 1)⁷. Это соглашение было необходимо, потому что *in casu* немецкое законодательство исключало любое возмещение убытков лицам,

¹ U.S. Ct. of App., 9th Cir., 8 Oct. 1992, *Koohi, ILR*, 99, pp. 83 ss.

² Об учреждении смешанных арбитражных судов см. Версальский договор 1919 г. (ст. 304) и Лозаннский договор (ст. 92 и сл.); о создании посреднических комиссий см. мирный договор с Италией 1947 г. (ст. 83); см. также мирный договор, заключенный союзными державами с Японией 8 сентября 1951 г., в частности ст. 14 и сл.: *M. B.*, 5 septembre 1952 et 27 juin 1953; *RTNU*, 136, p. 45.

³ US Distr. Ct., N.D. Cal., 21 Sept. 2000, *in re World War II Era Japanese Forced Labor Litigation*, rapporté par R. D. NEUBAUER, *YIHL*, 2000, p. 613.

⁴ Рез. СБ ООН S/Res. 687, 3 апреля 1991 г., пп. 16 и 18; документы см., в частности: *The United Nations Compensation Commission*, ed. by M. FRIGESSI DI RATTALMA and T. TREVES, The Hague, Kluwer, 1999, 320 p.; комментарий см.: COTTEREAU, G., «De la responsabilité de l'Irak selon la résolution 687 du Conseil de sécurité», *AFDI*, 1991, pp. 99 ss.; D'ARGENT, P., «Le Fonds et la Commission de compensation des NU», *RBDI*, 1992, pp. 485–518; см. также: рез. СБ ООН 692, 20 мая 1991 г.

⁵ Доклад Генерального секретаря ООН от 2 мая 1991 г., док. ООН S/22559, § 21; lettre du 2 août 1991 du Président du Conseil d'adm. des NU du Fonds d'indemnisation au Président du Conseil de sécurité, Annexe II, § 19 *in* док. ООН S/22885; опубликовано: *ILM*, 1991, pp. 1708 et 1713; Décision n° 7 de la Commission du Fonds d'indemnisation des NU, 28 novembre 1991, revue le 16 mars 1992, § 12, *in* док. ООН S/23765, Annex, *in ILM*, 1992, p. 1046.

⁶ Décision n° 7 précitée, § 26, *loc. cit.*, p. 1049.

⁷ Ст. 1: «1. Федеративная Республика Германия уплатит Королевству Бельгия сумму в 80 миллионов немецких марок для бельгийских подданных, подвергнутых мерам преследования национал-социалистами по расовым, профессиональным и идеологическим причинам и претерпевших в результате этого посягательства на свои свободу и здоровье, а также для наследников этих лиц, скончавшихся в результате применения к ним этих мер преследования. 2. Распределение вышеупомянутой суммы будет оставлено на усмотрение правительства Королевства Бельгии», *M. B.*, 2 sept. 1961.

не проживавшим в Германии¹. Однако в ст. 3 уточнялось, что данное положение составлено без ущерба для возможных законных требований бельгийских подданных², что, несомненно, подтверждает право жертв ссылаться непосредственно на международное право перед судами государства-ответчика.

В случае кувейтского конфликта индивидуальные иски также допускаются. Хотя вышеупомянутый Фонд по выплате компенсаций открыт только для правительств и международных организаций³, Комиссия по управлению Фондом не наделена какими-либо исключительными полномочиями⁴. Таким образом, нет абсолютно никаких препятствий для частных лиц, понесших убытки в результате конфликта, в свою очередь предъявлять иски либо в иракских судах, либо в судах страны происхождения⁵. Чтобы избежать двойного возмещения за один и тот же ущерб, Комиссия предложила иракскому и другим правительствам информировать ее об исках, рассматриваемых в судах соответствующих стран, и о компенсациях, выплачиваемых истцам⁶.

4.47. В соответствии с мирным соглашением, заключенным между Эфиопией и Эритреей 12 декабря 2000 г. в городе Алжир, была учреждена обязательная арбитражная комиссия для рассмотрения жалоб как одного из правительств на другое, так и граждан (физических и юридических лиц) одной стороны против другой стороны или образования, принадлежащего этой стороне (ст. 5, п. 1). Кроме того, каждая сторона может подавать жалобы от имени потерпевших, имеющих гражданство другой стороны (ст. 5, п. 9). Компетенция *ratione materiae* Комиссии ограничивается ущербом, причиненным подателю жалобы в результате нарушений международного гуманитарного права или других нарушений международного права, за исключением жалоб, касающихся расходов, связанных с проведением военных операций или с применением силы, но — повторим это еще раз — если это не касается нарушений международного гуманитарного права (ст. 5, п. 2)⁷. В своих решениях от 17 августа 2009 г. Комиссия установила размер компенсации, которую каждая из сторон должна выплатить другой. Так, Эфиопии было назначено выплатить Эритрее примерно 163 млн долларов, а Эритрее — около 174 млн долларов в пользу Эфиопии в порядке возмещения за нарушения международного гуманитарного права, совершенные обеими странами, в том числе за нарушения *jus ad bellum*, совершенные Эритреей в отношении Эфиопии⁸.

¹ D. P., Chambre, 693 (1960–1961), n° 1, pp. 1–2.

² Ст. 3: «Путем выплаты, предусмотренной в ст. 1, все вопросы, являющиеся предметом настоящего соглашения, в отношениях между Королевством Бельгия и Федеративной Республикой Германия будут окончательно разрешены без ущерба для возможных законных требований от бельгийских подданных».

³ Décision n° 7 précitée, §§ 12, 26, 30 ss., in *ILM*, 1992, pp. 1046 ss.

⁴ Упомянутый выше доклад Генерального секретаря ООН от 2 мая 1991 г., п. 22: *ILM*, 1991, p. 1709.

⁵ *Ibid.*; England, High Crt, Queen's Bench Division, 16 Apr. 1992, *Kuwait Airways Corp. v. Iraqi Airways Cy. and Irak*, *ILR*, 103, p. 259.

⁶ Décision n° 13 du C. A. de la Commission d'indemnisation des NU, 29 septembre 1992, док. ООН S/24611, Annexe II, *ILM*, 1991, pp. 1069–1070.

⁷ Опубликовано: *DAI*, 2001, p. 704.

⁸ См. решения на сайте Постоянного арбитражного суда, www.pca-cpa.org.

4.48. В деле о строительстве Израилем стены на оккупированной палестинской территории Международный суд неявным образом признал, что каждый палестинец, претерпевший вред в результате возведения Израилем стены на западном берегу реки Иордан, имеет право в индивидуальном порядке потребовать возмещения от Израиля, заявив, что

«Израиль обязан произвести возмещение ущерба, причиненного *всем* затронутым физическим или юридическим лицам»¹ (*курсив автора*)

Суд еще два раза повторил в других местах своего Консультативного заключения, что «все физические и юридические лица», понесшие убытки, должны получить компенсацию за ущерб, причиненный в результате возведения стены². Иными словами, не будет преувеличением считать, что Консультативное заключение подтверждает право частных лиц на возмещение ущерба от нарушений МГП.

2. Последствия ответственности

4.49. В принципе последствия ответственности, возникающей в результате нарушения права вооруженных конфликтов, не отличаются от последствий международно-противоправного деяния вообще: сохранение обязанности государства выполнить свое обязательство, прекращение нарушения, полное возмещение ущерба натурой или путем выплаты суммы, соответствующей стоимости, предоставление сатисфакции³.

В деле о стене Международный суд напомнил эти принципы:

- обязательство в отношении соблюдения права палестинского народа на самоопределение и обязательства по международному гуманитарному праву и международным стандартам в области прав человека;
- обязанность прекратить нарушения международного права в результате строительства стены, что предполагает «немедленный демонтаж» тех частей этой конструкции, которые находятся на оккупированной палестинской территории, отмену законодательных и подзаконных актов, принятых с целью ее строительства и введения связанного с нею режима;
- «обязанность произвести возмещение ущерба, причиненного *всем* затронутым физическим или юридическим лицам», либо вернув землю, сады, оливковые рощи и другое недвижимое имущество, изъятое у физических или юридических лиц для целей строительства стены, либо «выплатив указанным лицам компенсацию за причиненный ущерб»⁴ (см. также Обычное МГП, норма 150).

¹ Консультативное заключение Международного суда о правовых последствиях строительства стены на оккупированной палестинской территории, *CJ, Rec. 2004*, § 152.

² *Ibid.*, §§ 152–153.

³ Проект статей об ответственности государств за международно-противоправные деяния. Доклад Комиссии международного права, 2001 г., ст. 28 и сл., *Rapport CDI 2001*, pp. 229 ss.

⁴ Консультативное заключение от 9 июля 2004 г., *CJ, Rec. 2004*, §§ 149–153.

Теоретически воюющее государство обязано обеспечить *полное* возмещение вреда, причиненного его противоправным деянием. При этом, естественно, это происходит без ущерба для возможного разделения ответственности, если того требуют конкретные обстоятельства дела¹, или уменьшения объема возмещения, если жертва содействовала причинению вреда². Именно так поступила Комиссия по рассмотрению жалоб Эритреи и Эфиопии при определении объема ущерба, нанесенного одной стороне незаконными действиями или бездействием другой. Например, объем возмещения за непринятие сторонами мер для предотвращения грабежей и уничтожения имущества другой стороны был сокращен с учетом ущерба в результате боевых действий³.

В деле о правовых последствиях строительства Израилем стены на оккупированной палестинской территории Генеральная Ассамблея ООН попросила Генерального секретаря составить реестр ущерба в результате возведения стены⁴, что и было им сделано 11 января 2005 г., однако ведение этого реестра требует участия Израиля⁵, а он не проявляет большой готовности сотрудничать...

В случае Дарфура Международная следственная комиссия ООН предложила Совету Безопасности создать Комиссию по выплате компенсаций, чтобы жертвы смогли получить возмещение ущерба, причиненного преступлениями, ответственность за которые несут суданское правительство или повстанцы⁶.

После войны в Газе в декабре 2008 г. — январе 2009 г. Комитет по правам человека предложил своему председателю⁷ учредить 3 апреля 2009 г. комиссию по расследованию нарушений прав человека и МПП, совершенных в период с 27 декабря 2008 г. и 18 января 2009 г. в ходе военных операций, осуществлявшихся Израилем против сектора Газа. Комиссия под председательством Ричарда Голдстоуна, бывшего судьи Конституционного суда ЮАР и бывшего обвинителя Международных уголовных трибуналов по бывшей Югославии и по Руанде, которую обычно называют «Комиссия Голдстоуна», заключила, что Израиль обязан возместить ущерб, причиненный противоправными деяниями:

«(...) международное право требует, чтобы государство, ответственное за международно-противоправное деяние, предоставило возмещение и компенсацию потерпевшему. Насколько известно Миссии, на сегодняшний день Израиль рассматривал возможность выплаты компенсации только ООН за ущерб, причиненный персоналу ООН и его имуществу, но не признавая своей ответственности (ссылка не приводится). По крайней мере, аналогичная компенсация должна быть предложена палестинским частным лицам»⁸.

¹ Eritrea Ethiopia Claims Commission, Partial Award, *Central Front Eritrea's Claims*, 2, 4, 6–8 & 22, 28 Apr. 2004, V, D, www.pca-cpa.org/ILM, 2004, pp. 1271.

² UN Claims Commission, «F4» Claims, 18 Dec. 2003, §§ 47–48, *ILM*, 2004, p. 714.

³ Eritrea/Ethiopia Claims Commission, Partial Award, *Western Front Eritrea's Claims*, 1, 3, etc, 19 Dec. 2005, §§ 36, 39, www.pca-cpa.org.

⁴ Рез. ГА ООН ES- 10/15, 20 июля 2004 г., п. 4.

⁵ Communiqué de presse des NU AG/1488.

⁶ Док. ООН S/2005/60, 1 февраля 2005 г., пп. 590–603.

⁷ Резолюция Комитета по правам человека S-9/1.

⁸ *Report of the United Nations Fact Finding Mission on the Gaza Conflict*, док. ООН A/HRC/12/48, 15 сентября 2009, с. 518, § 1665.

Однако Комиссия опасается, что это заключение не будет иметь никаких последствий, поскольку Израилем были приняты законодательные меры, утверждающие иммунитет государства в отношении любых требований, исходящих от граждан неприятельских государств и членов «террористических организаций» и касающихся возмещения ущерба в результате актов войны¹.

4.50. Одна из главных трудностей для процедуры возмещения состоит в доказывании истинности заявлений каждой из сторон: в ситуации боевых действий, когда населенные пункты несколько раз переходят из рук в руки, очень сложно установить, кто несет ответственность за разрушения, грабеж и другие злоупотребления². Иногда приходится исходить из предположений: например, если доказано, что то или иное имущество было в целости до оккупации и найдено уничтоженным после оккупации, ответственность за это может быть вменена оккупирующей державе³. В иных случаях свидетельские показания, которые не были опровергнуты, или отказ сотрудничать в установлении истины могут сыграть важнейшую роль в прояснении картины⁴. Здравый смысл и правдоподобие также могут сыграть свою роль, хотя они и менее убедительны⁵.

4.51. В деле о применении Конвенции о геноциде Босния и Герцеговина утверждали, что Сербия несет ответственность за геноцид, совершенный после взятия анклава Сребреница в июле 1995 г. сербскими силами Боснии. А Международный суд заявил, что «в подтверждение таких чрезвычайно тяжких обвинений должны быть представлены факты, обладающие полной доказательной силой»⁶. Суд также принял во внимание, что

«доказательства, полученные путем перекрестного допроса непосредственно затронутых лиц, которому они были подвергнуты судьями, имеющими опыт в расследовании и оценке больших объемов фактической информации, иногда технического характера»⁷.

Это побудило Международный суд придать особое значение решениям МТБЮ⁸. Он надлежащим образом учел и доклад Генерального секретаря ООН «Падение Сребреницы» (документ ООН A/54/549), учитывая «тщательность, с которой был составлен доклад, разнообразие использованных источников и независимость лиц, которым было поручено его составление»⁹.

¹ *Report of the United Nations Fact Finding Mission on the Gaza Conflict*, док. ООН A/HRC/12/48, 15 сентября 2009, с. 518, §§ 1668 ss.

² Eritrea/Ethiopia Claims Commission, Partial Award, *Central Front Eritrea's Claims*, 2, 4, 6–8 & 22, 28 Apr. 2004, §§ 44 ss., [www.pca-cpa.org/ et ILM](http://www.pca-cpa.org/et/ILM), 2004 pp. 1258 ss.

³ *Id.*, §§ 62–72, 77–78, 95–103, 112–114; *ibid.*, pp. 1261 ss.

⁴ *Ibid.*, §§ 80–81; *id.*, Partial Award, Central Front Ethiopia's claim, 28 Apr. 2004, §§ 55, 62, 74 ss., 107, 112, *ILM*, 2004, pp. 1264, 1287 ss., 1295 s.

⁵ *Id.*, Partial Award, *Central Front Ethiopia's Claim 2*, 28 Apr. 2004, § 73, *ibid.*, p. 1290.

⁶ *CJ, Rec. 2007*, § 209.

⁷ *Aff. RDC/Ouganda citée ibid.*, § 213.

⁸ *Ibid.*, §§ 223–224.

⁹ *Ibid.*, §§ 228–230.

Однако при этом возникла особая проблема: Босния и Герцеговина настаивали на том, чтобы Суд заставил Сербию предъявить в соответствии со ст. 49 Статута не подвергнутые цензуре документы, которые, по мнению Боснии и Герцеговины, доказывали реальность связей между Сербией и властями Республики Сербской. Суд не счел возможным удовлетворить эту просьбу «ввиду обилия доказательств, уже полученных Боснией и Герцеговиной, в том числе из легкодоступных материалов МТБЮ»¹. При этом Суд заявил, что если он не располагает полными текстами некоторых документов, «он вправе сделать тогда свои собственные заключения»².

4.52. В деле о стене Международный суд выявил два типа последствий, которые в большей степени присущи праву вооруженных конфликтов, но не обязательно являются его атрибутом, а именно двойная обязанность третьих государств:

- не признавать нарушения международного права, совершенные Израилем;
- принять меры к тому, чтобы Израиль соблюдал международное гуманитарное право³.

Обязанность непризнания, по мнению Суда, связана с тем, что основополагающие нормы МГП носят «по сути» характер *erga omnes*. Если обязанность *erga omnes* просто является обязанностью, связывающей все государства, вывод Суда представляется малоубедительным, поскольку хорошо известно, в том числе и Суду, что общие нормы международного права, связывающие все государства, не исключают того, что некоторые государства отступают от них в своих взаимоотношениях в силу относительности международного права. Чтобы понять истинное намерение Международного суда, несомненно, следует видеть в выражении «обязанности *erga omnes*» своего рода ссылку на императивные нормы международного права (*jus cogens*), что, кстати, соответствует тому, что Суд ссылается на часть своего Консультативного заключения, касающегося ядерного оружия, где он квалифицировал нормы МГП как «нерушимые принципы международного обычного права»⁴.

Поэтому Суд имеет основания заявить:

«Учитывая характер и важность затрагиваемых прав и обязательств, все государства обязаны не признавать незаконного положения, возникшего в результате строительства стены на оккупированной палестинской территории (...)»⁵.

¹ Aff. *RDC/Uganda* citée *ibid.*, § 206.

² *Ibid.*

³ *Ibid.*, §§ 158–159.

⁴ *Ibid.*, § 157.

⁵ *Ibid.*, § 159.

4.53. Что касается обязанности принять меры к тому, чтобы Израиль соблюдал международное право, Суд справедливо ее выводит из ст. 1, общей для четырех Женевских конвенций, обязывающей все государства-участники «заставлять соблюдать» эти Конвенции.

Международный суд на этом не останавливается и заключает, что Организация Объединенных Наций, и особенно Генеральная Ассамблея и Совет Безопасности, должны проработать вопрос о том, какие еще необходимы меры для «прекращения незаконного положения, возникшего в результате строительства стены и введения связанного с нею режима»¹.

4.54. На практике часто случается так, что государство, развязавшее вооруженный конфликт, привлекается к ответственности в объеме, соответствующем его возможностям возместить ущерб². Так, говоря о заключении в Сан-Франциско мирного соглашения с Японией в 1951 г., министр иностранных дел Нидерландов напомнил, что наученные опытом Первой мировой войны Соединенные Штаты не хотели требовать от Японии репараций, которых она не сможет выплатить и которые способствовали бы сохранению враждебности между победителями и побежденными³. Однако трудно представить, чтобы нарушение права вооруженных конфликтов не повлекло за собой полного возмещения ущерба⁴. Но все это лишь в теории. На практике вопрос решается несколько по-другому: за «чрезмерные страдания», причиненные японцами нидерландским военнопленным и интернированным гражданским лицам, Япония должна была выплатить компенсацию каждому военнопленному в размере 264 гульдена. По особому соглашению от 13 марта 1956 г. Нидерланды получили от Японии сумму, позволяющую выплатить каждому интернированному гражданскому лицу⁵ компенсацию в размере 415 гульденов — сумму, незначительную и для того времени.

Иногда возмещения приходится ждать долго: 17 июля 2000 г. правительство ФРГ и немецкие фирмы заключили с США, Израилем, рядом других заинтересованных государств и различными частными организациями об учреждении фонда с капиталом 10 миллиардов марок для возмещения ущерба жертвам (или их наследникам) за принудительный труд и принудительные медицинские эксперименты, а также лицам, которым был причинен имущественный ущерб германскими фирмами во время Второй мировой войны⁶.

¹ Aff. *RDC/Ouganda citée ibid.*, § 160.

² TRANH VAN MINH, *op. cit.*, pp. 7–8 et les réf.

³ Послание министра иностранных дел Нидерландов парламенту этой страны (24 мая 1991 г.), цит. по: SIEKMANN, R.C.R., «Netherlands State Practice for the Parliamentary Year 1990–1991», *NYIL*, 1992, p. 379.

⁴ В качестве примера оценки незаконно нанесенного ущерба см. доклад экспертов, подготовленный по просьбе Генеральной Ассамблеи ООН по вопросу разрушений, причиненных Израилем сирийской деревне Кунейтра в период нахождения в ней израильских войск в 1974 г., док. ООН A/32/284, 27 октября 1977 г., прил. II.

⁵ In SIEKMANN, *op. cit.*, p. 381.

⁶ «Contemporary Practice of the US relating to International Law», ed. by S.D. MURPHY, *AJIL*, 2000, pp. 682–687; texte in *ILM*, 2000, pp. 1298–1305.

В Бельгии закон о возмещении ущерба членам еврейской общины Бельгии за имущество, которое было у них изъято или которое они были вынуждены оставить во время войны 1940–1945 гг.¹ принят 20 декабря 2001 г.

В отношении конфликта в Кувейте правление Фонда по выплате компенсаций решило, что лица из состава коалиционных вооруженных сил не получают никаких выплат из Фонда в качестве компенсации за ущерб, понесенный в результате участия в этой операции, за исключением тех, кто оказался в плену у иракцев и подвергся жестокому обращению в нарушение норм международного гуманитарного права² (см. выше, п. 1.14).

В целом Комиссия по выплате компенсаций установила относительно низкий «потолок» компенсаций, выплачиваемых лицам, пострадавшим в том конфликте: 30 тыс. долларов семье убитого; 15 тыс. долларов — за потерянную конечность или увечье, из-за которого эта конечность перестала действовать, и т. д.³, не уточняя, является ли данный ущерб следствием дозволенного акта войны или нет⁴. Указанные суммы контрастируют с примерно 10 млн долларов, полученными правопреемниками умершего под пыткой в Парагвае 17-летнего парагвайца Х. Филартиги. Это явилось результатом выигранного в судах США родственниками жертвы гражданского процесса против палача, замучившего молодого человека⁵. Что касается бывшего лидера боснийских сербов Караджича, он был приговорен американскими судами к выплате в порядке возмещения и штрафных санкций, с одной стороны, 745 млн долларов и, с другой стороны, 4,5 млрд долларов истцам, которые стали жертвами серьезных нарушений международного гуманитарного права⁶.

Принцип возмещения, ограниченного платежеспособностью ответственного за ущерб государства, напомнила и применила Комиссия по рассмотрению жалоб Эритреи и Эфиопии, которая подчеркнула необходимость избегать таких санкций в отношении государства-нарушителя, которые поставили бы под сомнение его способность удовлетворить основные потребности своего населения. Эритрее, которая требовала возмещения в размере 7,4 млрд долларов, и Эфиопии, которая оценивала понесенный ею ущерб в 6,9 млрд долларов (стороны получили примерно половину этих сумм, см. выше, п. 4.47), Комиссия заявила:

«Присуждение компенсации в размере, которого добивается каждая из сторон, создало бы непосильное бремя для экономики и населения другой стороны, несмотря на обязательства, принятые на себя обеими сторонами в соответствии с конвенциями»⁷.

¹ М. В., 24 janvier 2002.

² Décision n° 11, 26 juin 1992, док. ООН ONU S/24363, 30 июля 1992 г., прил. II; *ILM*, 1992, pp. 1067–1068; см. также: док. ООН ONU S/1994/409, 8 апреля 1994 г., прил. III и *ILM*, 1993, p. 253.

³ Décision n° 8, 24 janvier 1992, док. ООН S/24589, прил. 1, *ILM*, 1992, p. 1036.

⁴ О взаимосвязи между вооруженным конфликтом и причинением вреда в ходе войны в Кувейте см. рекомендации совещания экспертов Компенсационной комиссии ООН, док. ООН S/AC.26/1994/1, 26 мая 1994 г., II, В et *ILM*, 1995, pp. 284–289; о доказательстве убытков см. *ibid.*, III et *ILM*, 1995, pp. 289–299; также док. ООН S/AC.26/1994/2, 21 октября 1994 г., II et *ILM*, 1995, pp. 313–314, 337–340.

⁵ N. Y. District Ct., E. D., 10 January 1984, *ILR*, 77, pp. 186 ss.; voy. aussi U. S. Ct. of App., 2nd Cir., 30 June 1980, 9th Cir., 21 Oct. 1992, in re *Estate of F. E. Marcos Human Rights Litigation*, *ILM*, 1993, *Ibid.*, pp. 178 ss.; *id.* p. 108, n. 4.

⁶ S. D. N. Y., 13 June 2000, *Doe v. Karadzic*, et 25 Sept. 2000, *Karadzic v. Kadic*, rapporté par A. McDONALD, *YIHL*, 2000, p. 614.

⁷ Eritrea and Ethiopia's Damages Claims, 17 Aug. 2009, § 22, www.pca-cpa.org.

В конкретном случае возмещения в пользу Эфиопии, которое должно быть взыскано с Эритреи за нарушение *jus ad bellum*, Комиссия констатировала, что по своим масштабам это нарушение уступает тем, которые были совершены во время Второй мировой войны, вторжения в Южную Корею в 1950 г. или в Кувейт в 1990 г.:

«...данное нарушение отличалось по масштабу и характеру от агрессивного использования силы в момент развязывания Второй мировой войны, во время вторжения в Южную Корею в 1950 г. и иракского вторжения в Кувейт и его оккупации в 1990 г.»¹.

Комиссия заявила также:

«Зная о негативных последствиях репараций по Версальскому договору, большинство государств стремились к тому, чтобы программы компенсации и репарации сами не подрывали усилия по установлению прочного мира. Комиссия была бы глубоко озабочена, если бы ее усилия по выполнению мандата, возложенного на нее сторонами, повлекли дальнейшее ухудшение их взаимоотношений и отрицательно сказались бы на перспективах достижения прочного мира»².

Поэтому Комиссия установила меньшие объемы компенсаций, исходя из объективно констатированного ущерба: 45 млн долларов за принудительные перемещения населения, 8,5 млн долларов за убийства и ранения, 9,5 млн долларов за материальный ущерб постройкам.

4.54a. Решения Комиссии по рассмотрению жалоб Эритреи и Эфиопии, касающиеся возмещения убытков в результате конфликта между этими государствами в 1998–2000 гг., представляют собой, насколько известно автору, первую в юриспруденции попытку кодифицировать принципы возмещения за такого рода ущерб. Эти принципы возмещения охватывают:

- условия возмещения (*a*);
- характер ущерба (*b*);
- порядок оценки ущерба (*c*);
- характер возмещения (*d*).

a) Условия возмещения

4.54b. Как указано выше, возмещение не должно превышать платежеспособность государства-ответчика (см. выше, п. 4.54).

4.54c. Между предположительно имевшим место нарушением и возмещением должна существовать причинно-следственная связь, достаточная для того, чтобы послужить обоснованием обязанности компенсировать ущерб; нарушение

¹ Ethiopia's Damages Claims, 17 Aug. 2009, § 312, *ibid*.

² *Id.*, § 315, *ibid*.

должно быть «непосредственной причиной» вреда, причинение которого имелись разумные основания предвидеть:

«Компенсация может быть присуждена за ущерб, имеющий достаточную причинно-следственную связь с поведением, нарушающим международное право. (...). Необходимая связь лучше всего характеризуется посредством номенклатуры «непосредственных причин». Оценивая степень соответствия этому критерию и наличие достаточно четко прослеживаемой цепи причинности, Комиссия будет устанавливать, имелись ли у актора, совершающего международно-противоправное деяние, разумные основания предвидеть причинение ущерба»¹.

В комментарии к ст. 31 своего Проекта статей о международной ответственности государств за международно-противоправные деяния в части, касающейся обязанности возместить ущерб, Комиссия международного права изложила те же критерии в обоснование обязанности возмещения ущерба².

b) Характер ущерба

4.54d. Ущерб, подлежащий возмещению, по решению Комиссии, может быть следующим: ущерб здоровью, материальный ущерб, экономический и культурный ущерб: изнасилования³, утрата и уничтожение имущества⁴, убийства и ранения⁵, незаконное лишение свободы⁶, незаконная высылка⁷, создание неудовлетворительных условий содержания⁸ и перевозки⁹, посягательства на культурные ценности¹⁰, нападения на дипломатические представительства¹¹, нарушения *jus contra bellum*¹², принудительная пропагандистская обработка военнопленных¹³, лишение пищи, медицинской помощи надлежащих условий размещения, отсутствие охраны личных вещей военнопленных¹⁴, создание препятствий для их репатриации¹⁵, препятствование образованию и медицинскому обслуживанию гражданского населения¹⁶, упущенная выгода в результате потери работы¹⁷.

¹ Eritrea and Ethiopia's Damages Claims, § 39, *ibid.*

² *Rapport CDI*, 2001, p. 245.

³ Eritrea's Damages Claims, §§ 236 ss.; Ethiopia's Damages Claims, §§ 104 ss., *loc. cit.*

⁴ Eritrea's Damages Claims, §§ 57 ss., 331 ss.; Ethiopia's Damages Claims, §§ 118 ss., 256 ss., *loc. cit.*

⁵ Eritrea's Damages Claims, §§ 236 ss.; Ethiopia's Damages Claims, §§ 158, 244, 255, 389 ss. *loc. cit.*

⁶ Eritrea's Damages Claims, §§ 375 ss.; Ethiopia's Damages Claims, §§ 250 ss., *loc. cit.*

⁷ Eritrea's Damages Claims, §§ 244, 300 ss.; Ethiopia's Damages Claims, §§ 328 ss., *loc. cit.*

⁸ Eritrea's Damages Claims, § 227; Ethiopia's Damages Claims, §§ 250 ss., *loc. cit.*

⁹ Eritrea's Damages Claims, § 227; Ethiopia's Damages Claims, §§ 261 ss., *loc. cit.*

¹⁰ Eritrea's Damages Claims, §§ 222 ss., *loc. cit.*

¹¹ Eritrea's Damages Claims, §§ 384 ss.; Ethiopia's Damages Claims, §§ 266 ss., *loc. cit.*

¹² Ethiopia's Damages Claims, §§ 290 ss., *loc. cit.*

¹³ Eritrea's Damages Claims, § 227 ss., *loc. cit.*

¹⁴ *Id.*, *ibid.*

¹⁵ *Id.*, *ibid.*

¹⁶ Eritrea's Damages Claims, §§ 204 ss., 208 ss., *loc. cit.*

¹⁷ Ethiopia's Damages Claims, §§ 239 ss., *loc. cit.*

Эритрея также требовала компенсацию за общий упадок своей экономики в результате разрушения инфраструктуры: Комиссия не удовлетворила эту претензию ввиду отсутствия соответствующей судебной практики¹. Однако в нынешней судебной практике как раз присутствует тенденция, позволяющая отойти от этого ограничения. Так, Конвенция по кассетным боеприпасам (Дублин/Осло) обязывает государства-участники, «обладающие соответствующими возможностями», «оказывать помощь с целью способствовать экономическому и социальному восстановлению, необходимость которого обусловлена применением кассетных боеприпасов в затрагиваемых государствах-участниках» (ст. 6, п. 8). Конечно, это — новация, но о ней стоит упомянуть².

Стороны также требовали возмещения морального ущерба и косвенных убытков. Комиссия заняла по отношению к этим претензиям очень сдержанную позицию. Хотя моральный ущерб и может стать основанием для компенсации, когда возможно четко вычленить индивидуальных жертв, возмещение такого рода вреда мало подходит для ситуаций, когда ущерб причиняется всему населению:

«Большое подушевое возмещение за моральный ущерб может быть логичным и соответствовать некоторым ситуациям, когда значительный ущерб был причинен отдельным лицам или членам малых групп, которых можно идентифицировать. Нет разумных оснований распространять эту концепцию на ситуации, когда моральный ущерб был предположительно причинен всему населению больших территорий»³.

По мнению Комиссии, попытка квалифицировать этот ущерб на основе критериев его тяжести или количества членов семьи является произвольной и не имеет юридических оснований⁴.

Что касается косвенного ущерба («consequential damages»), Комиссии неизвестны прецеденты, и его возмещение не предусмотрено никакими правовыми системами. Поэтому трудно усмотреть в этом общий принцип права, применимый *in casu*⁵.

с) Порядок оценки ущерба

4.54е. Ущерб должен оцениваться на основе четких критериев, даже если трудно квалифицировать вред, нанесенный большому числу лиц, с точностью, которая присутствует в разбирательстве индивидуальных дел:

«Компенсация морального ущерба, которую присуждали трибуналы и суды Эфиопии, основывалась на тщательной оценке подробных материалов по индивидуальным делам. Такая оценка невозможна, когда претензия касается огромного числа предполагаемых жертв»⁶.

¹ Eritrea's Damages Claims, § 207, *loc. cit.*

² См. нашу статью «La Convention de 2008 sur les armes à sous-munitions», *RGDIP*, 2009, §§ 34–35.

³ Ethiopia's Damages Claims, §§ 61, 64, *loc. cit.*

⁴ *Ibid.*, § 63.

⁵ Eritrea's Damages Claims, § 203, *loc. cit.*

⁶ Ethiopia's Damages Claims, § 64, *loc. cit.*

Однако Комиссия намерена обеспечить компенсацию только за ущерб, размер которого доказан, в противном случае претензия отклоняется или ее объем сокращается, что и делалось неоднократно¹. Комиссия также учитывает, помимо таких переменных, как оценки международных инстанций относительно объема ущерба, невозможность с уверенностью определить частоту и масштаб ущерба², отнесение ущерба на счет сразу нескольких причин³.

d) Характер возмещения

4.54f. Возмещение, которое фигурировало в исках и которое предоставлялось, как правило, выступало в денежной форме (см. выше, пп. 4.47, 4.54). Однако когда ущерб носит нематериальный характер и не подлежит реституции или компенсации, надлежащей формой возмещения является сатисфакция в виде осуждения нарушения: так было в случае нарушений дипломатического иммунитета⁴ или незаконного лишения гражданства⁵.

4.55. Имеет ли право государство, понесшее убытки, быть, так сказать, само себе судьей, и само изъять в свою пользу имущество и активы ответственного за ущерб государства? Ответ будет отрицательным: в своем Проекте статей об ответственности государств Комиссия международного права предусматривает только право государства, понесшего ущерб, призвать к ответственности государство, совершившее противоправное деяние (ст. 42). Потерпевшее государство может само, так сказать, обеспечить свои интересы, в том числе посредством законных контрмер, только если государство, ответственное за ущерб, уклоняется от выполнения своей обязанности по возмещению (ст. 49 и сл.). Для этого нужно, чтобы потерпевшее государство сначала потребовало, чтобы ответственный за ущерб государство выполнило свою обязанность по возмещению, и только если оно от этого откажется, государство, понесшее ущерб, может прибегнуть к контрмерам (ст. 52), например, заблокировав или конфисковав активы ответственного государства.

4.56. Случается и так, что государство, совершившее противоправное деяние, отказывается признать свою ответственность, но соглашается компенсировать ущерб, причиненный потерпевшей стороне, в порядке меры *ex gratia*⁶.

¹ *Id.*, §§ 84, 159, 356; Eritrea's Damages Claims, §§ 70, 205, 215, 287 s., 302, 333, 336, 361, 388, 390, 418, *loc. cit.*

² Ethiopia's Damages Claims, §§ 135, 247; Eritrea's Damages Claims, § 205, *loc. cit.*

³ Ethiopia's Damages Claims, § 329, *loc. cit.*

⁴ Eritrea's Damages Claims, § 386 s.; Ethiopia's Damages Claims, § 269, *loc. cit.*

⁵ Eritrea's Damages Claims, § 288, *loc. cit.*

⁶ Так поступали, в частности, США; см.: CARNAHAN, В. in *YIHL*, 2000, p. 605.

II. НЕМЕЖДУНАРОДНЫЙ ВООРУЖЕННЫЙ КОНФЛИКТ

4.57. Принципы международной ответственности, применяемые к международным вооруженным конфликтам, применяются к немеждународным вооруженным конфликтам в той мере, в какой они регулируются международным правом, а действия, совершаемые в ходе этих конфликтов, составляют нарушения международного права, которые вменяются в вину государствам. Однако в связи с этим встают два конкретных вопроса.

- Распространяется ли конкретная ответственность государства за действия его вооруженных сил в международных вооруженных конфликтах на немеждународные вооруженные конфликты?
- Могут ли нести международную ответственность неправительственные вооруженные группировки, которые противостоят друг другу в немеждународном вооруженном конфликте?

А. Применимость к немеждународным вооруженным конфликтам принципов международных вооруженных конфликтов

4.58. Принципы ответственности, сформулированные в ст. 3 Гагской конвенции IV от 1907 г. и ст. 91 Дополнительного протокола I, распространяются только на ситуации международного вооруженного конфликта, поскольку источником их являются документы, рассматривающие исключительно такую ситуацию (см. выше, п. 4.5). Однако были случаи, когда эти принципы применялись к военным операциям, проводимым внутри страны и направленным на подавление мятежей. Так, в деле об иске Великобритании к Испанскому Марокко, где следовало установить ответственность Испании как государства-протектора части Марокко за ущерб, причиненный британским подданным в результате военных действий Испании против мятежных кабиллов, юриконсульт Макс Хубер, избранный сторонами для составления доклада по этому вопросу, счел, что ст. 3 Гагской конвенции 1907 г. применима к данному случаю, хотя речь и не шла о войне *stricto sensu*:

«Конечно, эта конвенция (Гагская) не может быть применена непосредственно ни к одной из ситуаций, которые должны стать предметом настоящего доклада, но принцип, провозглашенный ею в ст. 3, заслуживает того, чтобы его учитывать и в случае возможной военной акции вне рамок собственно войны»¹.

Отметим, что данное заключение было поставлено под сомнение в деле Кэр, при рассмотрении которого председатель франко-мексиканской комиссии, сославшись на приведенный выше отрывок, 7 июня 1929 г. заявил:

¹ Rapport du 1^{er} mai 1925, RSA, II, p. 645.

«Хотя мотивы, исходя из которых в 1907 г. германское правительство предложило, а другие правительства приняли принцип ответственности, упомянутый выше (в ст. 3 Конвенции 1907 г.), и могут послужить основанием *de lege ferenda* для принятия того же принципа и в отношении гражданских войн, по нашему мнению, следует признать, что государства, согласившись с применением этого принципа к международной войне, рассматривали его тогда как новый принцип ограниченного применения. Они вовсе не имели намерения признать его общую применимость во всех случаях, касающихся международной ответственности за действия, совершенные вооруженными силами (см. также доклад М. Л. Стризвера из Института международного права от 8 февраля 1926 г. — *Annuaire de l'Institut*, 1927, t. 1, pp. 455 et ss., в том числе 462–463 (...)).

Таким образом, если исходить из того, что действия, совершенные военнослужащими во время гражданской войны, еще не могут считаться попадающими под принцип, сформулированный в 1907 г. для международной войны, то решение спорных вопросов возможно только в свете общих принципов, регулирующих условия международной ответственности государств за действия своих должностных лиц вообще»¹.

Следовательно, в случае немеждународного вооруженного конфликта государству может вменяться только общеправовая ответственность, включающая в себя действия *ultra vires* его вооруженных сил, но не действия, совершенные лицами из состава этих вооруженных сил в частном порядке (см. выше, п. 4.13).

4.59. Тем не менее, даже когда речь идет о вооруженных силах, на государстве лежит особая ответственность проявлять осмотрительность и бдительность, чтобы вооруженные силы оставались в предписанных правовом рамках, как об этом напоминает судья в деле Кэр², приводя следующий отрывок из доклада М. Хубера в деле о британском иске:

«Следует считать, что государство обязано проявлять высокую бдительность, чтобы предупреждать нарушения дисциплины и военных законов лицами из состава вооруженных сил. Требование этой особой бдительности — не более чем дополнение к командным и дисциплинарным полномочиям военных начальников»³.

В. Проблема международной ответственности неправительственных вооруженных группировок

4.60. Эта проблема рассматривалась в первую очередь с точки зрения ответственности государства в случае восстания. Существующие решения известны: с одной стороны, государство не несет ответственности за нарушения международного права повстанцами, если им не удастся захватить власть. В этой ситуации действия повстанцев приравниваются к действиям частных лиц и, следовательно, в данном качестве не могут быть вменены в вину государству, которое отвечает

¹ *Décision du 7 juin 1929, RSA, V, p. 528.*

² *Ibid.*, p. 529.

³ *RSA, II, p. 645.*

только за действия своих органов (Проект статей об ответственности государств, ст. 14)¹. С другой стороны, в случае успеха восстания государство несет ответственность как за действия прежнего правительства, так и за действия повстанцев (там же, ст. 15)².

Быть может, с точки зрения логики эти принципы и незыблемы³, но они принимаются почти в неизменном виде и практиками, и теоретиками⁴.

4.61. Если с правовой точки зрения государство несет международную ответственность за действия повстанцев только при победоносном восстании, можно ли представить себе, что повстанческое движение будет обладать *собственной* международной ответственностью в случае поражения восстания? Комиссия международного права допустила это при рассмотрении в первом чтении своего Проекта статей об ответственности государств:

«Органы, входящие в структуры повстанческого движения и действующие от его имени, ни в каком смысле не являются органами государства (...) но в качестве органов повстанческого движения они могут предпринимать действия, вследствие которых само повстанческое движение, возможно, будет нести определенную международную ответственность...»⁵.

Комиссия международного права подтвердила свою позицию при рассмотрении Проекта во втором чтении⁶. Следовательно, сам принцип не вызывает сомнений, хотя он и не был включен в Проект статей, поскольку последний касался только ответственности государств⁷.

Известно, что нормы права вооруженных конфликтов связывают не только государства, но и всех тех, кто действует в рамках вооруженного конфликта или является его жертвой (см. выше, п. 1.218 и сл.). Таким образом, можно предположить существование *собственной* международной ответственности у повстанческого движения. Однако на практике это вряд ли играет существенную роль, так как либо движение одерживает победу, и тогда его международная ответ-

¹ *Ann. CDI*, 1975, II, pp. 97 ss.

² *Ibid.*, pp. 107 ss.

³ Если ответственность государства основывается на поведении тех, кто *утверждает*, что они представляют это государство, оно должно отвечать за действия, которые можно вменить и правительству, и повстанцам даже в случае поражения восстания, поскольку, как и правительство, повстанцы считают себя законными представителями государства или части государства, которую они контролируют: можно было бы убрать ст. 14 и сохранить только ст. 15 Проекта Комиссии международного права, которая применялась бы, кто бы ни одержал победу. Это позволило бы избежать применения двойного стандарта в зависимости от исхода восстания. Если же, наоборот, считать, что ответственность государства лежит на тех, кто его *действительно представляет*, презумпция репрезентативности должна быть обусловлена реальностью, а значит, надо исходить из того, кто оказался победителем, и тогда государство станет отвечать только за действия победившей стороны, будь то правительство или повстанцы. Тогда можно было бы сохранить ст. 14 и отказаться от ст. 15. И в том, и в другом случае возникла бы непростая проблема оценки «порога». С какого момента можно считать, что существует настоящее повстанческое движение? С какого момента правительство перестает представлять государство? И так далее... Мы всего лишь обозначаем эти проблемы, не вдаваясь в их обсуждение, поскольку они не входят в круг рассматриваемых в этой книге вопросов.

⁴ *Ann. CDI*, 1975, II, pp. 109 ss.

⁵ *Ibid.*, p. 98, § 3.

⁶ *Rapport CDI*, 2001, док. ООН A/56/10, фр., с. 125.

⁷ *Ibid.*

ственность поглощается ответственностью государства, либо оно терпит поражение, и возможность, что его международная ответственность повлечет за собой какие-то ощутимые последствия, исчезает, как и само движение...

В 1948 г. во время столкновений между евреями и арабами в Палестине Совет Безопасности призвал стороны к заключению перемирия, подчеркнув

«тяжелую ответственность, которая падает на любую сторону (Еврейское агентство Палестины или Верховный арабский комитет), нарушающую условия такого перемирия»¹.

Следовательно, Совет Безопасности неявным образом признал способность инфра- и парагосударственных властей нести международную ответственность.

Имеется и много других прецедентов (см. выше, п. 1.216). Так, по поводу ЮНОСОМ Совет Безопасности

«подчеркивает ответственность сомалийских сторон за безопасность и защиту персонала ЮНОСОМ II и другого персонала, занятого гуманитарной деятельностью, и в этой связи настоятельно требует, чтобы все стороны в Сомали воздерживались от любых актов запугивания или насилия в отношении такого персонала»².

Говоря о Демократической Республике Конго, Совет Безопасности напомнил

«об ответственности *всех сторон* в конфликте в Демократической Республике Конго за обеспечение защиты и безопасности персонала Организации Объединенных Наций и связанного с ней персонала на всей территории страны»³ (*курсив автора*).

В связи с тем же конфликтом, после резни в Кисангани в мае 2002 г., когда город находился под контролем повстанческой группы, Совет Безопасности заявил, что

«возлагает на Конголезское объединение за демократию — Гома, как власти де-факто, ответственность за то, чтобы был положен конец всем внесудебным казням, нарушениям прав человека и необоснованным преследованиям гражданских лиц в Кисангани и во всех других районах, находящихся под контролем КОД-Гома (...)

и

«призывает власти де-факто в затронутых регионах обеспечить защиту гражданских лиц и правопорядок»⁴.

Эти прецеденты дали основания Институту международного права заключить в своей резолюции, принятой в Берлине в 1999 г., следующее:

¹ Рез. СБ ООН S/Res. 43, 1 апреля 1948 г., п. 2.

² Рез. СБ ООН S/Res. 954, 4 ноября 1994 г., п. 7.

³ Рез. СБ ООН S/Res. 1316, 23 августа 2000 г., преамбула, мотивировка 9; относительно Грузии: S/Res. 1339, 31 января 2001 г., п. 12; в общем виде: заявление председателя Совета Безопасности от 9 февраля 2000 г., S/PRST/2000/4, в том же смысле по поводу Грузии и Абхазии: S/Res. 1393, 31 января 2002 г., п. 14.

⁴ Рез. СБ ООН 1417, 14 июня 2002 г., пп. 4–5.

«Любое государство и любое негосударственное образование, участвующие в вооруженном конфликте, связаны в отношении друг друга и международного сообщества в целом юридической обязанностью соблюдать международное гуманитарное право при любых обстоятельствах. Любое другое государство может потребовать соблюдать это право. Ни одно государство и ни одно негосударственное образование не имеет права уклониться от соблюдения этих обязанностей, отрицая наличие вооруженного конфликта» (ст. V).

В докладе Международной следственной комиссии по Дарфуру говорится, что нарушения международного гуманитарного права

«могут также повлечь за собой международную ответственность (...) негосударственного образования (...), причем негосударственное образование может быть обязано возместить убытки потерпевшим»¹.

Комиссия также справедливо отметила, что даже если повстанческие группы не имеют четкой военной организации, они должны отвечать за действия подчиненных, поскольку во главе каждого военного подразделения должно быть ответственное лицо:

«Это имеет принципиальное значение для самого существования и применения международного гуманитарного права»² (ср. выше, п. 1.92)

По поводу Кот-д'Ивуар Совет Безопасности

«напоминает об индивидуальной ответственности всех ивуарийских сторон, включая личный состав ивуарийских сил обороны и безопасности и вооруженных сил «Новых сил», независимо от ранга, в ходе осуществления мирного процесса»³.

4.62. Если предположить, что больше не существует государственных органов и что государство находится в состоянии анархии, как это было в Ливане и Либерии в 1980-е гг. или в Сомали в 1990-е гг., может появиться соблазн считать, что раз нет органов, способных его представлять, государство больше не несет ответственности за действия, совершаемые в таких обстоятельствах⁴. Помимо того, что ответственность, какой бы теоретической она ни была, остается, поскольку существует государство, противостоящие вооруженные группы несут собственную ответственность, аналогичную той, которую может нести повстанческое движение.

*

* *

¹ Док. ООН S/2005/6 O, 1 февраля 2005 г., п. 175, см. также п. 600.

² *Ibid.*, § 561.

³ Рез. ООН S/Res. 1721, 1 ноября 2006 г., п. 31.

⁴ THURER, D., «The 'failed State' and international law», *RICR*, 1999, p. 747.

Раздел 2.

УГОЛОВНАЯ ОТВЕТСТВЕННОСТЬ ОТДЕЛЬНЫХ ЛИЦ

4.63. Известно, что в соответствии с обычными и договорными нормами международного уголовного права некоторые действия рассматриваются как международные уголовные преступления и ответственность за них несут в индивидуальном порядке участники этих действий, соучастники и их пособники. Среди этих преступлений международного характера фигурируют и военные преступления, то есть определенные серьезные нарушения права вооруженных конфликтов, которые государства решили считать международными преступлениями.

В ряде случаев военные преступления могут накладываться на другие международные преступления или совпадать с ними (преступления против мира, преступления против человечности, террористические акты, пытки, наемничество и т. д.). Можно бегло перечислить различные сочетания преступлений (см. ниже, п. 4.223 и сл.), но в рамках данной публикации сложно рассмотреть все международные преступления, связанные с ситуацией вооруженного конфликта. Поэтому мы ограничимся анализом только самых характерных для этого контекста преступлений, а именно военных преступлений *stricto sensu* и преступлений против человечности (те и другие в дальнейшем будут обозначаться общим термином «преступления в области МГП»).

**I. ПРИНЦИПЫ АТРИБУЦИИ УГОЛОВНОЙ ОТВЕТСТВЕННОСТИ
ЗА ПРЕСТУПЛЕНИЯ ПО МГП****A. Непосредственные исполнители****1. Статус исполнителей**

4.64. Как мы уже говорили, право вооруженных конфликтов связывает непосредственно отдельных лиц как представителей органов государства и как частных лиц (см. выше, п. 1.218 и сл.). Поскольку нарушение этого права может быть допущено и представителем государства, и частным лицом, состав преступления остается неизменным и не зависит от статуса — государственного или негосударственного — того, кто его совершил. Таким образом, кто угодно — комбатант из состава регулярных или нерегулярных вооруженных сил, военнослужащий или гражданское лицо — технически может совершить военное преступление. Общие ст. 49, 50, 129, 146 Женевских конвенций гласят:

«Каждая Высокая Договаривающаяся Сторона обязуется разыскивать *лиц*, обвиняемых в том, что они совершили или приказали совершить то или иное из упомянутых серьезных нарушений...» (*курсив автора*).

Нигде не сказано, что те, кто совершил серьезное нарушение, должны быть представителями государства. Любое «лицо», независимо от его статуса, может обвиняться в совершении военного преступления. Безличная формулировка определения серьезных нарушений в ст. 50, 51, 130, 147 Женевских конвенций и ст. 85 Дополнительного протокола I подтверждают это толкование.

Принцип индивидуальной ответственности лиц, виновных в совершении военного преступления, отражен в Уставах МТБЮ (ст. 7), МУТР (ст. 6) и Статуте МУС (ст. 25), а также в Проекте кодекса преступлений против мира и безопасности человечества Комиссии международного права (ст. 2)¹ (см. выше, п. 1.218). Ясно, что эта норма является обычной и применяется как в международных, так и в немеждународных вооруженных конфликтах (Обычное МГП, норма 151).

4.65. Только физические лица могут быть уличены в военных преступлениях. После Второй мировой войны речь не шла о том, чтобы подвергнуть уголовному преследованию германское государство. По мнению Нюрнбергского трибунала, к уголовной ответственности могли быть привлечены лишь отдельные лица:

«С более чем достаточной полнотой доказано, что нарушение международного права порождает индивидуальную ответственность. Именно люди, а не абстрактные сущности совершают преступления, пресечение которых становится необходимым в качестве санкции международного права»².

Аналогичным образом в деле Олендорфа (Ohlendorf) (Einsatzgruppen trial) американский военный трибунал в Нюрнберге высказался следующим образом:

«Нации могут действовать только через индивидуумов, и когда Германия подписала, ратифицировала и обнародовала Гаагские и Женевские конвенции, она связала каждого из своих подданных обязательством их соблюдать (...). Ответчики предстали перед судом не как представители побежденной нации, а как лица, обвиняемые в преступлениях»³.

Уставы Международных уголовных трибуналов (ст. 6/5⁴) и Статут МУС (ст. 25, п. 1) также предусматривают только уголовную ответственность физических лиц.

4.66. Хотя уголовная ответственность за военные преступления предусмотрена только для физических лиц, был момент, когда появились основания надеяться, что в будущем государство, совершившее такие преступления, можно будет привлечь не только к классической международной ответственности,

¹ *Rapport CDI*, 1996, док. ООН A/51/10, с. 34 и сл.

² *Procès*, doc. off., p. 235; ср.: Kelsen, H., «Théorie générale du droit international public, problèmes choisis», *RCADI*, 1932, IV, T. 42, pp. 141–172.

³ 10 Apr. 1948, *A. D.*, 1948, 659–60.

⁴ Уставы Международных уголовных трибуналов почти идентичны, за исключением положений, касающихся компетенции *ratione materiae* этих трибуналов (МТБЮ, ст. 2–5; МУТР, ст. 2–4). Поэтому общая ссылка на положения обоих Уставов типа «ст. 6/5» означает, что имеются в виду соответственно ст. 6 Устава МТБЮ и ст. 5 Устава МУТР.

но и к ответственности уголовного характера. Это предположение согласуется со ст. 19 Проекта статей Комиссии международного права об ответственности государств, в которой самые серьезные нарушения *jus cogens*, совершенные государствами, квалифицируются как «международные преступления»¹.

Поскольку данная квалификация в редакции 2001 г. Проекта больше не присутствует (ср. новая ст. 40), такая возможность исчезла.

Отсутствие уголовной ответственности юридических лиц публичного права за преступления по МГП не означает отсутствия уголовной ответственности юридических лиц частного права в правовых системах, которые ее предусматривают, как в бельгийском (УК, ст. 5) и французском (УК, ст. 121-2) уголовных законодательствах. Примером тому могут послужить уголовные дела, возбужденные в Бельгии и во Франции против фирмы «Elf Total Fina» в связи с ее участием в преступлениях в области МГП в Бирме.

2. Субъективный элемент преступления

4.67. Как и в отношении любого уголовного правонарушения нужно выявить оба его элемента: *actus reus* и *mens rea*. Первый из них — собственно деяние, а именно уголовно-наказуемое действие или бездействие², а второй — преступный умысел исполнителя, то есть намерение совершить преступление³.

Для некоторых правонарушений элемент умысла явным образом предусмотрен (см. ст. 85, п. 3, Дополнительного протокола I), а для других он неявным образом вытекает из самого характера деяния. Так, хотя в положениях Женевских конвенций, которые касаются серьезных нарушений, заключающихся в «пытках» или «бесчеловечном обращении», не упоминается умысел, трудно вообразить себе, что можно пытаться или бесчеловечно обращаться с кем-либо, не имея соответствующего намерения...

4.68. В случае военного преступления *mens rea* предполагает, что его исполнитель осознает, что совершаемое им преступление связано с вооруженным конфликтом. В противном случае деяние не является военным преступлением и выступает как общеуголовное правонарушение. Не обязательно, чтобы исполнитель преступления был способен квалифицировать ситуацию как ситуацию международного конфликта, но он должен знать, что действует в условиях войны. По мнению МТБЮ,

«принцип индивидуальной виновности (...) требует, чтобы базовые характеристики военного преступления нашли отражение в сознании правонарушителя (...), должна существовать связь между действием обвиняемого и международным вооруженным конфликтом (...). Этот аспект необходимости *mens rea* для преступлений, предусмотренных ст. 2 (Устава МТБЮ), не требует,

¹ *Ann. CDI*, 1976, 2^e partie, pp. 89 et 111.

² ТРИУ, app., aff. 94-1-A, *Tadic*, 15 juillet 1999, § 188.

³ ТПИР, Chbre. I, aff. ICTR-96-4-T, 2 sept. 1998, *Ayakesu*, § 476.

чтобы в момент совершения преступления правонарушитель правильно соотносил известные ему факты с той или иной правовой квалификацией. Это — задача судьи (*iura novit curia*). Правонарушителю достаточно осознавать фактические обстоятельства, на основании которых судья выносит заключение о наличии или отсутствии вооруженного конфликта и его международного характера. Согласно общему принципу уголовного права не требуется, чтобы правонарушитель был способен дать правильную юридическую классификацию своего поведения. Однако принцип индивидуальной виновности требует достаточного осознания *фактических* обстоятельств, устанавливающих наличие вооруженного конфликта и его (международный или внутренний) характер»¹.

4.69. *Mens rea* включает *dolus directus* — намерение совершить преступление — и *dolus eventualis* — осознание того, что действие может повлечь за собой правонарушение, совершение которого как такового не является целью, но известно, что оно может произойти. Косвенный умысел был признан в послевоенной (после Второй мировой войны) судебной практике² и был закреплен МТБЮ как достаточный элемент состава военного преступления, предусмотренного его Уставом:

«Если убийство совершается с «очевидным безразличием к человеческой жизни», даже действие, сопряженное с минимальным риском, может быть квалифицировано как умышленное убийство. Массовые убийства, которые в США были бы квалифицированы как убийство по неосторожности, подпали бы под континентальные критерии *dolus eventualis* (общую характеристику см.: ФЛЕТЧЕР, G. P., *Rethinking Criminal Law*, Oxford Univ. Pr., 2000, pp. 325–326)»³.

Даже если *in casu* обвиняемый М. Стакич, в свое время неоспоримый лидер в городе Прижедор, где были совершены массовые убийства лиц несербской национальности, не ставил перед собой в качестве конкретной цели эту резню, тем не менее он

«действовал, осознавая, что в существующих обстоятельствах это с высокой степенью вероятности приведет к убийствам, и смирился с этим и возможным исходом. Следовательно, он участвовал в этом с необходимым *dolus eventualis* и несет ответственность за все убийства (...), что Судебная камера сочла доказанным»⁴.

Однако, по мнению Камеры, грубая небрежность (по ее заключению равносильная «recklessness») не удовлетворяет условию *mens rea*, необходимому для того, чтобы рассматриваемое деяние было приравнено к преступлению в области МГП⁵.

Апелляционная камера МТБЮ подтвердила эту точку зрения в деле Бласкича:

¹ ТРИУ, aff. IT-98-34-A, *Naletilic et al.*, 3 mai 2005, §§ 118–119; см. также: *id.*, aff. IT-95-14/2-A, *Kordic et Cerkez*, 17 déc. 2004, § 311.

² CASSESE, A., *International Criminal Law*, Oxford Univ. Pr., 2003, pp. 168–171.

³ ТРИУ, aff. IT-97-24-T, *Stakic*, 31 juillet 2003, § 587; *id.*, aff. IT-99-36-T, *R. Brdanin*, 1^{er} sept. 2004, § 386.

⁴ *Id.*, aff. IT-97-24-T, *Stakic*, 31 juillet 2003 § 616.

⁵ *Ibid.*, § 642.

«Самой возможности совершить преступление или преступления вследствие поведения лица, как правило, недостаточно для установления уголовной ответственности»¹.

Однако не всегда просто провести различие между косвенным умыслом, с одной стороны, и, с другой — грубой небрежностью и намеренной неосмотрительностью. В случае косвенного умысла лицо совершает действие или бездействует, осознанно принимая то, что его действие или бездействие рискуют повлечь за собой правонарушение, хотя оно и не стремится к этому:

«Именно элемент воли отличает косвенный умысел от намеренной и сознательной неосмотрительности»².

Так будет в случае применения шариковых бомб против военного объекта, расположенного в районе сосредоточения гражданского населения³.

В случае намеренной неосмотрительности лицо не осознает противоправные последствия, которые может повлечь его действие, в то время как в имеющихся обстоятельствах оно должно было предусмотреть эти последствия, как это сделал бы любой обычный законопослушный человек⁴. Примеры: использование бомб с лазерным наведением без предварительной проверки системы наведения или дистанционная установка мин с непроверенными механизмами самоликвидации или самонейтрализации.

3. Формы непосредственного участия

4.70. Судебная практика, юриспруденция и доктрина выявили четыре формы непосредственного участия в преступлениях по международному гуманитарному праву:

- собственно совершение преступления;
- планирование преступления;
- приказ совершить преступление;
- общий преступный замысел.

4.71. Совершение преступления — собственно факт физического совершения преступления, идет ли речь о действии или бездействии, при условии, что бездействие является преднамеренным⁵.

¹ *Id.*, aff. IT-95-14-A, 29 juillet 2004, § 38.

² *Ibid.*, § 39.

³ DAVID, E., «La responsabilité pénale: quelles poursuites pour quels crimes?», in *L'intervention en Irak et le droit international*, dir. par K. BANNELIER *et al.*, Paris, Pédone, 2004, pp. 289–290.

⁴ DÖRMANN, K. (with L. DOSWALD-BECK and R. KOLLS), *Elements of War Crimes under the Rome Statute of the ICC*, Cambridge Univ. Pr and ICRC, 2003, pp. 489–490.

⁵ *Projet de code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité, commentaire de l'art. 2, § 3, a, in Ann. CDI*, 1996, II, 2^e partie, p. 20 (Проект кодекса преступлений против мира и безопасности человечества, комментарий к ст. 2, п. 3).

4.72. Планирование преступления — понятие, которое появилось в уставах международных уголовных судебных инстанций (Уставы Международного военного трибунала в Нюрнберге, ст. 6, а; в Токио, ст. 5, а; Уставы: МТБЮ, ст. 7, п. 1, и МУТР, ст. 6, п. 1; Устав Специального суда по Сьерра-Леоне, ст. 6, п. 1). «Близкое к принятию решения и действию»¹, планирование предполагает участие в подготовке и совершении преступления»². Однако одна из Камер МТБЮ заключила, что необходимо отличать планирование от совершения преступления: лицо, осужденное за совершение преступления, не может быть осуждено за его планирование³. Такое различие представляется малоубедительным: планирование сродни заранее обдуманному умыслу, который превращает просто убийство в преднамеренное убийство и выступает как отягчающее обстоятельство в случае намеренного причинения телесных повреждений (Уголовный кодекс Бельгии, ст. 394 и 398). С этой точки зрения, было бы более логичным усматривать в планировании отягчающее обстоятельство преступления. По мнению Комиссии международного права, лицо, спланировавшее преступление, несет более серьезную ответственность, чем его непосредственный исполнитель, который не совершил бы преступления, если бы оно не было спланировано⁴.

Планирование может быть осуществлено одним человеком в отличие от заговора⁵ или общего преступного замысла (см. ниже, п. 4.74), который предполагает участие нескольких лиц.

4.73. Приказ совершить преступление также был включен в уставы международных уголовно-правовых инстанций (Статут МУС, ст. 25, п. 3, b, ссылки, см. выше, п. 4.72). Он состоит в «использовании своей власти для того, чтобы принудить другое лицо совершить преступление»⁶. И здесь приказ выступает как элемент, более важный, чем собственно совершение преступления, если без этого приказа преступление не было бы совершено⁷.

4.74. Источником понятия «общий преступный замысел» являются понятия «заговор», или «согласованный план», либо «коллективное планирование» (которое следует отличать от индивидуального планирования, см. выше, п. 4.72), включенные в Уставы Международных военных трибуналов в Нюрнберге и Токио в связи с преступлением против мира (ст. 6, а/5, а) и в Проект кодекса преступлений против мира и безопасности человечества (ст. 2, п. 3, е). Данное понятие предназначено для того, чтобы вменить обвиняемым ответственность за преступления, которые они физически не совершали, но провели их интеллектуаль-

¹ Jugement de Nuremberg, *Procès*, I, p. 237.

² TPIR, aff. ICTR-96-4-T, *Akayesu*, 2 sept. 1998, § 480; TPIY, aff. IT-95-14-T, *Blaskic*, 3 mars 2000, § 279.

³ TPIY, aff., IT-95-14/2-T, *Kordic et al.*, 26 févr. 2001, § 386.

⁴ Projet de code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité, commentaire de l'art. 2, § 3, e, in *Ann. CDI*, 1996, II, 2^e partie, p. 21.

⁵ TPIR, aff. IT-96-4-T, *Akayesu*, 2 oct. 1998, § 480.

⁶ Projet de code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité, commentaire de l'art. 2, § 3, *loc. cit.*, p. 21.

⁷ *Ibid.*

ную подготовку¹, как это нередко происходит с преступлениями по МГП, когда разрабатывающие их лица не участвуют в их физическом совершении. Лица, которым принадлежит авторство политики или плана, имеющих целью совершение этих преступлений, должны за них отвечать наравне с их физическими исполнителями.

Общий преступный замысел предполагает наличие следующих четырех составных элементов:

- организованная или неорганизованная группа лиц;
- общая цель или общий план, направленные на совершение преступления в области МГП;
- участие обвиняемого в этом плане;
- интенция, направленная на совершение преступления, даже если обвиняемый не принимал в нем непосредственного участия².

Именно на этом основании был привлечен к уголовной ответственности Милан Мартич за преступления в области МГП, совершенные в Республике Сербская Краина, которая существовала на территории Хорватии с 1991 по 1995 г. В ее правительстве Мартич занимал пост министра внутренних дел с 1991 г., а затем стал президентом Республики Сербская Краина в январе 1994 г. и оставался им до августа 1994 г. (то есть до момента, когда хорватская армия восстановила контроль над Краиной). Камера МТБЮ, которая рассматривала его дело, констатировала, что обвиняемый действовал заодно с такими лицами, как сербский президент С. Милошевич, руководители Республики Сербской в Боснии и Герцеговине Р. Караджич и Р. Младич, а также с другими сербскими властями (критерий множественности лиц)³. Их цель состояла в присоединении населенных сербами территорий Хорватии и Боснии и Герцеговины к Сербии. Сама по себе эта цель не была незаконной, но становилась таковой, потому что достичь ее предполагалось посредством совершения преступлений в области МГП⁴ (критерий цели, противной МГП). Наконец, Мартич участвовал в этом плане в силу своих широчайших полномочий как министр внутренних дел, а также в силу насильственного перемещения несербского населения подчиненными ему подразделениями и в силу непринятия им мер для того, чтобы предупредить совершение преступлений в области МГП этими подразделениями, помешать им или их пресечь⁵ (критерий участия).

В случае такого обвиняемого, как Мартич, подобная jurisprudенциальная конструкция представляется излишне сложной для того, чтобы констатировать его уголовную ответственность: либо обвиняемый приказал совершить эти преступления, либо он не принял мер, чтобы их предупредить, хотя располагал средствами воспрепятствовать их совершению. В обоих случаях классические нормы уголовной ответственности, предусмотренные

¹ Projet de code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité, commentaire de l'art. 2, § 3, *loc. cit.*, pp. 21–22; ТРИУ, aff. IT-94-1-A, *Tadic*, 15 juillet 1999, § 190.

² ТРИУ, aff. IT-95-9-T, *B. Simic et al.*, 17 oct. 2003, § 156; также: *id.*, aff. IT-94-1-A, *Tadic*, 15 juillet 1999, § 190.

³ ТРИУ, aff. IT-95-11-T, *Martić*, 12 juin 2007, § 446.

⁴ *Ibid.*, §§ 442–445.

⁵ *Ibid.*, §§ 447–455.

Уставом МТБЮ (ст. 7, пп. 1 и 3), позволяли возбудить преследование. Непонятно, каким образом вменение Мартичу в вину его участия в преступном общем замысле облегчало его предание суду. Понятие общего преступного замысла представляет интерес только тогда, когда речь идет о тех участниках замысла, которые не обладают автономными полномочиями в плане принятия решений или возможностями по предупреждению таких преступлений, но способствовали их совершению посредством своего присоединения к замыслу.

4.75. Кстати, в более общем плане некоторые судьи сочли, что понятие общего преступного замысла (или совместного преступного деяния) в конечном счете является не чем иным, как выражением критерия наличия нескольких участников преступления (*corréité*)¹. Однако Апелляционная камера МТБЮ не приняла этот тезис, поскольку данный критерий не существует в международном обычном праве². Этот вывод не убеждает, поскольку признание того, что преступление было совершено несколькими исполнителями означает коллективное обвинение, которое просто слагается из индивидуальных обвинений. Даже если международному уголовному праву далеко до проработанности национальных уголовных законодательств, непонятно, почему признание того, что преступление может иметь сразу несколько авторов, является значительно более новаторским, чем многочисленные уточнения, внесенные международными уголовными трибуналами в понятия уголовного права. Ведь они просто-напросто были импортированы международным правом из внутренних законодательств, в том числе и понятия общего преступного замысла, косвенного умысла или соучастия.

4.76. Юриспруденция разграничивает общий преступный замысел и соучастие в последнем: соучастие — содействие, сознательно оказываемое общему преступному замыслу, при этом необязательно разделяется намерение совершить преступление³. Различие между этими двумя понятиями представляется чрезвычайно тонким.

Понятие общего преступного замысла применяется к триаде преступлений в области МПП: военное преступление, преступление против человечности и геноцид⁴.

В. Косвенные исполнители

4.77. Содействие совершению военного преступления, приказ его совершить, подстрекательство к его совершению, участие в его планировании, непринятие мер к его предупреждению, в то время как существовала возможность его предотвратить, также являются военными преступлениями. С теми или иными нюансами формулировок данные принципы присутствуют в упоминавшихся выше Уставах Международных уголовных трибуналов и Статуте Международного уголовного суда, а также в Проекте кодекса преступлений против мира и безопасно-

¹ TPIY, aff., IT-99-37-AR 72, *Milutinovic et al.*, 21 mai 2003, op. dissid. Hunt, § 13; *id.* aff. IT-95-9-T, *B. Simic et al.*, 17 oct. 2003, op. dissid., P.J. LINDHOLM, §§ 1–5.

² TPIY, aff. IT-99-24-A, *Stakic*, 22 mars 2006, § 62.

³ TPIY, aff. IT-95-9-T, *B. Simic et al.*, 17 oct. 2003, § 160; *id.*, aff. IT-98-32-A, *Vasiljevic*, 25 févr. 2004, § 102.

⁴ TPIR, aff. ICTR-98-44-AR72.4, *Rwamakuba*, 22 oct. 2004, § 14 ss.

сти человечества, подготовленном Комиссией международного права (см. выше, п. 4.64). Они сложились на основе практики и юриспруденции, восходящих ко Второй мировой войне.

1. Соучастие¹

4.78. Индивидуальное соучастие кратко определяется в Проекте кодекса преступлений против мира и безопасности человечества Комиссии международного права (1996 г.) (ст. 2, п. 3, d) и Статуте МУС (ст. 25, п. 3, с–d). Этот вопрос очень подробно разбирался в связи с делом Анто Фурунджия². Как и в любом правонарушении, в индивидуальном соучастии присутствуют материальный элемент и субъективный элемент.

Материальный элемент (*actus reus*) подразумевает оказание помощи исполнителю преступления. Данное содействие заключается не только в предоставлении исполнителю преступления средств для его осуществления (оружия, снаряжения, жилища), но и в создании всех условий для его совершения³. Так, водитель, который отвозит людей к месту, где они будут убиты другими лицами, совершает акт участия в этом убийстве; безмолвное и пассивное присутствие не составляет участия, за исключением случая, когда оно выступает как поощрение исполнителя преступления. Участие предполагает существенное и непосредственное влияние на деяние⁴, особенно если это деяние совершается лицом, обладающим властью над другими участниками преступления⁵.

4.79. Субъективный элемент (*mens rea*) соучастия заключается в *осознании* того, что помощь, оказываемая исполнителю преступления, содействует последнему. Сообщник не обязательно должен иметь тот же преступный умысел, что и исполнитель преступления. Достаточно того, что он знает, что исполнитель преступления сделает или сделал с его помощью. И Проект кодекса (ст. 2, п. 3, d) и Статут МУС (ст. 25, п. 3, d) подчеркивают, что соучастник должен действовать «осознанно»⁶.

В деле о «Циклоне Б» защитник подсудимых утверждал, что факт поставки «Циклона Б», который мог быть использован в дозволенных целях (дезинфек-

¹ Более подробно см.: DAVID, E., *Eléments de droit pénal international et européen*, Bruxelles, Bruylant, 2009, §§ 12.2.26 ss.; SHABAS, W., «Enforcing international humanitarian law: Catching the accomplices», *RICR*, 2001, pp. 439–460; СЛАФНАМ, А., «On Complicity», in *Le droit pénal à l'épreuve de l'internationalisation*, publ. par M. HENZELIN et R. ROTH, Paris-Geneve-Bruxelles, LGDJ-Georg-Bruylant, 2002, pp. 249–256.

² TPIY, Chbre. II, aff. IT-95-17/1-T, 10 déc. 1998, §§ 190–249.

³ TPIR, Chbre. I, aff. ICTR-96-4-T, *Akayesu*, 2 sept. 1998, § 537.

⁴ TPIY, aff. IT-94-1-T, 7 mai 1997, *Tadic*, §§ 678–692 et les réf.; *id.*, aff. IT-95-14/1-A, *Aleksovski*, 24 mars 2000, §§ 163–164; *id.*, aff. IT-95-14/2-T, *Kordic et al.*, 26 févr. 2001, § 400; TPIR, Chbre. I, aff. ICTR-96-4-T, 2 sept. 1998, *Akayesu*, § 548; TPIY, aff. IT-95-9-T, B. *Simic et al.*, 17 oct. 2003, § 161; *id.* aff. IT-01-42/I-S, *Jokic*, 18 mars 2004, § 58; *id.*, aff. IT-01-42-T, *Strugar*, 31 janv. 2005, § 349.

⁵ TPIR, aff. ICTR-96-14-T, *Niyitegeka*, 16 mai 2003, § 461.

⁶ См.: TPIR, Chbre. I, aff. ICTR-96-4-T, *Ayakesu*, 2 sept. 1998, § 538; *id.*, aff. ICTR-95-1-T, *Kayishema et al.*, 21 mai 1999, § 207.

ция зданий), не являлся военным преступлением. Однако юрисконсульт короны по морскому и военному праву заключил, что подсудимые знали, для чего будет использован газ, и, следовательно, виновны¹.

В деле Тадича Камера II МТБЮ сочла, что осведомленность о незаконном характере деяния может быть объективно выведена из характера соответствующих действий: никто из тех, кто работал в лагере Маутхаузен, где узников массово убивали в газовых камерах, не может утверждать, что не знал об этой практике и ее преступном характере².

В деле Брданина (Brdanin) одна из Камер МТБЮ заключила, что обвиняемый оказывал содействие силам боснийских сербов в Краине и подталкивал их к совершению многочисленных военных преступлений и преступлений против человечности в силу своего высокого должностного положения (председатель кризисного штаба Краины)³, своих связей с различными представителями политического и военного руководства⁴ и своего участия в стратегическом плане насильственного выселения несербского населения из региона⁵. В этих условиях он не мог не знать о преступлениях по МГП, которые совершались в отношении лиц несербской национальности⁶ и которые он сам поощрял своими подстрекательскими речами дискриминационного характера⁷ и своей общей попустительской позицией⁸.

Для того чтобы было признано соучастие в геноциде, не требуется наличия у соучастника специального умысла уничтожить ту или иную группу, пользующуюся покровительством: достаточно показать, что ему было известно о наличии такого намерения у исполнителя преступления⁹. В деле о применении Конвенции о предупреждении преступления геноцида и наказании за него Международный суд заявил:

«Не вызывает сомнений, что поведение органа или лица может быть квалифицировано как соучастие в геноциде, только если этот орган или это лицо действовали осознанно, то есть, в частности, были осведомлены о наличии специального умысла (*dolus specialis*) у исполнителя преступления»¹⁰.

In casu Суд счел, что не было доказано, что Федеративная Республика Югославия была «полностью осведомлена» о том, что помощь, оказываемая Республике Сербской, «будет использована для осуществления геноцида в Сребренице»¹¹,

¹ Hamburg, Brit. Mil. Cr., 8 March 1946, A. D., 1946, 250–253.

² L.R.T.W.C., XI, p. 15, cité in TPIY, aff. 94-1-T, *Tadic*, 7 mai 1997, § 676; см. также: *ibid.*, §§ 675–677; TPIR, Chbre. 1, aff. ICTR-96-4-T, 2 sept. 1998, *Akayesu*, § 548.

³ TPIY, aff. IT-99-36-T, R. *Brdanin*, 1^{er} sept. 2004, §§ 315 ss.

⁴ *Ibid.*, §§ 473.

⁵ *Ibid.*, 65, 305 ss., 575, 981.

⁶ *Ibid.*, §§ 473, 675 ss.

⁷ *Ibid.*, §§ 323 ss., 578, 987.

⁸ *Ibid.*, §§ 537 s., 1058.

⁹ *Ibid.*, § 730.

¹⁰ *CIJ, Rec. 2007*, § 421.

¹¹ *Ibid.* § 423.

и на этом основании отклонил тезис Боснии, согласно которому Сербии может быть вменена ответственность за соучастие в геноциде в Сребренице¹.

В Канаде в связи с отказом в предоставлении убежища лицам, замешанным в военных преступлениях или преступлениях против человечности, в соответствии с Женевской конвенцией 1951 г. о статусе беженцев Федеральным судом была выработана интересная практика в части, касающейся соучастия в преступлениях: если проситель убежища принадлежит к организации, целью которой является нарушение основных прав и свобод, простой осведомленности о задачах организации достаточно для того, чтобы лицо было сочтено соучастником совершенных нарушений. Если же данная организация замечена в таких нарушениях лишь эпизодически, для того чтобы ее член был сочтен соучастником, требуется более активное участие².

2. Ответственность начальника³

4.80. Ст. 6 и ст. 5, *in fine*, Уставов Нюрнбергского и Токийского международных военных трибуналов соответственно гласят, что руководители, участвовавшие в разработке плана, предусматривающего совершение военных преступлений, преступлений против мира или преступлений против человечности, несут ответственность за действия других лиц по исполнению этого плана.

В деле Мейера, где обвиняемым был немецкий офицер, приказавший находившимся в его подчинении военнослужащим не оставлять никого в живых из сдавшихся в плен, Judge Advocate⁴ канадского военного трибунала счел, что для выяснения вопроса, может ли начальник быть привлечен к уголовной ответственности за действия своих подчиненных, следует учитывать все фактические обстоятельства. Judge Advocate, в частности, заявил:

«Не столь важно, был ли отдан официальный или специальный приказ, но для вынесения приговора необходимо удостовериться, что обвиняемый произнес некие слова о предании военнопленных смерти или каким-либо иным образом дал ясно это понять»⁵.

4.81. Подстрекательство к совершению преступлений в области МГП влечет за собой уголовную ответственность виновного в нем лица (Уставы Международных уголовных трибуналов, ст. 7, п. 1/6, п. 1), если оно возымело дей-

¹ *CJ, Rec. 2007*, § 424.

² Obs. J. Рікноф, *in YIHL*, 2000, p. 443.

³ См. по этому вопросу: JIA, B. V., «The Doctrine of Command Responsibility: Current Problems», *YIHL*, 2000, pp. 131–165; VOELAERT-SUOMINEN, S., «Prosecuting Superiors for Crimes Committed by Subordinates: a Discussion of the First Significant Case Law Since the Second World War», *Virg. J. I. L.*, 2001, pp. 747–785.

⁴ «Judge Advocate» примерно означает «военный юрист-консультант», в чьи обязанности входит давать беспристрастное заключение, которое, как считается, отражает мнение военного трибунала, когда последний выносит вердикт, не являющийся мотивированным, но соответствующий заключениям Judge Advocate: GREEN, L. C., «Canada's role in the development of the law of armed conflict», *Ann. Can. D.I.*, 1980, p. 104, n. 45, фрагменты британского королевского разрешения от 14 июня 1945 г., где определяются функции Judge Advocate, см. *A. D.*, 1949, 511, n. 2.

⁵ *Ibid.*, p. 106; *A. D.*, 1946, 332–333.

ствии (Статут МУС, ст. 25, п. 3, b)¹, за исключением случая геноцида, для которого существует отдельное инкриминирование (Конвенция 1948 г., ст. III, с; Уставы Международных военных трибуналов, ст. 4, п. 3, с/2, п. 3, с; Статут МУС, ст. 25, п. 2, e)².

В соответствии с вынесенными судебными решениями

«любое лицо, отдавшее приказ о действии или бездействии, осознавая реальную вероятность того, что в ходе выполнения этого приказа будет совершено преступление, обладает *mens rea*, необходимым для установления ответственности в соответствии со ст. 7, ч. 1, за этот приказ. Отдание приказа с пониманием этого следует рассматривать как согласие с преступлением»³.

4.82. Эта ответственность применяется как в международном, так и во внутреннем вооруженном конфликте⁴. Данная норма вытекает из сочетания ст. 28 и ст. 8, п. 2, с, Статута МУС. Кроме того, отсутствие соответствующего специального положения в Дополнительном протоколе II не означает, что такой нормы нет в обычном международном праве — как раз наоборот (Обычное МГП, норма 152)⁵.

Ответственность начальника распространяется на полувоенные группы и вооруженные формирования, существующие *de facto*⁶.

Она применяется также к гражданским лицам, которые обладают реальной властью над своими подчиненными⁷.

3. Ответственность начальника за непринятие мер

4.83. Военное преступление, совершенное подчиненным, не освобождает его начальников от уголовной или дисциплинарной ответственности, если они знали, что преступление будет совершено, и не приняли надлежащих мер для его предупреждения (Дополнительный протокол I, ст. 86, п. 2)⁸, в том числе мер пресечения⁹, располагая для этого необходимыми властными полномочиями¹⁰. В Уставах Международных уголовных трибуналов по бывшей Югославии и по Руанде (см. ниже, п. 4.310 и сл.) принцип уголовной ответственности начальника сформулирован в таком же контексте (ст. 7, п. 3, и ст. 6, п. 3, соответственно). Таким

¹ TPIR, aff. ICTR-99-4-T, *Akayesu*, 2 sept., 1998, §§ 349 ss., 481–482; *id.*, aff. ICTR-96-3-T, *Rutaganda*, 6 déc. 1999, § 384.

² *Id.*, aff. ICTR-96-14-T, *Nyitegeka*, 16 mai 2003, § 431.

³ TPIY, aff. IT-95-14-A, *Blaskic*, 29 juillet 2004, § 517.

⁴ TPIY, aff. IT-01-47-PT, *Hadzihasanovic et al.* 12 nov. 2002, §§ 67 ss., spéc., §§ 119–120, 140, 166, 169 ss., 179; *id.*, aff. IT-01-47-AR72, *id.*, 16 July 2003, § 18.

⁵ *Id.*, aff. IT-01-47-AR72, *id.*, 16 juillet 2003, §§ 29, 35.

⁶ *Id.*, aff. IT-01-47-PT, *id.*, 12 nov. 2002, § 130.

⁷ TPIR, aff. ICTR-98-44 A-A, *Kajelijeli*, 23 mai 2005, § 87.

⁸ Cp.: Neth., Spec. Crt. of Cass., 9 Apr. 1950, *Grundmann, A. D.*, 1949, 389–390.

⁹ TPIY, aff. IT-01-42-T, *Strugar*, 31 janv. 2005, § 373.

¹⁰ TPIR, Chbre. 1, aff. ICTR-96-4-T, 2 sept. 1998, *Akayesu*, § 491.

образом, военное преступление, совершенное подчиненным, может быть также вменено начальнику, который не принял надлежащих мер, чтобы его предупредить или пресечь, как это вытекает из Уставов Международных военных трибуналов в Нюрнберге и Токио, а также из прецедентов, каковыми являются дела Ямашиты, Листа, Мейера, Лееба (см. выше, п. 4.80).

Этот принцип является классическим: Конвенция 1968 г. о неприменимости срока давности к военным преступлениям и преступлениям против человечности предусматривает, что она применяется не только к тем, кто их совершает, но и к тем, кто их допускает (ст. II). Генеральная Ассамблея ООН заявила по поводу нарушений международного гуманитарного права:

«Лица, стоящие у власти, которые не приняли надлежащих мер по обеспечению того, чтобы находящиеся под их контролем лица соблюдали соответствующие международные документы, должны вместе с виновными отвечать за [совершенные преступления]»¹.

4.84. Начальник должен отвечать не за само преступление, а за то, что не принял надлежащих мер по его предупреждению и пресечению²: именно это бездействие влечет за собой его ответственность, степень которой, естественно, зависит от степени тяжести преступлений, совершенных его подчиненными:

«Ответственность командира за невыполнение своих обязанностей должна быть соразмерна преступлениям, совершенным его подчиненными; командир отвечает не как лицо, совершившее преступление — он привлекается к ответственности пропорционально тяжести содеянного его подчиненными»³.

4.85. С какого момента возникает ответственность начальника? Должен ли он автоматически отвечать за нарушения права вооруженных конфликтов, совершенные его подчиненными, или он должен нести за них ответственность только при соблюдении определенных условий?

Международный военный трибунал в Токио избрал первую из этих возможностей — по крайней мере, в отношении членов правительства. Он счел, что любой член кабинета министров, компетенция которого распространяется на военнопленных, должен отвечать за преступления, совершенные против них, если он о преступлениях знал и ничего не предпринял, чтобы им воспрепятствовать. Даже когда департамент, находящийся в его ведении, непосредственно не связан с этими преступлениями, ответственность за них падает и на этого члена кабинета, если он не подал в отставку и решил продолжить работу в правительстве⁴.

¹ Рез. ГА ООН 48/143 «Изнасилования женщин и надругательства над ними в районах вооруженного конфликта в бывшей Югославии» от 20 декабря 1994 г., п. 5; см. также рез. 49/205 от 23 декабря 1994 г; в том же смысле: ТРИУ, Chambre I, aff. IT-95-14-PT, *Manquement à l'obligation de punir, Blaskic*, 4 avril 1997, §§ 8 ss.

² ТРИУ, aff. IT-97-25-A, *Krnjelac*, 17 sept. 2003, § 171.

³ *Id.*, aff. IT-01-48-T, *Halilovic*, 16 Nov. 2005, § 54.

⁴ *The Tokyo Judgment*, *op. cit.*, I, pp. 30, 442, 446 ss.; индийский судья Пал подверг резкой критике эту ответственность за непринятие мер: *ibid.*, II, pp. 966, 990–992, 1008; ср.: DAVID, «L'actualité juridique ...», *loc. cit.*, pp. 136–137.

«Член кабинета, который, будучи одним из главных органов правительства, несет коллективную ответственность за обращение с пленными, не освобождается от этой ответственности, если, зная о совершении преступлений (...) и, путем упущения или бездействия, не обеспечил принятия мер к тому, чтобы предупредить совершение подобных преступлений в будущем, он решает остаться членом кабинета. Такова позиция даже в случае, если подведомственный ему департамент непосредственно не связан с обращением с военнопленными. Член кабинета может подать в отставку. Если он знает о дурном обращении с пленными и ничего не может сделать, чтобы предотвратить продолжение этой практики в будущем, но решает остаться в кабинете, он тем самым продолжает разделять коллективную ответственность кабинета за защиту пленных и добровольно берет на себя ответственность за любое дурное обращение с ними в будущем»¹.

В самом деле, последняя из 10 статей обвинения, выдвинутых Трибуналом², касалась

«непринятия надлежащих мер к тому, чтобы обеспечить соблюдение и предупредить нарушение конвенций и законов войны в части, касающейся военнопленных и интернированных гражданских лиц»³.

Несколько подсудимых были признаны виновными в непринятии мер для предупреждения нарушений и осуждены на этом основании⁴.

Да, представляется, что эта презумпция заслуживает критики, но она становится понятной в случае, когда правительство вело войну в нарушение международного права: если в мирное время министр может понести политическую ответственность за катастрофу, которую вверенное ему ведомство не сумело предвидеть, можно понять, что в случае агрессивной войны, члены правительства, которое совершает эту агрессию, могут понести часть уголовной ответственности за военные преступления вооруженных сил страны.

4.86. Однако французский и нидерландский судьи (соответственно Бернар и Ролинг) сочли, что эта ответственность за непринятие мер, которую один из авторов охарактеризовал как «отрицательную криминализацию» (*negative criminality*)⁵, слишком чрезмерна и что ответственность начальника за непринятие мер должна допускаться только при соблюдении определенных условий.

По мнению судьи Бернара,

«виновным в пассивном пособничестве нарушению законов войны или в пассивном пособничестве преступлениям против человечности может считаться только тот, кто был способен предотвратить нарушение, но не сделал этого»⁶.

¹ *The Tokyo Judgment, op. cit.*, I, p. 30.

² Изначально обвинение представило список из 55 статей! *Ibid.*, pp. 20 ss., 439 ss.

³ *Ibid.*, p. 442.

⁴ Hata, Hirota, Kimura, Koiso, Matsui, Mutso, Shigemitsu, *ibid.*, pp. 446 ss.

⁵ MINEAR, R. H., *Victor's Justice — The Tokyo War Crimes Trial*, Princeton Univ. Press, 1972, pp. 67 ss.

⁶ *The Tokyo Judgment, op. cit.*, I, p. 493.

По мнению судьи Ролинга, ответственность за непринятие мер требует, чтобы лицо, которому она вменяется, соответствовало трем критериям: это «знание, власть и долг»¹.

4.87. Послевоенная практика других трибуналов союзников, по-видимому, подтверждает их точку зрения. В деле фон Лееба (German High Command Trial — процесс по делу германского верховного командования), где в военных преступлениях и преступлениях против человечности, совершенных германскими вооруженными силами, обвинялись 13 генералов вермахта и один адмирал, американский военный трибунал в Нюрнберге пришел к заключению, что для привлечения начальника к уголовной ответственности за действия, совершенные его подчиненным, необходимо наличие причинно-следственной связи между действием подчиненного и непринятием мер или халатностью со стороны начальника:

«Президент США является главнокомандующим вооруженными силами страны. Преступные действия, совершенные этими силами, сами по себе не могут быть вменены ему в вину на основании принципа подчинения. Так же обстоит дело и с другими членами высшего командного состава в цепи командования. Одного этого факта недостаточно, чтобы каждого индивидуума в цепочке командования сочли виновным. Для этого необходимо наличие персонального упущения, а это имеет место только тогда, когда действие отслежено до источника, то есть непосредственно до данного лица, или когда отсутствие должного контроля за подчиненными составляет преступную халатность с его стороны. В последнем случае речь должна идти о персональном упущении, которое может быть приравнено к безответственности, или об аморальном безразличии к действиям своих подчиненных, приравниваемом к молчаливому согласию. Любое другое толкование международного права далеко выходило бы за рамки понимания основополагающих принципов уголовного права, принятых среди цивилизованных наций»².

Действуя аналогичным образом, Международный военный трибунал в Нюрнберге признал ответственность Фрика, который был министром германского рейха. По поводу практиковавшейся эвтаназии в находившихся в ведении Фрика санаториях, больницах и приютах Трибунал заявил следующее:

«До него доходили жалобы по поводу этих убийств, но он ничего не сделал, чтобы положить конец подобным действиям»³.

Однако в современной судебной практике проявляется тенденция исключать небрежность в качестве единственного основания для привлечения к уголовной ответственности (см. ниже, п. 4.89).

4.88. В деле Ямашиты японский генерал Ямашита был приговорен 7 декабря 1945 г. к смертной казни Военной комиссией США (U.S. Military Commission) в

¹ *The Tokyo Judgment, op. cit.*, II, p. 1063.

² Decis. of 28 Oct. 1948, A. D., 1948, 387.

³ *Procès, doc. off.*, vol. 1, p. 321; о Кейтеле, Кальтенбруннере и Розенберге см. также: *ibid.*, pp. 309, 312, 315.

Маниле за то, что в период оккупации Филиппин (октябрь 1944 г. — сентябрь 1945 г.) не принял надлежащих мер по предотвращению случаев изнасилования, массового истребления гражданских лиц, а также казней без суда и следствия интернированных гражданских лиц и военнопленных. Комиссия заявила:

«Было бы нелепостью рассматривать командующего как убийцу или насильника, если убийство или изнасилование совершено одним из военнослужащих, находящихся в его подчинении. Тем не менее когда убийства, изнасилования и действия, продиктованные низменными мотивами мести, становятся широко распространенной преступной практикой, а со стороны командующего не следуют эффективные меры для выявления и пресечения этих преступных действий, такой командующий может быть привлечен к ответственности, даже уголовной, за незаконные действия, совершенные военнослужащими из состава сил, находящихся в его подчинении, в зависимости от характера данных действий и сопутствующих обстоятельств. (...)

Комиссия заключает (...), что в рассматриваемый период вы (то есть генерал Ямашита) не обеспечили надлежащего контроля за своими войсками, как того требовали обстоятельства»¹.

Эти принципы были подтверждены Верховным судом США 4 февраля 1946 г.²

В деле Листа (Hostages trial) американский военный трибунал в Нюрнберге пришел к заключению, что комендант оккупированной территории не мог не знать о действиях своих подчиненных:

«Долг и ответственность за поддержание порядка и спокойствия, а также за предупреждение правонарушений возлагаются на генерала, осуществлявшего командование, который не может не знать об очевидных фактах и ссылаться на неведение в свое оправдание»³.

Эти принципы были применены и в отношении президента Республики Сербской и главнокомандующего ее вооруженными силами во время конфликта в Боснии (1992–1995 гг.). Камера первой инстанции МТБЮ постановила, что Караджич и Младич могут нести уголовную ответственность за серьезные нарушения международного гуманитарного права их подчиненными, учитывая занимаемые ими посты политического и военного руководителей. Имеется в виду, что они располагали информацией об этих нарушениях и даже сами участвовали в их совершении или способствовали им и ничего не предприняли, чтобы их предупредить и пресечь⁴.

4.89. Такие критерии, как власть начальника, осведомленность о совершенных его подчиненными действиях и способность их предупредить, были взяты

¹ L.R.W.T.C., 4, pp. 1 ss.; *Documents on prisoners of war*, ed. by H.S. Levie, in *International Law Studies*, vol. 60, Naval War College Press Newport (R.I.), 1979, pp. 296–297; A. D., 1946, 257; см. также: Rabaul, Austr. Milit. Cr., 2 June 1947, *Baba Masao*, A. D., 1947, 205–7; Nur., U.S. Mil. Trib., 3 Nov. 1947, *Pohl et al.*, A. D., 1947, 292.

² LEVIE, *loc. cit.*, p. 321 et A. D., 1946, 272–4.

³ 19 Febr. 1948, A. D., 1948, 652.

⁴ TPIY, Chambre I, aff. n° IT-95-5 et 18-R61, 11 juillet 1996, *Karadzic et Mladic*, §§ 65–66, 71–84.

на вооружение международными уголовными трибуналами¹. Данные принципы входят в обычное международное право² и применимы ко всем типам конфликтов (Обычное МГП, нормы 152–153).

Международные уголовные трибуналы выделили три составных элемента этой ответственности:

— отношение власти между начальником и подчиненным, совершившим нарушение, причем это отношение в равной степени касается как командира, так и «гражданского» начальника, если последний наделен властными полномочиями контроля над своим подчиненным³, и не важно какой пост занимает соответствующее лицо⁴, не важно, идет ли речь о власти *de jure* или *de facto*, лишь бы начальник был способен предупредить или пресечь правонарушение⁵. Наличия официального правоотношения власти между начальником и подчиненным не требуется для установления ответственности первого⁶;

не несет ответственности в качестве начальника «влиятельное и высокопоставленное лицо», которое оказывает поддержку обороне государства, но не связано реальным отношением власти с подчиненным, который совершил преступление⁷. Властные полномочия директора тюрьмы в отношении охранников необязательно распространяются на военнослужащих, которые направляются в тюрьму⁸. Тот факт, что обвиняемый может представлять вооруженные силы, которыми он командует, на переговорах с противной стороной, предполагает, что он имеет власть над этими силами⁹;

в соответствии с логикой, чем выше положение начальника в военной и политической иерархии, тем больше риск того, что ему будет вменена ответственность за непринятие мер, если он ничего не сделал, чтобы воспрепятствовать совершению преступлений на более низком уровне, поскольку он обладает властью, необходимой для того, чтобы положить им конец. Правда, требуется еще, чтобы начальник знал об этих преступлениях или должен был о них знать (см. ниже);

— знание о правонарушении или способность узнать о нем: не существует презумпции *juris tantum*, что начальник знает о правонарушениях, совершенных его подчиненными. Ответственность начальника за действия своих подчинен-

¹ Например, ТПЙ, aff. IT-96-21-T, 16 nov. 1998, §§ 330–401; *id.*, aff. IT-95-14-T, *Blaskic*, 3 mars 2000, § 294.

² *Id.*, aff. IT-96-21-T, *Celebici*, 16 nov. 1998, §§ 333–343.

³ *Ibid.*, § 370; aussi, *id.*, aff. IT-95-14/1-T, *Aleksovski*, 25 juin 1999, §§ 76–78; *id.*, aff. IT-96-23 et 23/1-T, *Kunarac et al.*, 22 févr. 2001, §§ 396–399; *id.*, aff. IT-95-14/2-T, *Kordic et al.*, 26 févr. 2001, §§ 388, 416, 422.

⁴ *Id.*, aff. IT-96-23 et 23/1-T, *Kunarac et al.*, 22 févr. 2001, § 398.

⁵ *Id.*, aff. IT-96-21-T, *Celebici*, 16 nov. 1998, §§ 354–378, plus spéc., 378, 735–736, 795; aussi *id.*, aff. IT-95-14/1-T, *Aleksovski*, 25 juin 1999, §§ 118–119; *id.*, aff. IT-95-14-T, *Blaskic*, 3 mars 2000, § 301; *id.*, aff. IT-95-14/2-T, *Kordic et al.*, 26 févr. 2001, § 416; ТПИР, aff. ICTR-95-1-T, *Kayishema et al.*, 21 mai 1999, §§ 216–223, 500, 513; *id.*, aff. ICTR-95-14-T, *Bagilishema*, 7 juin 2001, § 151; ТПИУ, aff. IT-98-34-T, *Naletilic et al.*, 31 mars 2003, § 412.

⁶ ТПИР, aff. ICTR-97-20-A, *Semanza*, 20 mai 2005, § 361.

⁷ ТПЙ, aff. IT-96-21-T, *Celebici*, 16 nov. 1998, § 658.

⁸ *Id.*, aff. IT-95-14/1-T, *Aleksovski*, 25 juin 1999, § 133.

⁹ ТПЙ, aff. IT-01-42-T, *Strugar*, 25 janv. 2005, § 398.

ных не является объективной ответственностью — она наступает, только если доказано, что начальник знал или имел основания знать о них¹;

«начальнику может быть вменено в вину *намеренное* уклонение от получения информации, а не то, что не запросил ее»² (*курсив автора*);

знание о совершенных правонарушениях должно доказываться в каждом конкретном случае с учетом большого числа критериев: количество, тип и масштаб правонарушений, число участников, место и время совершения правонарушений и т. д.³ Возможно использование косвенных доказательств⁴. Многочисленные жалобы, поступающие начальнику от ООН по поводу нарушений, совершаемых его подчиненными, исключают с его стороны ссылку на незнание о них⁵. То же относится к протесту, заявленному на самом высоком уровне в связи с бомбардировкой старинного города Дубровник⁶. Однако в случае совершения соответствующих деяний на большом расстоянии от местонахождения начальника доказать его осведомленность о них будет трудно⁷;

«...что касается обстоятельств места и времени, чем дальше начальник находится от места совершения преступлений, тем больше может потребоваться доказательств того, что он действительно о них знал. С другой стороны, если преступления были совершены в непосредственной близости от места выполнения начальником своих обязанностей, это может быть важным *indicium*, доказывающим, что начальник знал о преступлениях. Это тем более так, когда преступления носят повторяющийся характер»⁸;

в судебной практике после Второй мировой войны особо подчеркивался долг начальников собирать информацию⁹. МТБЮ считает, опираясь, в частности, на материалы по подготовке ст. 86, п. 2, Дополнительного протокола I, что обычное право предусматривает не абстрактный долг осведомляться и знать, а обязанность адекватно реагировать, когда по имеющимся сведениям начальник информирован о том, что его подчиненные совершают правонарушения¹⁰. Хотя, по мнению одной из Камер МТБЮ, незнание в результате упущения не может использоваться как средство защиты¹¹, Апелляционная камера МТБЮ сочла, что само по себе такое упущение не влечет за собой ответственности по ст. 7, п. 3, Устава¹². По-другому дело может

¹ *Id.*, app. aff. IT-96-21-A, *Celebici*, 20 févr. 2001, § 239; *id.*, aff. IT-95-14/2-T, *Kordic et al.*, 26 févr. 2001, § 437; *id.*, aff. IT-98-34-T, *Naletilic et al.*, 31 mars 2003, § 403; *id.* aff. IT-99-36-T, *Brdanin*, 1^{er} sept. 2004, §§ 473, 538; comp., *ibid.*, § 478.

² ТРИУ, aff. IT-95-14-A, *Blaskic*, 29 juillet 2004, § 406.

³ *Id.*, aff. IT-96-21-T, *Celebici*, 16 nov. 1998, §§ 384–386; *id.*, aff. IT-95-14-T, *Blaskic*, 3 mars 2000, § 307; *id.*, aff. IT-96-23 et 23/1-T, *Kunarac et al.*, 22 févr. 2001, § 395.

⁴ *Id.*, aff. IT-95-14/2-T, *Kordic et al.*, 26 févr. 2001, § 427.

⁵ ТРИУ, aff. IT-98-29-T, *Galic*, 5 déc. 2003, § 706.

⁶ ТРИУ, aff. IT-01-42-T, *Strugar*, 25 janv. 2005, §§ 417–418.

⁷ *Id.*, aff. *Aleksovski*, *loc. cit.*, § 80; *id.*, aff. IT-97-25-T, *Krnjelac*, 15 mars 2002, §§ 332, 343–345.

⁸ *Id.*, aff. IT-01-48-T, *Halilovic*, 16 Nov. 2005, § 66.

⁹ *Id.*, aff. IT-96-21-T, *Celebici*, 16 nov. 1998, §§ 388–389; *id.*, aff. IT-95-14-T, *Blaskic*, 3 mars 2000, § 301.

¹⁰ *Id.*, aff. IT-96-21-T, *Celebici*, 16 nov. 1998, §§ 387–393, 771–772; *id.*, app. aff. IT-96-21-A, *Celebici*, 20 févr. 2001, §§ 216 ss.

¹¹ *Id.*, aff. IT-95-14-T, *Blaskic*, 3 mars 2000, § 332.

¹² *Id.*, aff. IT-96-21-A, *Celebici*, 20 févr. 2001, § 226; *id.*, ТРИУ, aff. IT-95-14-A, *Blaskic*, 29 juillet 2004, § 62; *id.*, aff. IT-01-48-T, *Halilovic*, 16 Nov. 2005, § 71.

обстоять только в случае, когда имеет место не упущение, пусть даже намеренное, а косвенный умысел (см. выше, п. 4.69). Именно таким будет случай начальника, который

«осознает реальную возможность совершения преступления в ходе выполнения его приказа (...). И когда, осознавая это, он отдает такой приказ, данный факт должен рассматриваться как принятие риска»¹;

в Статуте МУС проводится различие между ответственностью командира и гражданского начальника. Главное различие заключается в том, что Статут вменяет первому обязанность осведомляться, а второму — обязанность адекватно реагировать, когда он информирован о соответствующих действиях, или когда речь идет о деятельности, находящейся под его фактическим контролем;

ст. 28, а), i, Статута предусматривает, что военный командир несет ответственность за преступления, совершенные силами, находящимися в его подчинении, когда он знал, либо, в сложившихся на тот момент обстоятельствах, *должен был знать (курсив автора)*, что эти силы совершали такие преступления. Обязать начальника знать равносильно вменению ему в обязанность осведомляться. Предусматривая, что гражданский начальник должен принять «все необходимые и разумные меры», чтобы воспрепятствовать совершению этих преступлений и обеспечить их пресечение, ст. 28, b, iii, неявным образом указывает на то, что для предупреждения и пресечения преступлений необходимо и разумно запросить информацию. Эта обязанность, по-видимому, шире для военного командира, чем для гражданского начальника. Последнему вменяется обязанность собирать информацию только в той мере, в какой совершаемые деяния «затрагивали деятельность, подпадающую под эффективную ответственность и контроль начальника»²;

— неприятие мер по предупреждению и пресечению. Как заявила одна из Камер МТБЮ,

«наказание является неотъемлемой частью предупреждения будущих преступлений. Командиру недостаточно отдать приказы профилактического характера или создать условия для надлежащего обращения с гражданскими лицами и военнопленными, если нарушения, могущие иметь место впоследствии, остаются безнаказанными. Такое отсутствие мер наказания со стороны командира может восприниматься войсками, которым отдаются приказы профилактического характера, только как неявное согласие с тем, что данные приказы не являются обязательными»³;

обязанность предупреждать и наказывать подразумевает также обязанность расследовать факты и сообщать о них компетентным властям в рамках выполнения своих полномочий в части санкций⁴. Именно потому, что эти пункты были недостаточно проконтролированы, критике подверглись оправдательные приговоры боснийских

¹ ТРИУ, aff. IT-95-14-A, *Blaskic*, 29 juillet 2004, § 42.

² ТПР, aff. ICTR-95-1-T, *Kayishema et al.*, 21 mai 1999, § 228.

³ ТРИУ, aff. IT-01-48-T, *Halilovic*, 16 Nov. 2005, § 96.

⁴ ТРИУ, aff. IT-95-14/2-T, *Kordic et al.*, 26 févr. 2001, § 446; *id.*, aff. IT-01-48-T, *Halilovic*, 16 Nov. 2005, § 97.

судов в отношении начальника полицейского участка, привлеченного к ответственности за изнасилования и принудительный труд в находившемся под его управлением лагере для пленных¹;

еще нужно доказать, что начальник имел возможность действовать²: власть *de jure* начальника позволяет предположить, что он способен действовать, но эта презумпция может быть, так сказать, перевернута³: ни от кого нельзя требовать невозможного, и начальник «может быть привлечен к ответственности только за непринятие мер, которые были в его власти»⁴, меры, которые были необходимыми и разумными⁵. В деле Акайесу одна из Камер МУТР вынесла заключение о необходимости проверить, располагала ли фактически *гражданская власть* возможностью предотвратить соответствующие действия⁶. В деле Халиловича Камера МТБЮ сочла, что с учетом существовавших обстоятельств представитель старшего офицерского состава армии боснийских мусульман не может быть привлечен к уголовной ответственности за массовые убийства боснийскими военнослужащими хорватских гражданских лиц в Грабовице (8–9 сентября 1993 г., 33 убитых) и Уздоле (14 сентября 1993 г., 23 убитых)⁷, поскольку данное лицо не осуществляло фактического контроля над частями, совершившими эти действия⁸.

Именно на этих критериях — отношение власти, знание о правонарушении и способность ему воспрепятствовать — основывалось обвинительное заключение испанского следственного судьи Гарсона при установлении ответственности генерала Пиночета за вменяемые ему преступления⁹.

4.90. Одним из составных элементов уголовной ответственности начальника является наличие намерения¹⁰. Однако судебная практика показывает, что последнее может рассматриваться в широком смысле и что простой пассивности по отношению к фактам, о которых в данных конкретных обстоятельствах он не мог не знать, достаточно для привлечения его к уголовной ответственности. Примером, так сказать, экстремального применения этой презумпции может послужить постановление, вынесенное Токийским международным военным трибуналом (см. выше, п. 4.85).

¹ Sarajevo, Magistrate's Ct., 27 March 2000 et Supr. Ct. of Bosnia and Herzegovina, 7 Nov. 2000, *Djedovic*, in *YIHL*, 2000, pp. 433–435 et obs. J. K. KLEFFNER.

² TPIY, aff. IT-98-34-T, *Naletilic et al.*, 31 mars 2003, § 428; TPIY, aff. IT-01-42-T, *Strugar*, 25 janv. 2005, § 444.

³ TPIR, aff. ICTR-00-55 A-T, *Muvunyi*, 12 sept. 2006, § 475.

⁴ TPIY, aff. IT-96-21-T, *Celebici*, 16 nov. 1998, §§ 394–395; *id.*, aff. IT-95-14/1-T, *Aleksovski*, 25 juin 1999, § 81; *id.*, app. aff. IT-96-21-A, *Celebici*, 20 févr. 2001, § 198; *id.*, aff. IT-98-29-T, *Galic*, 5 déc. 2003, §§ 176, 720; *id.*, aff., IT-95-14-A, *Blaskic*, 29 juillet 2004, § 375.

⁵ *Id.*, aff. IT-97-25-T, *Krnjelac*, 15 mars 2002, §§ 95 et 127.

⁶ TPIR, aff. ICTR-96-4-T, 2 sept. 1998, *Akayesu*, § 491.

⁷ TPIY, aff. IT-01-48-T, *Halilovic*, 16 Nov. 2005, e. a., §§ 2–10.

⁸ *Ibid.*, e. a., §§ 743–751.

⁹ Order of 10 Dec. 1998, point 11 in *YIHL*, 1999, p. 532.

¹⁰ *Ibid.*

4.91. В решении, касающемся предоставления Бельгией статуса политического беженца руандийцу, который командовал жандармерией Руанды в момент геноцида в этой стране (апрель–июнь 1994 г.), Комиссия по рассмотрению обжалованных решений, вынесенных в отношении беженцев, отметила, что, лицо, занимающее такой высокий пост, должно было понимать, что ему может быть вменена ответственность за преступления, совершенные силами, находящимися в его подчинении, но что эта презумпция может быть резко изменена в свете обстоятельств дела:

«Сам по себе факт нахождения на ответственном посту в рамках режима, ответственного за геноцид, может послужить достаточным основанием для того, чтобы предположить наличие ответственности в совершенных преступлениях. (...) Однако эта презумпция не является неоспоримой. (...) Необходимо задаться вопросом о реальной власти, которой располагало лицо, и о фактической возможности ее осуществления, а также оценить, есть ли разумные основания для того, чтобы рассматривать занятую им позицию как указывающую на его установки, пусть даже не выраженные вербально. (...) Наконец следует рассмотреть вопрос о возможном наличии конкретных обстоятельств, освобождающих лицо от ответственности»¹.

В данном конкретном случае Комиссия сочла, что этот человек пытался, насколько ему это позволяли имеющиеся у него возможности, обеспечить защиту людей, что не было доказано его терпимое отношение к многочисленным бесчинствам, допущенным находящимися под его командованием силами, и что он сам был смещен с поста командующего 5 июня 1994 г.²

Данное решение было бы понятно, если бы указанные события продолжались лишь несколько дней. И очень спорным представляется предположение, что акты *геноцида*, совершавшиеся в течение почти двух месяцев регулярными силами, не влекут никакой ответственности их командира. Поскольку последний сам не подал в отставку, он с необходимостью покрывал действия своих подчиненных и, следовательно, должен нести ответственность за непринятие мер в отношении этих действий (см. выше, п. 4.85).

4.92. В части, касающейся геноцида, ответственность начальника за непринятие мер наступает, если он знал о наличии у его подчиненных специального умысла совершить геноцид. При этом не требуется доказывать, что сам начальник намеревался совершить акты геноцида. Даже если у него не было такого намерения, он все равно несет ответственность за действия своих подчиненных³.

4.93. Несет ли начальник ответственность за действия, совершенные его подчиненными в момент, когда он не осуществлял своих властных полномочий в отношении последних? Иными словами, может ли он быть привлечен к ответственности за непринятие мер пресечения в отношении действий, которые были совершены до того, как он принял на себя командные функции по отношению

¹ Comm. per. rec. ref., 28 mai 1998, *Rev. dr. étrgers.*, 1998, p. 252.

² *Ibid.*

³ ТРИУ, aff. IT-99-36-T, *Brdanin*, 1^{er} sept. 2004, §§ 718 ss.

к своим подчиненным и узнал о соответствующих фактах, уже выполняя командные функции?

Тремя голосами против двух Апелляционная камера МТБЮ дала отрицательный ответ на этот вопрос¹. Основным аргументом большинства было то, что такая ответственность явным образом не предусматривается обычным международным уголовным правом и в случае сомнений не может быть объектом презумпции². Некоторые документы, касающиеся ответственности начальника, предусматривают ее только в той мере, в какой начальник «знал либо в сложившихся на тот момент обстоятельствах должен был знать», что его подчиненные «совершали или намеревались совершить такие преступления» (Статут МУС, ст. 28, a (i) и b (i); Проект кодекса преступлений против мира и безопасности человечества Комиссии международного права 1996 г., ст. 6). По мнению большинства судей Апелляционной камеры, из этих текстов следует, что

«акцент делается на отношении начальник–подчиненный, существующем в момент, когда подчиненный совершал или намеревался совершить преступление. Преступления, совершенные до того, как начальник приступил к выполнению своих командных функций, явным образом исключаются»³.

В своих особых несопадающих мнениях судьи Шахабуддин и Хант высказали серьезные возражения против этого решения. Они отметили, в частности, что:

- согласно докладу Генерального секретаря ООН об Уставе МТБЮ, ответственность лица, находящегося на руководящей должности, наступает, если оно

«знало или должно было знать о том, что его подчиненные собираются совершить или совершили преступление, однако не приняло необходимых и разумных мер по предотвращению или пресечению таких преступлений или не наказало лиц, виновных в их совершении»⁴ (курсив автора);

- по мнению Камеры первой инстанции, в деле Кордича

«...обязанность по наказанию возникает, естественно, после совершения преступления. Лица, находящиеся на руководящей должности *после совершения преступления*, в равной степени обязаны наказывать. Этот долг включает в себя, по крайней мере, обязанность расследовать преступления для установления фактов и доведения их до сведения компетентных властей, если начальник не уполномочен налагать санкции самостоятельно»⁵ (курсив автора).

- военные наставления Великобритании (1958 г.) и США (1956 г., пересмотрены в 1976 г.) предусматривают ответственность за принятие необходимых мер или наказание подчиненных, «совершивших военное преступление»⁶ (курсив автора);

¹ ТРИУ, aff. IT-01-47-AR72, *Hadzihasanovic et al.*, 16 July 2003, § 57.

² *Ibid.*, § 51.

³ *Ibid.*, § 49.

⁴ Доклад Генерального секретаря ООН, представленный во исполнение п. 2 резолюции 808 (1993) Совета Безопасности, п. 56, цит. по: *ibid.*, особое мнение судьи Шахабуддина, п. 33.

⁵ ТРИУ, aff. IT-95-14/2-T, 26 Febr. 2001, § 446, cité *ibid.* op. dissid. SHAHABUDEEN, § 35 et op. dissid. HUNT, § 23.

⁶ *Ibid.*, op. dissid. HUNT, § 12.

— в деле Кунтце американский военный трибунал вынес заключение об уголовной ответственности обвиняемого за непринятие мер по пресечению действий, совершенных его подчиненными до того, как он стал их командиром¹.

Особые несовпадающие мнения судей Шахабудида и Ханта представляются более убедительными, чем мнение большинства. Отметим, кстати, что непринятие мер по пресечению военного преступления является нарушением МГП. Общие ст. 49, 50, 129, 146 Женевских конвенций вменяют каждой Высокой Договаривающейся Стороне обязанность разыскивать лиц, совершивших серьезные нарушения, и предавать их суду. Аналогичным образом обязанность командира возбуждать преследование против лиц, совершивших нарушения МГП, предусмотрена ст. 87, п. 3, Дополнительного протокола I. Однако нарушение этих обязанностей не криминализовано, и нам неизвестны случаи привлечения к уголовной ответственности на этом основании. Можно ли считать это аргументом? Нарушения Гаагского положения также не были криминализованы, что не помешало Международному военному трибуналу в Нюрнберге приравнять их к военным преступлениям, но основываясь на практике военных трибуналов².

4. Ответственность подчиненного

4.94. В соответствии с вынесенным судебным постановлением тот факт, что офицер не проинформировал вышестоящих начальников о совершенных военных преступлениях, не является военным преступлением, если сам офицер в них не участвовал и не отдавал преступных приказов³.

Аналогичный подход был принят канадским военным трибуналом в деле Броклбэнк (Brocklebank): обвинение выдвигалось против военнослужащего из состава канадского батальона ЮНОСОМ, ставшего свидетелем пыток, которым офицеры подвергали молодого сомалийца, скончавшегося в результате этих истязаний. Броклбэнк был привлечен к ответственности за то, что даже не попытался предупредить о происходящем старших офицеров. Однако он был оправдан, так как сомалиец, которого пытали, не находился под его непосредственной охраной, и большинство судей сочли, что подсудимый поступил так, как поступило бы любое другое лицо, имеющее такое же воинское звание и обладающее таким же опытом⁴. Это по меньшей мере спорное решение⁵ не было принято единогласно. По мнению судьи К. Уэйлера, следовало задаться вопросом о том, «осознал бы здравомыслящий военнослужащий, что его бездействие усугубит вред» и «явилось ли непринятие мер со стороны Броклбэнк явным отступлением от поведения, которого можно было ожидать от здравомыслящего военнослужащего в имеющих место обстоятельствах»⁶.

¹ *List Case*, 19 Feb. 1948, cité *ibid.*, op. dissid. HUNT, §§ 15–19.

² *Procès, doc. off.*, I, pp. 232–233.

³ *Hamburg, Brit. Mil. Crt.* 19 Dec. 1949, *Von Lewinski (alias Von Manstein)*, A. D., 1949, 514.

⁴ *Crt. Martial, App. Crt., Canada*, 2 Apr. 1996, *Brocklebank*, inédit, per Decary, pp. 30–31.

⁵ BOUSTANY, K., «Brocklebank: A Questionable Decision of the Court Martial Appeal Court of Canada», *YJHL*, 1998, p. 373.

⁶ *Ibid.*, per WEILER, p. 11.

4.95. Эта ответственность сродни той, которая может возникать в результате отсутствия предусмотрительности или мер предосторожности, могущего привести к убийству или причинению телесных повреждений (УК Бельгии, ст. 418–420).

Обвиняемый в деле Маршала был привлечен к ответственности за то, что недооценил опасность, которой подвергались бельгийские военнослужащие из состава МООНПР, обеспечивавшие безопасность премьер-министра Руанды 7 апреля 1994 г. и погибшие при выполнении этого задания. Военный трибунал счел, что ответственность за вред в результате отсутствия предусмотрительности может наступать «в любых ситуациях, в том числе в случае вооруженных конфликтов» и что она распространяется на «представителей всех профессий, в том числе для военных командиров»¹.

Критерии такой ответственности являются классическими для «человека, в обычных условиях осмотрительного и здравомыслящего, перед лицом внешних фактических обстоятельств, в которых оказалось лицо, которому вменяется в вину» вред².

Эти критерии, естественно, оцениваются с учетом статуса заинтересованного лица: поведение старшего офицера будет сравниваться не с поведением простого солдата,

«а с поведением старшего офицера, в обычных условиях осмотрительного и здравомыслящего, который оказался перед лицом таких же внешних фактических обстоятельств»³.

Так же должно обстоять дело с оценкой поведения подчиненного, ставшего свидетелем нарушений права вооруженных конфликтов, — надлежит определить, принял ли он в рамках имеющихся в его распоряжении возможностей необходимые меры для предотвращения таких действий.

Министерство обороны США приняло директиву по этому вопросу (см. выше, п. 3.17). Эта директива должна была бы вменить в обязанность американским военнослужащим, присутствовавшим при взятии Кундуза силами Северного альянса 25 ноября 2001 г. во время афганского конфликта, сообщать о военных преступлениях, совершенных в отношении пленных талибов, когда они доставлялись к месту содержания под стражей в контейнерах, и многие при этом умерли от удушья⁴.

5. *Ответственность третьих лиц*

4.96. Предусматривает ли непосредственно международное право обязанность каждого индивидуума действовать с тем, чтобы предотвратить или пресечь готовящееся военное преступление, о котором ему стало известно? В то время как такая обязанность вменяется государствам и их представителям в рамках права жертв на помощь (см. выше, п. 2.346 и сл.) и обязанности заставлять соблюдать

¹ Cour militaire Bruxelles, 4 juillet 1996, *RDPC*, 1997, 115.

² *Ibid.*

³ *Ibid.*

⁴ *Le Monde*, 21 août 2002.

нормы права вооруженных конфликтов (см. выше, п. 3.13 и сл.), она явным образом не предусмотрена для частных лиц (см. выше, пп. 2.352, 2.371). Однако позволительно считать, что она вытекает из духа норм, касающихся защиты прав личности (ср. ВДПЧ, ст. 29) и безличной формулировки норм, относящихся к помощи жертвам (см. выше, п. 2.355). В конечном счете, это — не что иное, как применение максимы: «Кто может помешать и не мешает, совершает грех».

В отличие от норм, регламентирующих ответственность начальника за принятие мер по предупреждению действий подчиненного (см. выше, п. 4.83 и сл.), международное право не предусматривает уголовных санкций в отношении третьего лица за неоказание помощи жертвам. Такая санкция существует только во внутреннем праве вместе с криминализацией неоказания помощи лицу, находящемуся в опасности, и она присутствует в большинстве национальных уголовных законодательств (ср. УК Бельгии, ст. 422*bis* и 422*ter*). Правда, еще нужно доказать, что третьи лица имели материальную и моральную возможность действовать в данных конкретных обстоятельствах.

Так, представляется, что никакая ответственность не может быть вменена нидерландскому батальону из состава СООНО, который в 1995 г. не смог защитить боснийский анклав Сребреница и тысячи боснийских мусульман, которые бежали туда в поисках убежища во время конфликта между правительством Сараево и сербскими силами Боснии и Герцеговины. Неравенство противостоящих сил в момент захвата анклава Сребреница силами боснийских сербов под командованием Младича, тот факт, что некоторые нидерландские военнослужащие были взяты в качестве заложников, и опасность быть казненными в случае сопротивления со стороны нидерландских военнослужащих¹, — все это обрекало на неудачу любую их попытку воспротивиться преступлениям против мусульманского населения. По мнению Р. Сикмана,

«если бы нидерландские солдаты предприняли действия по предотвращению военных преступлений, они бы, несомненно, поставили бы себя под угрозу, но мало что сумели бы сделать в условиях превосходства сил боснийских сербов»².

Противоположный пример — австралийскому суду пришлось разбирать дело об оскорблении действием на базе, предназначенной для целей обороны и космических исследований. В случае ведения войны Соединенными Штатами Америки эта база могла бы послужить целям применения ядерного оружия. Подсудимые по этому делу считали, что использование такого оружия преступно и что согласно международному праву каждый человек обязан воспротивиться его применению. Апелляционный суд оспорил существование такой обязанности и, а fortiori, то, что она наделила подсудимых правом нарушать внутреннее законодательство. Даже если предположить, что такая обязанность существовала, это означало бы просто необходимость для лица, которому она вменялась, обратиться в суд для обеспечения ее выполнения³.

¹ SIEKMANN, R.C.R., «The Fall of Srebrenica and the Attitude of Dutchbat from an International Legal Perspective», *YJIL*, 1998, p. 307.

² *Ibid.*, p. 312.

³ Australia, Northern Territory Ct. of App., 27 Nov. 1989, *Limbo v. Little*, *ILR*, 88, p. 507.

Ясно, что никто не может подменить правосудие. Однако порой возникают обстоятельства, когда соблюдение некоторых основополагающих человеческих ценностей требует немедленных действий и оправдывает их. Конечно, многое зависит от конкретных обстоятельств, которые должны анализироваться в каждом отдельном случае.

II. ВОЕННЫЕ ПРЕСТУПЛЕНИЯ

А. Истоки криминализации военных преступлений

4.97. Мы вкратце рассмотрим различные документы, которые заложили фундамент криминализации, но более не оказывают непосредственного влияния на современное уголовное право (1), а затем перейдем к более новым кодификациям, пришедшим им на смену (2).

1. Старые источники криминализации

4.98. Военные преступления — серьезные нарушения норм, применяемых в международных вооруженных конфликтах, а источником их криминализации в современном международном уголовном праве стал кодекс Фрэнсиса Либера, введенный в действие американским правительством во время гражданской войны в США 1861–1865 гг.

Этот кодекс представлял собой инструкции полевым войскам США, утвержденные приказом № 100 президента Линкольна от 24 апреля 1863 г. Они предусматривали действие на оккупированной территории законодательства военного времени, которое связывало как оккупированную, так и оккупирующую сторону (ст. 13) и обеспечивало пресечение как нарушений права войны, так и общеуголовных преступлений (ст. 44, 47)¹.

4.99. Данный кодекс оказал существенное влияние на последующую разработку права войны. Здесь мы упомянем лишь документы, содержавшие положения, направленные на пресечение нарушений права войны:

— Оксфордское руководство: доктринальная кодификация, принятая Институтом международного права на заседании, состоявшемся в Оксфорде в 1880 г. Его ст. 84 гласит:

«Нарушители законов войны подлежат наказаниям, установленным уголовным законодательством»²;

— соглашение между Великобританией и Свободным Оранжевым Государством и Южно-Африканской Республикой относительно сдачи буров, подписанное в Претории 31 мая 1902 г., Приложение, ст. 4:

¹ SCHINDLER et TOMAN, *Droit des conflits armés*, op. cit., pp. 5 ss.

² *Ann. de l'IDI*, Ed. nouvelle abrégée, vol. 1, 1875–1883, p. 727.

«Никакие процессуальные действия гражданского или уголовного характера не будут приняты против сдавшихся или возвращающихся к мирной жизни буров за любые действия, связанные с войной. Данное положение не распространяется на некоторые действия, противные обычаям войны, которые были доведены Главнокомандующим до сведения генералов буров и подлежат расследованию военными трибуналами сразу после завершения военных действий»¹;

- Женевская конвенция об улучшении участи раненых и больных в действующих армиях от 6 июля 1906 г. в ст. 28 предусматривала:

«Правительства, подписавшие Конвенцию, обязуются [...] равным образом принять или предложить на утверждение своим законодательным учреждениям, в случае недостаточности их военно-уголовных законов, необходимые меры для преследования во время войны отдельных случаев грабежа и дурного обращения с ранеными и больными армий, а равным образом и к наказанию, как за присвоение воинских знаков, злоупотребления флагом и повязкой Красного Креста военными или частными лицами, не состоящими под покровительством настоящей Конвенции.

Правительства сообщают друг другу, через посредство Швейцарского Федерального Совета, постановления, касающиеся упомянутых мер пресечения, не позднее 5 лет после ратификации настоящей Конвенции»²;

- Версальский мирный договор от 28 июня 1919 г. в своей ст. 228 предусматривал:

«Германское Правительство признает за Союзными и Объединившимися Державами право привлечения к их военным судам лиц, обвиняемых в совершении действий, противных законам и обычаям войны. Предусмотренные законами наказания будут применены к лицам, признанным виновными»³;

- Женевская конвенция об улучшении участи раненых и больных в действующих армиях от 27 июля 1929 г. в своей ст. 30 гласила:

«По просьбе одной из сторон, находящихся в конфликте, должно быть начато расследование в порядке процедуры, подлежащей установлению между заинтересованными сторонами, по поводу всякого утверждения о нарушении Конвенции. Как только нарушение будет установлено, стороны, находящиеся в конфликте, *пресекут его* и примут меры к наказанию за него в возможно короткий срок»⁴ (*курсив автора*).

4.100. Отметим, что ни Санкт-Петербургская декларация 1868 г., ни Брюссельская декларация 1874 г., ни Гаагские конвенции 1899 и 1907 гг.⁵, ни Женевская

¹ PARRY, CLIVE (ed.), *The Consolidated Treaty Series 1648–1918*, Oceana Publ., vol. 191, p. 232.

² М. В., 19 sept. 1907, *Pasin.*, 1907, p. 127.

³ *Итоги империалистической войны. Серия мирных договоров. Версальский мирный договор.* — М.: Литиздат НКВД, 1925. С. 83.

⁴ М. В., 15 oct. 1932.

⁵ Только ст. 3 Гаагской конвенции IV от 18 октября 1907 г. о законах и обычаях сухопутной войны предусматривала принцип ответственности воюющей стороны, чьи вооруженные силы нарушали право войны (см. выше, п. 4.3), но там ничего не говорилось об уголовном преследовании за это.

конвенция 1929 г. об обращении с военнопленными не криминализовали нарушения содержащихся в них норм.

При этом позволительно утверждать, что их нарушения составляют военные преступления *stricto sensu* в свете обычного международного права. Обвинительный приговор Международного военного трибунала является важным прецедентом. В нем признается, что Гагское положение не содержало положений о криминализации, но при этом отмечается, что в военной юриспруденции существовала уже давняя практика уголовного преследования за нарушения Положения:

«Гагская конвенция 1907 г. запрещала использование некоторых методов ведения военных действий. Это касалось бесчеловечного обращения с пленными, неправомерного использования флага перемирия и другой подобной практики. На незаконный характер этих методов указывали задолго до подписания этой Конвенции, но именно с 1907 г. они рассматриваются как преступления, наказуемые как нарушения законов войны. Однако нигде в Гагской конвенции эта практика не квалифицируется как преступная; она не предусматривает никаких наказаний, и в ней не упоминается никакой трибунал, который судил бы и наказывал бы за нее. Однако уже многие годы военные трибуналы судят и наказывают лиц, виновных в нарушениях норм сухопутной войны, установленных Гагской конвенцией»¹.

4.101. Вторая мировая война станет краеугольным камнем в криминализации нарушений законов и обычаев войны. 25 октября 1941 г. Рузвельт и Черчилль резко осудили нацистскую практику взятия и казни заложников в порядке репрессалий за отдельные нападения на немцев. Черчилль, в частности, сказал:

«Ответственность за эти хладнокровно совершенные казни невинных людей непременно падет на варваров, которые отдавали приказы о них, и на тех, кто их выполнял (...). Отныне кара за эти преступления должна войти в число главных целей войны»².

А 13 января 1942 г. союзники приняли «Межсоюзническое заявление о наказании за военные преступления», более известное как Сент-Джеймская декларация³. За ней последовал целый ряд других заявлений и деклараций, посредством которых союзники продемонстрировали свою решимость предать суду «тех, кто несет ответственность за зверства, массовые убийства и казни и кто принимал в них непосредственное и добровольное участие»⁴.

4.102. Эта решимость не только привела к учреждению Международных военных трибуналов в Нюрнберге и Токио для «суда над военными преступниками,

¹ *Procès, doc. off.*, 1, pp. 232–233.

² Цит. по: GANSHOF VAN DER MEERSCH, W.J., «Mr. Justice Jackson, initiateur de la justice internationale pénale et le procès de Nuremberg», *Revue de l'ULB*, 1961, n° 1, p. 58.

³ *Ibid.*

⁴ Accord de Moscou du 1^{er} nov. 1943 entre les E.-U., le R.-U. et l'URSS, *ibid.* p. 64; см. также: les accords de Yalta du 11 février 1944 et de Postdam de juillet-août 1945, *ibid.*

чи преступления не имеют территориальных пределов» (ст. 1 Лондонского соглашения от 8 августа 1945 г.), но также имела следствием многочисленные процессы над военными преступниками, организованные в странах, где они совершили свои преступления (ст. 4).

Именно с этого момента понятие военного преступления стало определяться более или менее четко.

2. *Современные источники криминализации*

4.103. Действия, возведенные в ранг военных преступлений, перечисляются в нескольких международных договорах, которые некоторым образом дополняют друг друга для государств-участников.

Этими договорами являются:

- Устав Международного военного трибунала в Нюрнберге, являющийся приложением к Лондонскому соглашению от 8 августа 1945 г. (Бельгия присоединилась к нему 5 октября 1945 г. В М.В. не публиковался), ст. 6, b;
- Устав Международного военного трибунала для Дальнего Востока («Токийский трибунал»), ст. 5, b¹;
- Женевские конвенции 1949 г., I, ст. 50; II, ст. 51; III, ст. 130; IV, ст. 147;
- Гагская конвенция 1954 г., ст. 28;
- Конвенция от 10 декабря 1976 г. о запрещении военного или любого иного враждебного использования средств воздействия на природную среду, ст. 4;
- Дополнительный протокол I 1977 г., ст. 11, п. 4, и ст. 85;
- Устав Международного уголовного трибунала по бывшей Югославии, принятый Советом Безопасности резолюцией 827 от 25 мая 1993 г., ст. 2 и ст. 3²;
- Устав Международного уголовного трибунала по Руанде, принятый Советом Безопасности резолюцией 955 от 8 ноября 1994 г., ст. 4;
- Статут Международного уголовного суда, принятый Дипломатической конференцией ООН, которая проходила в Риме с 15 июня по 17 июля 1998 г.

К этим текстам следует добавить ст. 20 Проекта кодекса преступлений против мира и безопасности человечества, принятого Комиссией международного права в 1996 г., поскольку, хотя, в принципе, этот проект и имеет только доктринальное значение, он, как и все документы, подготовленные Комиссией, имеет право занять особое место в этом перечне источников.

¹ См.: *The Tokyo Judgment*, éd. by B. V. A. ROLING and C. F. RÜTER, Univ. Press Amsterdam, 1977, vol. 3. О правовых основаниях этого Устава см.: DAVID, E., «L'actualité juridique de Nuremberg», in *Le procès de Nuremberg — Conséquences et actualisation*, Bruxelles, Bruylant, 1988, p. 114, n. 33.

² Комментарий см.: DAVID, *Éléments de droit pénal international et européen*, Bruxelles, Bruylant, 2009, §§ 14.2.1 ss.

4.104. Не все государства являются участниками этих договоров. Напомним, что Женевские конвенции 1949 г. относятся к числу самых ратифицированных договоров в мире — по состоянию на 31 августа 2007 г. они связывали 194 государства. Для сравнения — Гагская конвенция 1954 г. связывала тогда же лишь 118 государств, Дополнительный протокол I — 167 государств и Дополнительный протокол II — 163 государства. Это различие в числе ратификаций или присоединений не должно создавать впечатления, что степень криминализации военных преступлений варьирует в широких пределах в разных странах:

1° Нюрнбергское право, касающееся военных преступлений, изначально связывавшее лишь 23 государства, которые были участниками Лондонского соглашения¹, в настоящее время связывает все международное сообщество поскольку оно было подтверждено и утверждено ООН. В самом деле, 13 февраля 1946 г. Генеральная Ассамблея ООН приняла резолюцию 3 (1), где, «принимая во внимание определения военных преступлений, а также преступлений против мира и человечества, содержащиеся в Уставе Международного Военного Трибунала от 8 августа 1945 г.», государствам рекомендовалось принять все нужные меры для того, чтобы военные преступники были арестованы и высланы в те страны, где они совершили свои ужасные деяния, для суда и наказания согласно законам этих стран.

Через несколько недель после оглашения приговора Генеральная Ассамблея ООН в своей резолюции 95 (1) от 11 декабря 1946 г.

«подтверждает принципы международного права, признанные Уставом Нюрнбергского Трибунала и нашедшие выражение в решении Трибунала».

С принятием этих резолюций право, производное от Устава и приговора Международного военного трибунала в Нюрнберге, получило универсальное признание².

2° Женевские конвенции связывают все международное сообщество в плане как договорного, так и обычного права.

3° Сегодня вполне уместен вопрос о том, не являются ли также *обычными* криминализации, предусмотренные Дополнительным протоколом I. Показательно, что после войны в Кувейте министерство обороны США квалифицировало как «военные преступления» нарушения Гагского положения иракскими войсками, хотя они криминализованы не в этом документе, а в Дополнительном протоколе I, и Ирак не являлся его участником. Военными преступлениями были сочтены и нападения неизбирательного характера посредством пусков ракет «Скад» по территориям Израиля и Саудовской Аравии (наруше-

¹ Lomvois, Cl., *Dr. pénal international*, Paris, Dalloz, 1971, § 120, p. 127; государствами — участниками Лондонского соглашения были Франция, СССР, Великобритания, США, Австралия, Бельгия (5 октября 1945 г.), Чехословакия, Дания, Эфиопия, Греция, Гаити, Гондурас, Индия, Люксембург, Нидерланды, Новая Зеландия, Норвегия, Панама, Парагвай, Польша, Уругвай, Венесуэла, Югославия: SCHINDLER TOMAN, *op. cit.*, p. 1.308.

² Nur. U.S. Mil. Trib., 4 Dec. 1947, *Justice Trial*, A. D., 1947, 282; Canada, High Court of Justice, 10 July 1989, *Regina v. Finta*, ILLR, 82, p. 441.

ние ст. 23, ж, и 25 Гаагского положения, криминализованное ст. 85, п. 3, в, Дополнительного протокола I)¹. Это свидетельствует об эволюции *opinio juris* государств в отношении международного уголовного права в части, касающейся серьезных нарушений права вооруженных конфликтов.

- 4° Криминализации, содержащиеся в Уставах Международных уголовных трибуналов по бывшей Югославии и по Руанде, связывают все государства, являющиеся членами ООН, поскольку они фигурируют в решении Совета Безопасности, которое согласно ст. 25 Устава ООН является обязательным для всех этих государств;
- 5° Судьи Международного военного трибунала в Нюрнберге и Международного уголовного трибунала по бывшей Югославии не побоялись счесть военными преступлениями серьезные нарушения права вооруженных конфликтов, даже если соответствующие документы не предусматривали их криминализации. Так, в Нюрнберге нарушения Гаагского положения были квалифицированы как военные преступления, несмотря на полное отсутствие предусматривающих это положений² (см. выше, п. 4.100). Основываясь на этом прецеденте, Апелляционная камера МТБЮ заключила, что серьезные нарушения ст. 3, общей, влекут уголовную ответственность совершивших их лиц³. На этом основании Камера первой инстанции МТБЮ сочла, что так же должно обстоять дело с серьезными нарушениями Дополнительного протокола I⁴, не считаясь при этом — что довольно любопытно — с тем, что ст. 85 этого Протокола явным образом криминализует ряд нарушений ДП I.
- 6° Во всяком случае, согласно исследованию об обычном международном гуманитарном праве «серьезные нарушения МГП составляют военные преступления» (Обычное МГП, норма 156).

Таким образом, можно констатировать, что разнообразие договорных источников и различия в состоянии ратификации не должны оказывать серьезного влияния на географическую сферу применения криминализации военных преступлений, поскольку многие из соответствующих составов преступления носят обычный характер, а тексты частично перекрывают друг друга. В результате почти все государства оказываются связаны идентичными криминализациями.

В. Сфера применения криминализации

1. Сфера применения *ratione contextus*

4.105. Криминализация охватывает только действия, связанные с вооруженным конфликтом. Так, в отношении военных преступлений, предусмотренных

¹ U. S. Department of Defense Report to Congress on the Conduct of the Persian Gulf War, Apr. 10, 1992, *ILM*, 1992, pp. 633–635.

² Jugement du 30 sept. — 1^{er} oct. 1946, Doc. off., I, pp. 233 et 266.

³ Aff. IT-94-1-AR72, *Tadic*, 2 oct. 1995, § 189; *id.*, aff. IT-96-21-A, *Celebici*, 20 févr. 2001, §§ 153–173.

⁴ *Id.*, aff. IT-95-14/2-T, *Kordic et al.*, 26 févr. 2001, §§ 168–169.

Уставами Международных уголовных трибуналов, оба Трибунала уточнили, что они могут рассматривать дела о таких преступлениях только в той мере, в какой последние имеют «достаточную связь» с вооруженным конфликтом¹: даже если они не совершены на территории, где разворачивается конфликт, преступления должны быть связаны с последним по своей сути².

Поэтому прав был бельгийский следственный судья, когда, приняв в 1998 г. к рассмотрению иски против Пиночета за «военные преступления» по смыслу закона от 16 июня 1993 г. о пресечении серьезных нарушений Женевских конвенций 1949 г. и Дополнительных протоколов к ним, заявил о своей некомпетентности *ratione materiae* и о своей компетентности на основании обычной криминализации «преступлений против человечности»³. В самом деле, трудно было согласиться с тем, что преступления, вменяемые Пиночету, совершены в рамках вооруженного конфликта.

Напротив, менее понятна позиция бельгийского правосудия, когда оно отказалось рассматривать злоупотребления, допущенные бельгийскими военнослужащими из состава ЮНОСОМ в Сомали, как совершенные в рамках вооруженного конфликта⁴. МУТР в своей практике долгое время проявлял труднообъяснимую нерешительность⁵, тем менее убедительную, что МТБЮ склонялся, скорее, к широкому толкованию условия наличия связи с вооруженным конфликтом:

«Наличие причинно-следственной связи между вооруженным конфликтом и совершением преступления не требуется, но нужно, по крайней мере, чтобы существование вооруженного конфликта оказало значительное влияние на способность лица, совершившего преступление, сделать это, на его решение совершить преступление, способ и цель его совершения. Поэтому, если может быть доказано, как в данном случае, что лицо, совершившее преступление, действовало таким образом, чтобы содействовать вооруженному конфликту, либо *под прикрытием вооруженного конфликта*, этого достаточно, чтобы заключить, что соответствующие действия тесно связаны с указанным конфликтом»⁶ (*курсив автора*).

МУТР, в конце концов, разделил эту позицию (см. выше, п. 1.177 и сл.).

4.106. Того, что преступления связаны с вооруженным конфликтом, недостаточно. В течение длительного времени считалось также, что только преступления, совершенные в рамках *международного* вооруженного конфликта, могут быть приравнены к военным преступлениям. Это вытекает, в частности,

¹ *Id.*, aff. IT-94-1-T, *Tadic*, 7 mai 1997, § 572; TPIR, aff. ICTR-95-1-T, *Kayishema et Ruzindana*, 21 mai 1999, §§ 185–189; *id.*, aff. ICTR-96-3-T, *Rutaganda*, 6 déc. 1999, §§ 104–105; *id.*, aff. ICTR-96-13-T, *Musema*, 27 janvier 2000, §§ 259–262.

² TPIY, aff. IT-97-24-A, *Stakic*, 22 mars 2006, § 342.

³ Ord. 6 nov. 1998, *JT*, 1999, p. 309; см. комментарий: WEYEMBERGH, A., in *RBDI*, 1999, p. 191.

⁴ С. М., 17 déc. 1997, *Coelus en Baert*, II, 3, D, *J. T.*, 1998, 289; см. критику: WEYEMBERGH, A., «La notion de conflit armé, le droit international humanitaire et les forces des N. U. en Somalie (по поводу вердикта военного трибунала от 17 декабря 1997 г.)», *RDPC*, 1999, pp. 177–201.

⁵ TPIR, aff. ICTR-95-1-T, *Kayishema et Ruzindana*, 21 mai 1999, §§ 185–189; *id.*, aff. ICTR-96-3-T, *Rutaganda*, 6 déc. 1999, §§ 104–105; *id.*, aff. ICTR-96-13-T, *Musema*, 27 janvier 2000, §§ 259–262; см.: l'exposé d'*amicus curiae* de la Belgique en l'aff. *Semanza*, aff. ICTR-97-20-T, octobre 2000, §§ 16 ss.; *id.*, mai 2002, §§ 7 ss.

⁶ TPIY, aff. IT-96-23 et 23/1-A, *Kunarac et al.*, 12 juin 2002, § 58.

из Дополнительных протоколов 1977 г., поскольку только Дополнительный протокол I, применяемый к международным вооруженным конфликтам, предусматривает криминализацию нарушений права войны, совершенных в связи с последними. В самом деле, Дополнительный протокол II, касающийся немеждународных вооруженных конфликтов, не содержит положений «уголовно-правового» характера¹. В связи с этим некоторые суды проявили определенную смелость. Так, один датский суд осудил хорвата за нарушения Женевских конвенций III и IV, совершенные в лагере для пленных в Боснии и криминализованные в ст. 129–130 Женевской конвенции III и ст. 146–147 Женевской конвенции IV² на том основании, что правительство Дании квалифицировало конфликт как международный³! Вот оно — соломоново решение! Достаточно назвать кошку собакой, и дело в шляпе! Правительство превращается в фокусника: тем лучше для человечества и тем хуже для юридической техники...

4.107. При этом необходимо отметить, что в Женевских конвенциях 1949 г. и в Гагской конвенции 1954 г. статьи, которые криминализуют серьезные нарушения этих договоров, относятся к числу «общих положений», касающихся исполнения данных документов. Однако в этих конвенциях есть и положения, устанавливающие минимальную защиту жертв войны и культурных ценностей в случае немеждународного вооруженного конфликта:

- ст. 3, общая для четырех Женевских конвенций, запрещает в любое время и в любом месте в отношении некомбатантов и лиц, вышедших из строя:
 - посягательства на жизнь, пытки, истязания;
 - взятие заложников;
 - оскорбительное и унижающее достоинство обращение;
 - осуждения и казни без предварительного решения, вынесенного надлежащим образом учрежденным судом с соблюдением судебных гарантий, действующих в цивилизованных государствах;
- ст. 19 Гагской конвенции (в сочетании со ст. 4), запрещает любое повреждение культурных ценностей, любое преднамеренное нападение на них, а также любое их использование в военных целях.

Поскольку «общие положения» применяются ко всему документу в целом без проведения различия между статьей, применяемой к внутренним вооруженным конфликтам, и остальными положениями, позволительно заключить, что действия, составляющие серьезные нарушения согласно общим положениям, являются наказуемыми вне зависимости от характера — международного или внутреннего — вооруженного конфликта, в рамках которого они были совершены.

¹ Ср.: SANDOZ, in *Les dimensions internationales du droit humanitaire*, Genève, Institut Henry Dunant, et Paris, UNESCO-Pédone, p. 325.

² Danish High Ct., 3rd Chamber, Eastern Div., 25 November 1994, *Saric*, цит. по: TPIY, App., 2 octobre 1995, *Tadic*, p. 47, § 83.

³ MERLUNG, E., «National Implementation: The Universal Jurisdiction. The *Saric* Case», in *The Punishment of War Crimes. International Legal Perspective*, Colloquium of the Belgian Red Cross and the Belgian Ministry of Foreign Affairs, Brussels, 9 October 1996, pp. 13 ss.

Однако этому рассуждению противоречит тот факт, что Дополнительный протокол II, который, как явным образом указано (ст. 1, п. 1), развивает и дополняет положения, сформулированные в ст. 3, общей, не криминализует нарушения этих норм. Это отсутствие криминализации в Дополнительном протоколе II показывает, что в 1977 г. государства не были готовы к тому, чтобы возвести в ранг военных преступлений нарушения права вооруженных конфликтов, совершенные во время немеждународного вооруженного конфликта.

4.108. С тех пор ситуация изменилась, и сегодня ряд действий, совершенных в рамках вооруженного конфликта немеждународного характера, квалифицируются как военные преступления. Эволюция, приведшая к такому результату, затронула доктрину, судебную практику и юриспруденцию.

4.109. Так, в 1991 г., когда Комиссия международного права приняла в первом чтении свой Проект кодекса преступлений против мира и безопасности человечества, она криминализовала «военные преступления особой тяжести» (ст. 22). При этом было уточнено, что данная криминализация применяется как к международным вооруженным конфликтам, так и к внутренним вооруженным конфликтам, которых касаются, соответственно, ст. 1, п. 4, Дополнительного протокола I и ст. 3, общая для всех Женевских конвенций¹.

Принимая в 1996 г. во втором чтении окончательную редакцию Проекта, Комиссия международного права уточнила и развила криминализацию «военных преступлений», но тщательно разграничила, с одной стороны, преступления, совершенные в рамках международного вооруженного конфликта (и здесь Комиссия приводит обширный перечень нарушений женевского и гаагского права) и, с другой стороны, преступления, совершенные во время внутреннего вооруженного конфликта, которых касается ст. 3, общая. В данном случае Комиссия возводит в ранг военных преступлений нарушения ст. 3, общей, равно как и акты терроризма, разграбление, нарушения сексуального свойства, использование методов или средств ведения войны, не оправданных военной необходимостью, когда известно, что они причинят серьезный ущерб природной среде и тем самым нанесут большой ущерб здоровью или выживанию населения (ст. 20, f-g)².

4.110. Именно в связи с югославским конфликтом в практике также произошла ориентация на криминализацию военных преступлений, совершенных во время внутреннего вооруженного конфликта. Так, Совет Безопасности

— вновь подтвердил

«что лица, которые нарушают эти конвенции [Женевские конвенции 1949 г.] или отдают приказ об их грубом нарушении, несут личную ответственность за такие нарушения»³;

¹ *Rapport CDI*, 1991, doc. ONU A/46/10, p. 295.

² *Rapport CDI*, 1996, doc. ONU 1/50/10, pp. 135 et 140–143.

³ Рез. СБ ООН, S/Res.764, 13 июля 1992 г., п. 10.

- создал комиссию экспертов с целью представления... своих выводов относительно «фактов серьезных нарушений... международного гуманитарного права, совершаемых на территории бывшей Югославии»¹;
- учредил Международный уголовный трибунал по бывшей Югославии (см. выше, п. 4.103).

При этом Совет Безопасности никогда не стремился проводить различие между действиями, совершенными в рамках внутренней фазы конфликта (то есть до образования Республик Словения, Хорватия, Босния и Герцеговина и их признания Федеративной Республикой Югославия), и действиями, которые имели место, когда конфликт перешел в международную фазу.

Со своей стороны Европейское сообщество и его государства-члены осудили в том же конфликте

«недавнее нападение сербского ополчения на город Яйце и варварский обстрел гражданских лиц, спасавшихся бегством из города. Они осуждают такие нарушения международного гуманитарного права и подтверждают, что те, кто их совершает или приказывает совершить, несут за это личную ответственность»².

4.111. Совет Безопасности окончательно перешел Рубикон, отделяющий международные вооруженные конфликты от немеждународных, наделив Международный уголовный трибунал по Руанде юрисдикцией в отношении «серьезных нарушений» ст. 3, общей, и Дополнительного протокола II (Устав, ст. 4). Иными словами, Совет Безопасности криминализировал действия, которые в международном плане были запрещены, но никогда не квалифицировались *stricto sensu* как военные преступления, даже если соответствующие факты попадали под другие квалификации (преступления против человечности, терроризм, пытки, см. ниже, п. 4.223 и сл.).

Генеральный секретарь ООН признал, что Устав МУТР в этом плане носит новаторский характер, поскольку его положениями были включены

«в предметную юрисдикцию Трибунала по Руанде международные документы независимо от того, считаются ли они частью обычного международного права или же они обычно влекут за собой личную уголовную ответственность лиц, совершивших преступление. (...) в ст. 4 Устава включены нарушения Дополнительного протокола II, который в целом еще не получил всеобщего признания как часть обычного международного права, и в ней впервые криминализуются нарушения ст. 3, общей для четырех Женевских конвенций»³.

При этом деяния, перечисленные в ст. 4 Устава МУТР (посягательства на жизнь и физическую неприкосновенность, взятие заложников, акты терро-

¹ Рез. СБ ООН S/Res. 780, 6 октября 1992 г., п. 2; 787, 16 ноября 1992 г., п. 7.

² Déclaration sur la Bosnie-Herzégovine: attaque sur Jajce, Communiqué de presse du Cabinet des C. E., 2 novembre 1992, in *Rev. de la presse du MAE de Belgique*, 13 novembre 1992, n° 1992/188.

³ Док. ООН S/1995/134, Доклад Генерального секретаря, представленный во исполнение п. 5 резолюции 955 (1994) Совета Безопасности, п. 12. Цит. по: TPIR, Chbre. I, aff. ICTR-96-4-T, *Ayakesu*, 2 sept. 1998, § 604.

ризма, оскорбительное и унижающее достоинство обращение, изнасилования, принудительная проституция, осуждение и применение наказания без предварительного судебного решения, вынесенного надлежащим образом учрежденным судом, угроза совершения этих действий), также подпадают под действие руандийского законодательства, и потому не нарушаются никакие нормы, касающиеся отсутствия обратной силы у криминализаций и наказаний.

По мнению МУТР,

«граждане Руанды знали или должны были знать, что в 1994 г. они были подсудны руандийским судам, совершая преступления, предусмотренные ст. 4 Устава»¹.

Трибунал может также рассматривать дела о действиях, совершенных руандийцами на территории соседних государств (Устав, ст. 1 и 7), и, само собой разумеется, если совершенные деяния подпадают под действие законодательства этих государств, здесь также не будет нарушения принципа отсутствия обратной силы.

4.112. Несколько более неожиданным было то, что МТБЮ признал за собой право пресекать некоторые нарушения Женевского и гаагского права (иные, нежели действия, точно соответствующие квалификации «серьезных нарушений»), даже когда эти деяния были совершены в рамках немеждународного вооруженного конфликта. Хотя в отличие от Устава МУТР Устав МТБЮ не содержит никаких четких указаний на этот счет, Трибунал счел в деле Тадича, что ст. 3 его Устава применима ко всем нарушениям международного гуманитарного права, иным, нежели «серьезные нарушения» Женевских конвенций, поименованные в ст. 2, или акты геноцида, предусмотренные в ст. 4, или преступления против человечности, которых касается ст. 5, причем независимо от того, были ли соответствующие действия совершены в рамках международного или немеждународного вооруженного конфликта. Трибунал, в частности, заявил, что:

«(...) ст. 3 является общим положением, которое охватывает все нарушения гуманитарного права, не подпадающие под действие ст. 2 или же предусмотренные ст. 4 или ст. 5; конкретнее: (i) нарушения норм гаагского права, касающихся международных вооруженных конфликтов; (ii) нарушения положений Женевских конвенций, иных, нежели те, которые квалифицируются этими Конвенциями как «серьезные нарушения»; (iii) нарушения ст. 3, общей, и других обычных норм, относящихся к внутренним конфликтам; (iv) нарушения соглашений, связывающих стороны в конфликте и рассматриваемых как относящиеся к договорному праву, то есть соглашения, не ставшие частью обычного международного права (...)»².

Это заключение Трибунала основывается, в частности, на заявлениях некоторых государств в Совете Безопасности в момент принятия Устава³, утверждавших, среди прочего, что было бы абсурдно защищать гражданских лиц и отдель-

¹ Af. ICTR-96-4-T, *Ayakasu*, 2 sept. 1998, § 617.

² TPIY, App., 2 October 1995, *Tadic*, p. 51, § 89; p. 73, §§ 134 et 136.

³ *Ibid.*, p. 50, § 88.

ные виды имущества или запрещать определенные методы ведения военных действий в случае международного вооруженного конфликта, игнорируя соответствующие нормы во время немеждународного вооруженного конфликта¹. Оно основывается также на ряде прецедентов, относящихся к конфликтам в Испании (1938 г.), Китае (1947 г.), бывшем бельгийском Конго (1964 г.) и войне в Биафре (1968 г.)², а также на резолюциях 2444 и 2675 Генеральной Ассамблеи ООН. Были учтены также некоторые тенденции, отмеченные ОБСЕ в 1994 г. и подкомиссией ООН по защите меньшинств и предупреждению дискриминации в 1995 г.³. А также осуждение различными государствами использования Ираком химического оружия против иракского Курдистана (1988 г.)⁴. А также «элементарные соображения гуманности», на которые ссылался Международный суд⁵. А также бельгийский закон 1993 г.⁶ (см. ниже, п. 4.119). А также резолюции Совета Безопасности, касающиеся личной ответственности тех, кто нарушает международное гуманитарное право⁷ (см. выше, п. 1.216), и ряд соглашений, заключенных в Боснии самими противоборствующими сторонами⁸.

Международные уголовные трибуналы утвердили в своей практике заключения Апелляционной камеры МТБЮ, сочтя криминализацию серьезных нарушений ст. 3, общей, и Дополнительного протокола II относящейся к обычному международному праву⁹.

4.113. МТБЮ применил эти принципы, заключив, что нападения на гражданское население нарушают не только ст. 51 Дополнительного протокола I, но также ст. 13 Дополнительного протокола II и, что более любопытно, ст. 3, общую, Женевских конвенций 1949 г., и что эти нарушения подпадают под действие ст. 3 Устава МТБЮ¹⁰. В данном случае речь шла о ракетном обстреле города Загреб 2 и 3 мая 1995 г.¹¹

4.114. В деле о «больнице Вуковара» ряд военнослужащих Югославской народной армии (ЮНА) предстали перед МТБЮ по обвинению в убийстве 260 человек (в основном пациентов больницы), происшедшем 20 ноября 1991 г. Совершенные действия Судебная камера МТБЮ квалифицировала как нарушение ст. 3, общей, Женевских конвенций¹².

¹ TPIY, App., 2 October 1995, *Tadic*, p. 54, § 97.

² *Ibid.*, pp. 56 ss., §§ 100–101, 105, 125.

³ *Ibid.*, pp. 61–62, §§ 110–112.

⁴ *Ibid.*, p. 66, § 119.

⁵ *Ibid.*, pp. 66–67, §§ 120–122.

⁶ *Ibid.*, pp. 57 et 71, §§ 102 et 129.

⁷ *Ibid.*, p. 72, § 133.

⁸ *Ibid.*, p. 73, § 136.

⁹ TPIR, Chbre I, Aff. ICTR-96-4-T, *Ayakasu*, 2 sept. 1998, §§ 613–615; TPIY, aff. IT-94-14/1-T, *Aleksovski*, 25 juin 1999, §§ 48–57 et 228; *id.*, aff. IT-95-10-T, *Jelusic*, 14 déc. 1999, § 34; *id.*, aff. IT-95-14-T, *Blaskic*, 3 mars 2000, § 176.

¹⁰ TPIY, aff. IT-95-11-R61, 8 mars 1996, *Martic*, §§ 4 ss.; *id.*, aff. IT-95-14-T, *Blaskic*, 3 mars 2000, § 170.

¹¹ *Id.*, aff. IT-95-11-R61, *Martic*, 8 mars 1996, §§ 23 ss.

¹² TPIY, aff. IT-95-13-R61, «*Hôpital de Vukovar*», 3 avril 1996, § 20.

Иными словами, Камера, по-видимому неявным образом, сочла, что соответствующие действия были совершены в момент, когда югославский конфликт считался немеждународным, поскольку она квалифицировала указанные действия в свете положения, специально предназначенного для применения в немеждународных вооруженных конфликтах, каковым является ст. 3, общая. По мнению Камеры, это нарушение ст. 3, общей, криминализованное ст. 3 Устава МТБЮ, рассматривающей как преступления «нарушения законов и обычаев войны». Применяя выводы из судебного постановления по делу Тадича (см. выше, п. 4.112), Камера заключила, что ст. 3 Устава охватывает «все нарушения международного гуманитарного права, иные, нежели «серьезные нарушения» Женевских конвенций», которые подпадают под действие ст. 2 Устава¹. Камера уточнила также, что ст. 3 Устава МТБЮ «применяется независимо от характера — международного или немеждународного — конфликта»².

Однако аргументация Камеры не представляется ни очень строгой, ни очень последовательной в этом пункте, поскольку чуть дальше она отмечает, что декларация независимости Хорватии «вступила в силу 8 октября 1991 г.», что ЮНА «начала действовать в интересах Республики сербской, по крайней мере, с конца августа 1991 г.», и что «Югославская федерация прекратила свое существование (...) 15 мая 1991 г.». Она заключила, что жертвы этого массового убийства «принадлежали к категории покровительствуемых лиц, как она определена в четырех Женевских конвенциях 1949 г.»³ и подпадают под действие ст. 2 Устава (серьезные нарушения Женевских конвенций, совершенные в ...международном вооруженном конфликте!)⁴. Спрашивается, зачем тогда было квалифицировать совершенные действия в свете ст. 3, общей, и ст. 3 Устава? Воистину, пути МТБЮ иногда неисповедимы...

4.115. Дела Целебичи и Фурунджия заставили МТБЮ пойти еще дальше: в первом из них Судебная камера сочла, что система «серьезных нарушений», определенная в ст. 2 Устава, может быть в силу обычного международного права «распространена на внутренние вооруженные конфликты»⁵. Во втором из этих дел было сочтено, что все серьезные нарушения международного гуманитарного права могут рассматриваться как преступления по смыслу ст. 3 Устава⁶. В деле Целебичи Апелляционная камера заключила, что было бы противно смыслу Женевских конвенций сохранять различие между преступлениями, совершенными в рамках внутреннего вооруженного конфликта, и преступлениями, совершенными во время международного вооруженного конфликта:

«В свете того факта, что большинство конфликтов в современном мире являются внутренними, поддержание различия между двумя правовыми режимами и их уголовно-правовыми последствиями в отношении в одинаковой степени вопиющих фактов в силу различия в характе-

¹ ТРИУ, aff. IT-95-13-R61, «*Hôpital de Vukovar*», 3 avril 1996, § 21.

² *Ibid. id.*, aff. IT-95-14-T, *Blaskic*, 3 mars 2000, § 161.

³ *Id.*, aff. IT-95-13-R61, «*Hôpital de Vukovar*», 3 avril 1996, § 25.

⁴ *Ibid.*, § 25 combiné au § 22.

⁵ Aff. IT-96-21-T, 16 nov. 1998, § 202.

⁶ Aff. IT-95-17/1-T, 10 déc. 1998, § 133.

ре конфликтов было бы равносильно игнорированию самой цели Женевских конвенций, заключающейся в защите достоинства человеческой личности»¹.

МТБЮ подчеркивал по разным поводам, что криминализации, предусмотренные для международных вооруженных конфликтов, применяются также в рамках немеждународных вооруженных конфликтов: например, разрушения, не продиктованные военной необходимостью, разграбление государственного и частного имущества, намеренное повреждение культурных ценностей².

Однако практика не подтвердила полного приравнивания внутренних вооруженных конфликтов к международным вооруженным конфликтам в части, касающейся военных преступлений: хотя Статут МУС криминализовал ряд действий, совершаемых в рамках внутреннего вооруженного конфликта, он сохранил различие между военными преступлениями, совершаемыми в этих условиях (ст. 8, п. 2, с–f), и военными преступлениями (более многочисленными), совершаемыми во время международных вооруженных конфликтов (ст. 8, п. 2, a–b).

4.116. В этом плане Статут МУС проводит различие с высокой степенью совершенства, разграничивая, с одной стороны, внутренние вооруженные конфликты, которых касается ст. 3, общая, криминализирующая только нарушения этого положения (ст. 8, п. 2, с), и, с другой стороны, продолжительные вооруженные конфликты немеждународного характера, в которых организованные вооруженные группы противостоят друг другу или правительству. В этом случае криминализация распространяется на нарушения женевского и гаагского права (ст. 8, п. 2, d–e)³.

4.117. Даже если составы преступлений, предусмотренные Римским статутом, касаются, в первую очередь, деяний, подсудных МУС, они затрагивают и юрисдикцию по уголовным делам всех государств в той мере, в какой Международный уголовный суд призван функционировать, дополняя юстицию государств (Статут, преамбула, абзац 10, и ст. 17) (за исключением случаев непосредственной передачи ситуации Суду по решению Совета Безопасности: ст. 13, b, в сочетании со ст. 18, п. 1), а его Статут напоминает об обязанности государств пресекать международные преступления (преамбула, абзацы 4–6).

Следовательно, криминализация данных деяний носит универсальный характер. Поскольку она принята на Дипломатической конференции, на которой были представлены большинство государств, есть основания утверждать, что она отражает *opinio juris* международного сообщества по вопросу о действиях, могущих быть приравненными к военным преступлениям, когда они совершаются во время международного вооруженного конфликта или внутреннего вооруженного

¹ Aff. IT-96-21-A, *Celebici*, 20 févr. 2001, § 172.

² ТРИУ, aff. IT-01-47-AR73.3, *Hadzihasanovic*, 11 mars 2005, §§ 30, 38, 48.

³ МОМТАЗ, D., «War Crimes in Non-International Armed Conflicts under the Statute of the International Criminal Court», *YIHL*, 1999, pp. 177 ss.; РОБИНСОН, D. and VON НЕВЕЛ, H., «War Crimes in internal Conflicts: Article 8 of the ICC Statute», *YIHL*, 1999, pp. 193 ss.

конфликта, которого касается Дополнительный протокол II или ст. 3, общая, без ущерба, однако, для других составов преступления, предусмотренных международным гуманитарным правом (ст. 10).

По мнению одной из Камер МТБЮ, Статут МУС

«вообще может рассматриваться как авторитетное выражение юридических представлений большого числа государств»¹.

Совет Безопасности в определенном смысле проявляет тенденцию к утверждению материального права Статута. В своей «гендерной» резолюции, посвященной защите женщин и девочек, Совет Безопасности

«призывает все стороны в вооруженных конфликтах в полной мере соблюдать международно-правовые нормы, применимые к правам и защите женщин и девочек, особенно как гражданских лиц, в частности обязательства, применимые к ним в соответствии с Женевскими конвенциями 1949 г. и Дополнительными протоколами к ним 1977 г. (...) и учитывать соответствующие положения Римского статута Международного уголовного суда»².

Перечень составов преступлений в Статуте МУС представляет собой консенсус государств, к которому они пришли в отношении скорее минимума криминализованных деяний, чем их максимума.

4.118. Исследование, касающееся обычного международного гуманитарного права, рассматривает в качестве обычных составы преступления, предусмотренные в Статуте МУС для немеждународных вооруженных конфликтов³. К ним в Исследовании добавлено семь составов преступлений: нападения неизбирательного характера; нападение на необороняемые местности и демилитаризованные зоны; практика использования живых щитов; обращение в рабство; коллективные наказания; использование голода среди гражданского населения в результате уничтожения объектов, необходимых для его выживания, и препятствование поставкам помощи⁴.

4.119. Во внутреннем плане следует подчеркнуть оригинальность предыдущего бельгийского закона от 16 июня 1993 г. о пресечении серьезных нарушений Женевских конвенций 1949 г. и Дополнительных протоколов 1977 г., поскольку его ст. 1 гласила:

«Составляют преступления по международному праву (...) нижеперечисленные серьезные нарушения, посягающие (...) на лиц и имущество, находящихся под покровительством Конвенций, подписанных 12 августа 1949 г. (...) и Дополнительных протоколов I и II к этим Конвенциям (...)» *(курсив автора)*.

¹ Aff. IT-95-17/1-T, *Furundzija*, 10 déc. 1998, § 227.

² Рез. СБ ООН 1325, 31 октября 2000 г., п. 9.

³ См. комментарий к норме 156: *Хенкертс, Жан-Мари и Досвальд-Бек, Луиза*. Обычное международное гуманитарное право. — М.: МККК, 2006. С. 728–776.

⁴ Там же, с. 770–776.

Криминализовав военные преступления, совершаемые в рамках гражданской войны, независимо от гражданства совершившего его лица, гражданства потерпевшего и места совершения преступления¹, Бельгия стала одним из первых государств², наделивших себя универсальной юрисдикцией в отношении действий, которые еще не были криминализованы в международном праве!

4.120. Действия, квалифицируемые как военные преступления, должны быть связаны с конфликтом³. Эта связь довольно легко устанавливается в случае международного вооруженного конфликта (см. выше, п. 1.176), но ее может оказаться гораздо труднее констатировать, когда речь идет о немеждународном вооруженном конфликте (см. выше, п. 1.177). Каждый конкретный случай должен рассматриваться отдельно квалифицирующим органом с учетом имеющихся обстоятельств.

2. Сфера применения *ratione personae*

а) Международные вооруженные конфликты

4.121. Право вооруженных конфликтов регламентирует в основном поведение стороны в конфликте в отношении лиц, числящихся за другой стороной в конфликте, а также лиц, не связанных долгом верности с первой (см. выше, п. 1.220 и сл.). Таким образом, сфера применения *ratione personae* и *ratione materiae* положений, касающихся военных преступлений, не распространяется (за одним исключением, о котором речь пойдет ниже) на отношения между стороной в конфликте и лицами, связанными с ней долгом верности, и на имущество, которое ей принадлежит. Военными преступлениями считаются только определенные действия, совершенные государством А, стороной в конфликте, в отношении раненых, больных и потерпевших кораблекрушение лиц из состава сил государства В, являющегося противной стороной, либо в отношении имущества этого государства, либо в отношении военнопленных и гражданских лиц, находящихся во власти государства А и не связанных с ним долгом верности (Женевские конвенции: I, ст. 50, II, ст. 51, III, ст. 130, IV, ст. 147).

Дополнительный протокол I (ст. 85, п. 2) распространил сферу применения криминализации на отношения государства А со

¹ Это распространение криминализации на внутренние вооруженные конфликты стало результатом поправки, внесенной в проект закона, представленный правительством, сенаторами Лальманом (Lallemant) и другими: D. P., Sénat, S. E., 1991–1992, n° 481–3/4/6 et rapport complémentaire n° 481–5 du 22 décembre 1992.

² См. также: с. р. milit. norv., art. 108 et с. р. yougoslave, art. 142, in ВОННЕ, М., «War crimes in non-international armed conflicts», in *War Crimes in International law*, ed. by Y. DINSTEIN and ТАВОРЫ, The Hague, Nijhoff, 1996, p. 297; с. р. milit. suisse, art. 2, § 9, in ZIEGLER, A. R. «Domestic Prosecution and International Cooperation with Regard to Violations of International Humanitarian Law: The Case of Switzerland», *R.S.D.I.E.*, 1996, p. 569, и другие примеры: GRADITZKY, Th., «La responsabilité pénale individuelle pour violation du droit international humanitaire applicable en situation de conflit armé non international», *RICR*, 1998, pp. 40–44.

³ Ср.: ТПИУ, aff. IT-95-10-T, *Jelisić*, 14 déc. 1999, § 30; ТПИР, Chbre II, aff. ICTR-95-1-T, *Kayishema et al.*, 21 mai 1999, §§ 185–189; ТПИУ, aff. IT-96-23 et 23/1-T, *Kumarac et al.*, 22 févr. 2001, § 568.

- всеми комбатантами — принадлежащими регулярным силам или нет — государства В;
- беженцами и апатридами;
- ранеными, больными и потерпевшими кораблекрушение в соответствии с их более широким по сравнению с Женевскими конвенциями определением, данным в Протоколе;
- санитарным и духовным персоналом, санитарными формированиями и санитарным транспортом, находящимися под контролем государства В.

Каковы же отношения государства А со своими гражданами? Действия, которые окажутся военными преступлениями в случае их совершения относительно лица, пользующегося покровительством права вооруженных конфликтов, не будут квалифицированы как таковые (за очень редкими исключениями, см. ниже, п. 4.159), когда потерпевшим является лицо, связанное долгом верности с государством А. При этом они остаются серьезными нарушениями прав человека и в этом качестве преступлениями против человечности, если они удовлетворяют остальным условиям этой криминализации (см. ниже, п. 4.239 и сл.).

4.122. Что касается более конкретно нарушений гаагского права, квалифицируемых как серьезные нарушения, ст. 85, пп. 3 и 4, d, не уточняет, ограничиваются ли они действиями, совершенными стороной в конфликте против другой стороны, либо включают в себя и действия, совершенные стороной в конфликте в отношении числящихся за ней лиц и имущества. В пользу такого широкого толкования можно привести тот факт, что сфера применения криминализации носит самый общий характер, поскольку пп. 3 и 4, d, ст. 85 не проводят различия между нападениями стороны в конфликте на противника и ее нападениями на свое собственное население.

При этом ст. 49, п. 1, Дополнительного протокола I полностью устраняет возможность разночтений, четко ограничивая сферу применения криминализации только нападениями, направленными против *неприятеля*. В самом деле, статья определяет понятие «нападение» только как «акты насилия в отношении противника, независимо от того, совершаются ли они при наступлении или при обороне». Ст. 49, п. 2, подтверждает это ограничение, поскольку там уточняется, что нормы, касающиеся общей защиты гражданского населения от последствий военных действий, применяются ко всем нападениям, независимо от того, на какой территории они совершаются,

«включая национальную территорию, принадлежащую стороне, находящейся в конфликте, но находящуюся под контролем противной стороны» (*курсив автора*).

Хотя эти положения применяются к Разделу 1 Части IV, а ст. 85 находится в Части V, считается, что определение нападения действует и в отношении данной статьи¹.

¹ *Protocoles, commentaire*, p. 615, § 1878.

Повторим еще раз, что есть основания считать, что подобные действия, совершенные воюющей стороной против своего собственного населения, не будучи военными преступлениями *stricto sensu*, могут тем не менее быть приравнены к преступлениям против человечности.

4.123. Что касается пресечения нападений на культурные ценности, ст. 85, п. 4, d, криминализует только нападения на культурные ценности, находящиеся под контролем противной стороны, тогда как ст. 28 Гаагской конвенции 1954 г. обязывает все государства-участники пресекать *любое* нарушение Конвенции, а значит, и нападения стороны в конфликте на собственные объекты культуры.

Однако отсюда не следует, что ст. 85, п. 4, d, подменяет ст. 28: на это ничто не указывает. Кстати, в ст. 53 Дополнительного протокола I, как и в резолюции, проголосованной при принятии Протокола, уточняется, что защита культурных ценностей и мест отправления культа осуществляется без ущерба для положений Гаагской конвенции 1954 г. (см. выше, п. 2.81).

b) Немеждународные вооруженные конфликты

4.124. Само собой разумеется, что, как подчеркивалось ранее (см. выше, п. 1.230), в случае внутреннего вооруженного конфликта право вооруженных конфликтов применяется независимо от любых соображений, связанных с долгом верности. И так же обстоит дело с криминализацией нарушений этого права: «покровительствуемыми» лицами являются все лица, затронутые конфликтом, кем бы они ни были — неприятелями или «своими» по отношению к властям воюющей стороны. Составы преступлений, предусмотренные Уставом МТБЮ, Статутом МУС и Проектом кодекса преступлений против пира и безопасности человечества, не проводят различия между действиями, совершенными в условиях войны или при других обстоятельствах. Имеет значение только то, что преступление связано с вооруженным конфликтом. В самом деле, ст. 2, п. 1, Дополнительного протокола II предусматривает, что его положения применяются «ко всем лицам, *затрагиваемым* вооруженным конфликтом» (*курсив автора*).

Международные уголовные трибуналы неоднократно подчеркивали это требование¹, но иногда трактовали его слишком расширительно. Так, МУТР в деле Акайесу, Рутаганда, Меземы и Кайишемы-Рузинданы (Ayakesu, Rutaganda, Musema, Kayishema-Ruzindana) заключил, что военные преступления, в которых обвинялись подсудимые, никак не были связаны с вооруженным конфликтом, когда в 1994 г. противостояли друг другу Руандийский патриотический фронт (FPR) и руандийские вооруженные силы (FAR), и что они, следовательно, не могут быть осуждены на этом основании². Эти заключения показались неубедительными бельгийскому правительству, которое вынесло независимое экспертное

¹ ТРИУ, aff. IT-94-1-T, *Tadic*, 7 mai 1997, § 572.

² ТПР, aff. ICTR-96-4-T, 2 sept. 1998, § 643; aff. ICTR-96-3-T, 6 déc. 1999, §§ 442–444; aff. ICTR-96-13-T, 27 janv. 2000, § 974; aff. ICTR-95-1-T, 21 mai 1999, §§ 600–614.

заключение *amicus curiae* по делу Семанцы (Semanza) в поддержку противоположного тезиса¹. В деле Ньонтезе (Niyonteze) швейцарский военный трибунал также подверг критике это заключение МУТР².

С. Содержание криминализаций

4.125. Не все нарушения права вооруженных конфликтов возведены в ранг военных преступлений. Только *самые серьезные* из них подпадают под эту категорию³. Поэтому благодаря анализу военных преступлений можно ознакомиться с основными нормами права вооруженных конфликтов.

Хотя большинство деяний, составляющих военные преступления, являются по самой своей сути серьезными нарушениями права вооруженных конфликтов, некоторые из них могут показаться недостаточно значительными для того, чтобы их квалифицировать как военные преступления. Уставы Международных уголовных трибуналов (ст. 1) и Статут МУС (ст. 8), где в ранг военных преступлений возведены только «*серьезные нарушения международного гуманитарного права*» (*курсив автора*), показательны в этом отношении. Одна из Палат МУС заключила, что «серьезное нарушение» должно «повлечь тяжкие последствия для потерпевшего», иначе это не будет военным преступлением по смыслу Статута. Так, конфискация личных вещей, таких, например, как кольца, часы, деньги, браслеты, цепочки и т. д., у заключенных не причиняет им столь серьезного вреда, чтобы это можно было квалифицировать как «серьезное нарушение международного гуманитарного права» по смыслу Статута⁴.

Серьезность нарушения зависит от «тяжести последствий для потерпевшего» или от числа лиц, затронутых нарушением. В связи с этим встает вопрос порога, который следует решать отдельно для каждого конкретного случая⁵.

4.126. Международные уголовные трибуналы не побоялись пойти на новаторское нововведение, сочтя, что серьезные нарушения права вооруженных конфликтов, явным образом не криминализованные последним, являются тем не менее уголовно наказуемыми деяниями, относящимися к их компетенции. В частности, МТБЮ в большой степени основывался в этом плане на широкой формулировке ст. 3 своего Устава, которая криминализует «серьезные нарушения законов и обычаев войны». Причем уточняется, что эти нарушения «включают перечисленные ниже, *однако этот перечень не является исчерпывающим*», хотя такие деяния

¹ Aff. ICTR-97-20-T, avis déposé le 16 oct. 2000.

² Tribunal de division 2, 30 avril 1999, p. 126 (ronéo).

³ АВИ-СААБ, G. et R., «Les crimes de guerre» in *Droit international pénal*, dir. par H. ASCENSIO, E. DECAUX et A. PELLET, Paris, Pédone, 2000, p. 278; о возможной криминализации других нарушений см.: DUTLI, M. T. et PELLANDINI, Cr., «Le CICR et la mise en œuvre du système de répression des infractions aux règles du droit international humanitaire», *RICR*, 1994, p. 267.

⁴ Aff. IT-96-21-T, *Celebici*, 16 nov. 1998, § 1154.

⁵ TPIY, aff. IT-95-14/2-A, *Kordic et Cerkez*, 17 déc. 2004, §§ 82–83.

никогда не были криминализованы как таковые (см. ниже, п. 4.195). Такой подход непременно удивит специалиста по уголовному праву, привыкшего к принципу ограничительного толкования уголовного права, но здесь можно основываться на самом тексте Устава МТБЮ (см. выше), на прецеденте Нюрнберга (см. выше, п. 4.104, 5°, и ниже, п. 4.201), равно как и на реальности, которую тоже не следует упускать из виду: большинство актов войны являются уголовными правонарушениями (убийства, нанесение телесных повреждений, уничтожение имущества, незаконное лишение свободы и т. д.), которые не влекут за собой преследования из-за наличия вооруженного конфликта. Однако этот уголовно-правовой «иммунитет» действует только в отношении *дозволенных* актов войны. Если акт войны не является дозволенным, этот иммунитет исчезает, и совершенное деяние снова становится классическим уголовным правонарушением (ср. ниже, п. 4.237). Таким образом, смелое новаторство МТБЮ на самом деле оказывается просто логичным и последовательным применением права вооруженных конфликтов.

Конвенционные криминализации, принятые по решению государств, естественно, не мешают последним криминализовать в индивидуальном порядке в своем внутреннем законодательстве другие нарушения права вооруженных конфликтов. Именно так поступила Бельгия, распространив на немеждународные конфликты сферу применения национального закона о пресечении серьезных нарушений Женевских конвенций и Дополнительного протокола I (см. выше, п. 4.119).

Однако действует это расширение криминализации только во внутригосударственном плане и не влечет за собой последствий, присущих международным правонарушениям, каковыми являются военные преступления (интернационализация обязанности пресечения, международная юрисдикция судьи национального суда во всех государствах, связанных криминализацией, применение нормы *aut dedere aut judicare* ...).

4.127. Тенденции к расширению криминализаций был положен конец Статутом МУС, в котором дается *исчерпывающий* перечень военных преступлений, подпадающих под юрисдикцию Суда. Ст. 8 его Статута не предусматривает, в отличие от Устава Международного военного трибунала в Нюрнберге и Устава МТБЮ, того, что поименованные в нем преступления перечисляются без ущерба для других криминализаций (см. выше, п. 4.126). Наконец, принимая документ Элементы преступлений, Подготовительная комиссия для МУС уточнила и, следовательно, определенным образом ограничила составы преступлений, перечисленные в Статуте¹, даже если определение элементов преступлений нередко является результатом просто буквального и внимательного прочтения положений, касающихся этих преступлений².

Общий элемент состава всех военных преступлений, перечисленных в Статуте, таков: совершающее их лицо должно осознавать наличие обстоятельств, устанавливающих, что преступление вписывается в контекст вооруженного конфликта³.

¹ UN Doc. PCNICC/2000/1/Add.2, 1^{er} nov. 2000.

² Анализ Элементов преступлений см.: DÖRMANN, K., «Preparatory Commission for the ICC: the Elements of War Crimes», *RICR*, 2000, pp. 771–796; *id.*, 2001, pp. 461–487.

³ Док. ООН PCNICC/2000/1/Add.2, 1 ноября 2000 г., с. 20 и сл.

4.128. В принципе, криминализация военных преступлений не обладает автономией по отношению к норме, за нарушение которой устанавливаются санкции. Иными словами, криминализация не расширяет права и обязанности, сформулированные в этой норме. В случае сомнений относительно сферы применения той или иной криминализации следует обратиться к норме, нарушения которой определяются как преступления, чтобы установить с большой точностью объем соответствующей криминализации и выяснить, распространяется ли она на рассматриваемое действие.

4.129. Действия, квалифицируемые как военные преступления, являются серьезными нарушениями Женевского и Гаагского права. При изложении материала мы будем придерживаться этого разделения.

1. *Нарушения Женевского права*

а) Убийства, пытки и жестокое обращение

4.130. К ним относятся умышленное убийство¹, приказ никого не оставлять в живых, пытки, бесчеловечное и жестокое обращение, жертвами которых становятся гражданские лица на оккупированной территории, военнопленные, больные, раненые, лица, потерпевшие кораблекрушение (Устав Нюрнбергского военного трибунала, ст. 6, b; Женевские конвенции: I, ст. 50; II, ст. 51; III, ст. 130; IV, ст. 147; Устав МТБЮ, ст. 2, a–c; Проект кодекса преступлений против мира и безопасности человечества, ст. 20, a, i–iii; Статут МУС, ст. 8, п. 2, a, i–iii; b, vi), другие категории комбатантов, медицинского и духовного персонала (Дополнительный протокол I, ст. 85, п. 2).

Эта криминализация применяется также к аналогичным действиям, совершенным в рамках внутреннего вооруженного конфликта, определенного в ст. 3, общей (Устав МУТР, ст. 4; Проект кодекса, ст. 20, f, i; Статут МУС, ст. 8, п. 2, c, i–ii; d, ix, xii).

4.131. Элементами состава преступления убийства являются смерть потерпевшего, указанного обвинением, и преднамеренное действие или бездействие подсудимого или лиц, подчиняющихся ему, повлекшее эту смерть². Для того, чтобы квалифицировать убийство как военное преступление, конечно, требуется, чтобы оно было совершено в рамках вооруженного конфликта и чтобы совершившее его лицо было в курсе фактических обстоятельств, устанавливающих наличие этого конфликта³.

¹ Netherlands, Special Crt. of Cass., 11 Apr. 1949, *Ahlbrecht, A. D.*, 1949, 397; Supr. Crt., 27 Oct. 1981, *J. K.*, *ILR*, 87, p. 94.

² ТРИУ, aff. IT-97-25-T, *Krnjelac*, 15 mars 2002, § 324.

³ Элементы преступлений. Доклад Подготовительной комиссии Международного уголовного суда, Док. ООН, PCNICC/2000/1/Add. 2, *sub* ст. 8, п. 2, a, I, и *sub* ст. 8, п. 2, c, i.

Самоубийство может быть элементом состава убийства, если оно стало результатом умышленных действий обвиняемого, как они описаны выше¹.

Чтобы имело место убийство по смыслу ст. 3, общей, убийца должен знать, что его жертва является лицом, не участвующим или прекратившим участвовать в вооруженном конфликте². Те факты, что жертва носит форму или гражданскую одежду, наличие или отсутствие оружия, возраст и пол, выступают как индикаторы, но не являются неопровержимыми доказательствами неучастия жертвы в конфликте. Данный вопрос решается отдельно для каждого конкретного случая. По мнению одной из Камер МТБЮ,

«(...) соответствующими факторами в этом плане являются деятельность, ношение или ношение оружия, одежда, возраст и пол жертв в момент совершения преступления. Хотя принадлежность к вооруженным силам может быть серьезным указанием на то, что жертва принимает непосредственное участие в военных действиях, но этот показатель сам по себе недостаточен для установления данного факта. Вопрос о том, пользовалось или не пользовалось лицо защитой общей ст. 3, должен решаться для каждого случая в отдельности»³ (ссылки не приводятся)

Эти фактические элементы важны только тогда, когда неизвестны обстоятельства, в которых жертвы были убиты. Напротив, если известно, что речь идет о суммарных казнях лиц, находившихся во власти неприятеля, излишне доказывать, что жертва была гражданским лицом: убийство есть убийство. Похоже, что Камера не всегда это осознает, поскольку в некоторых частях ее постановления констатируется, что имели место суммарные казни и что, учитывая возраст жертв, их гражданскую одежду, отсутствие у них оружия, они не участвовали в военных действиях⁴. Такие соображения представляются излишними: даже если эти лица принимали участие в военных действиях, их предание смерти в тот период, когда они находились во власти неприятеля, является убийством.

Преступление существует, даже если останки жертвы не найдены, лишь бы имелись косвенные доказательства ее смерти⁵.

4.132. Умышленное убийство, как оно определено в ст. 2, а, Устава МТБЮ, должно относиться только к умышленным убийствам, жертвами которых стали лица, находящиеся во власти неприятеля. Данный вывод вытекает из того, что указанное положение просто воспроизводит общие ст. 50, 51, 130, 147 четырех Женевских конвенций 1949 г. Поэтому будет не вполне корректно усматривать в нападении на гражданских лиц убийство по смыслу ст. 2, а⁶. Правильнее будет применить к этим фактам криминализацию, предусмотренную для нападений на гражданских лиц или нападений неизбирательного характера (см. ниже, п. 4.171 и сл.). Следовательно, не представляются логичными попытки решить проблему с якобы имеющим место совмещением заявлений о виновности

¹ ТРИУ, aff. IT-97-25-T, *Krnjelac*, 15 mars 2002, §§ 328–329.

² ТРИУ, aff. IT-01-48-T, *Halilovic*, 16 Nov. 2005, § 36.

³ *Ibid.*, § 34.

⁴ Например, *ibid.*, §§ 592, 597, 602, 607, etc.

⁵ ТРИУ, aff. IT-97-25-T, *Krnjelac*, 15 mars 2002, §§ 326–327; *id.*, aff. IT-01-48-T, *Halilovic*, 16 Nov. 2005, § 37.

⁶ Ains, ТРИУ, aff. IT-01-42-T, *Strugar*, 31 janvier 2005, §§ 234–259.

в убийстве, предусмотренном ст. 2, а, Устава МТБЮ, и убийством, о котором идет речь в ст. 3 того же Устава, как это впрочем делает Апелляционная камера МТБЮ¹.

4.133. Хотя для «пыток», «бесчеловечного обращения» и «намеренного причинения сильных страданий» не приводится более детального определения, эти понятия могут охватывать многообразные типы поведения — здесь человеческая изобретательность, похоже, неистощима! К нанесению ранений, унижениям, увечьям можно добавить изнасилование², лишение гуманитарной помощи, голод (см. ниже, п. 4.168), использование «живых щитов» (см. ниже, п. 4.140), «этнические чистки»³ (см. ниже, пп. 4.187 и 4.265): новые квалификации для давно известных деяний.

Некоторые из указанных действий были явным образом криминализованы в документах, принятых после Дополнительных протоколов:

- изнасилования и другие правонарушения сексуального характера: Устав МУТР, ст. 4, е; Проект кодекса преступлений против мира и безопасности человечества, ст. 20, d, f; Статут МУС, ст. 8, п. 2, b, xxii; e, vi;
- лишение гуманитарной помощи, умышленно подвергающее гражданское население голоду: Статут МУС, ст. 8, п. 2, b, xxv;
- практика использования «живых щитов»: Статут МУС, ст. 8, п. 2, b, xxii; это положение равносильно криминализации грубых и умышленных нарушений ст. 58 Дополнительного протокола I.

Поэтому МТБЮ постарался уточнить понятия «пыток», «сильных страданий», «бесчеловечного обращения», «жестокое обращение», «бесчеловечных условий» и «посягательств на человеческое достоинство».

4.134. Основываясь на Конвенции ООН от 10 декабря 1984 г., МТБЮ рассматривает пытки как особо тяжкую форму дурного обращения, если они совершаются государственным должностным лицом или иным лицом, выступающим в официальном качестве (будь то со стороны правительства или повстанцев), в частности с целью получить от пытаемого сведения или признания, запугать его, оказать на него давление или по любой причине, основанной на дискриминации любого характера⁴.

МТБЮ придерживается мнения, что пытки имеют место только тогда, когда они осуществляются с одной из вышеперечисленных целей⁵, даже если эта цель не является

¹ TPIY, aff. IT-95-14/2-A, *Kordic et Cerkez*, 17 déc. 2004, § 1035.

² MERON, Th., «Rape as a Crime under International Humanitarian Law», *AJIL*, 1993, pp. 424 ss.; PAPA-CONSTANTINOV, M., «Rape as a crime under IHL», *RDHI*, 1998, pp. 477–500; Резолюции ГА ООН 48/143 и 49/205, «Изнасилования женщин и надругательства над ними в районах вооруженного конфликта в бывшей Югославии», 20 декабря 1993 г. и 23 декабря 1994 г. (приняты без голосования); 52/107, «Права ребенка», 12 декабря 1997 г., IV, п. 12.

³ Эта практика была осуждена Конференцией, посвященной защите жертв войны, которая состоялась 31 августа — 1 сентября 1993 г. (см. выше, п. 3.12).

⁴ Aff. IT-96-21-T, *Celebici*, 16 nov. 1998, §§ 457–474; *id.*, aff. IT-97-25-T, *Krnjelac*, 15 mars 2002, § 179.

⁵ Ср.: TPIY, aff. IT-04-84-T, *Haradinaj et al.*, 4 April 2008, § 449.

единственной и преобладающей¹. Иными словами, если человека пытаются с единственной целью его унижить, это не будет целью, предусмотренной обычным международным правом². Это утверждение представляется неубедительным. Если исходить из того, что пытки имеют целью, среди прочего, запугать или оказать давление (см. выше), любые пытки выступают как форма запугивания и оказания давления. Когда к этому добавляется намерение унижить, давление и запугивание все равно остаются присущими пыткам. Кроме того, Конвенция 1984 г. не претендует на то, чтобы дать исчерпывающий перечень целей пыток», о чем свидетельствует употребление слов «или по любой причине...». Так что можно принимать во внимание и другие цели. Кстати, показательно, что в определении целей пыток как военного преступления в Статуте МУС также употребляется словосочетание «в частности»³, а критерий, связанный с целями, вовсе исключен из определения пыток как преступления против человечности⁴!

При этом следует отметить, что в отличие от Конвенции 1984 г., которая ограничивает состав преступления пыток действиями, совершенными государственным должностным лицом или иным лицом, выступающим в официальном качестве, или по их подстрекательству, право вооруженных конфликтов не предусматривает такого рода ограничений⁵. МТБЮ констатирует, что *любое лицо*, применяющее пытки во время вооруженного конфликта, совершает военное преступление по смыслу Устава Трибунала, независимо от статуса этого лица (государственное должностное лицо или частное лицо)⁶. Требуется только, чтобы данное действие было связано с ситуацией вооруженного конфликта⁷.

Критерий «причинения сильных страданий, физических или нравственных», присущий понятию пыток (приводимая выше Конвенция 1984 г., ст. 1, п. 1), не был определен⁸. Он зависит от силы болевых ощущений, причиненных жертве, от ее возраста, пола и состояния здоровья⁹. Были сочтены пытками *per se*, причем без претензии на то, что их перечень является исчерпывающим, причинение увечий¹⁰, изнасилование¹¹, систематические избиения, пытка электротоком, симуляция казни или ампутации, лишение воды и пищи, нанесение ожогов, погружение головой в унитаз, чтобы заставить говорить (la «roucette»), погружение в смесь крови, мочи, экскрементов и рвотной массы («подводная лодка»), принуждение к стоянию в течение длительного времени, подвешивание за руки или за ноги,

¹ ТРИУ, aff. IT-95-11-T, *Martić*, 12 juin 2007, § 77 et réf.

² *Id.*, aff. IT-97-25-T, *Krnjelac*, 15 mars 2002, § 186; *id.*, aff. IT-96-23 et 23/1-A, *Kunarac et al.*, 12 juin 2002, §§ 142–144; *id.*, aff. IT-03-66-T, *Limaj et al.*, 30 nov. 2005, § 235.

³ Док. ООН PCNICC/2000/1/Add.2, 1 ноября 2000, sub ст. 8, п. 2, а, ii, и ст. 8, п. 2, с, i.

⁴ *Ibid.*, sub ст. 7, п. 1, f.

⁵ ТРИУ, aff. IT-96-23 et 23/1-T, *Kunarac et al.*, 22 févr. 2001, §§ 490–493 et les réf.; confirmé en appel, *id.*, même affaire, 12 juin 2002, §§ 147–148; *id.* aff. IT-98-30/1-T, *Kvočka et al.*, 2 nov. 2001, §§ 138–141; *id.*, aff. IT-97-25-T, *Krnjelac*, 15 mars 2002, § 187.

⁶ *Ibid.*

⁷ *Id.*, aff. IT-96-23 et 23/1-T, *Kunarac et al.*, 22 févr. 2001, § 487.

⁸ *Id.*, aff. IT-96-21-T, *Celebici*, 16 nov. 1998, § 469; *id.*, aff. IT-98-30/1-T, *Kvočka et al.*, 2 nov. 2001, § 143.

⁹ *Id.*, aff. IT-98-30/1-T, *Kvočka et al.*, 2 nov. 2001, § 143.

¹⁰ *Ibid.*, § 144.

¹¹ *Ibid.*, § 145; *id.*, app., aff. IT-96-23 et 23/1-A, *Kunarac et al.*, 12 juin 2002, § 150.

принуждение стоять на коленях на острых предметах, избиение кнутом и т. д.¹ Пытку может составить и причинение страдания чисто нравственного характера: например, принуждение присутствовать при пытке близкого человека². Изоляция в одиночной камере и непредоставление достаточного питания сами по себе пытками не являются и могут рассматриваться как таковые только тогда, когда своей продолжительностью и степенью строгости причиняют страдания, достигающие уровня, предусмотренного данным составом преступления³. Пытка может считаться имеющей место, даже если вред, причиненный жертве, не является постоянным⁴.

4.135. Факт причинения «сильных страданий», охватывает как физические, так и нравственные страдания, и это следует отличать от пыток⁵, правда, не вполне понятно, каким образом.

Подобные действия следует также отличать от понятия «серьезных посягательств на физическую неприкосновенность и здоровье», которые, по-видимому, предполагают ту или иную форму инвалидности у жертвы⁶, а это означает, что данные выражения не синонимичны⁷.

По мнению МТБЮ их определение охватывает и пытки, но независимо от преследуемой цели⁸. Они подразумевают причинение серьезных физических и моральных травм. Посягательство на достоинство лиц, не связанное с причинением таких травм и страданий, под эту квалификацию не подходят.

4.136. Бесчеловечное обращение — «серьезные моральные и физические страдания, которые тем не менее не являются достаточными, чтобы квалифицировать их как пытки»⁹. И здесь не требуется наличие «недозволенной цели», как это имеет место в случае пыток¹⁰. Самое широкое понятие — «сильные страдания», поскольку они включают и посягательства на человеческое достоинство¹¹. Если не считать этого различия, не всегда просто отличить «бесчеловечное обращение» от «сильных страданий». Иначе говоря, этот вопрос должен решаться индивидуально для каждого конкретного случая в зависимости от обстоятельств¹².

¹ *Id.*, aff. IT-98-30/1-T, *Kvočka et al.*, 2 nov. 2001, §§ 146–147.

² *Ibid.*, § 149.

³ *Id.*, aff. IT-97-25-T, *Krnojelac*, 15 mars 2002, § 183.

⁴ *Id.*, aff. IT-98-30/1-T, *Kvočka et al.*, 2 nov. 2001, § 148.

⁵ *Conventions, commentaire*, III, p. 662.

⁶ *Ibid.*, p. 663.

⁷ Ср.: ТПИУ, aff. IT-96-21-T, *Celebici*, 16 nov. 1998, § 506; *id.*, aff. IT-95-14-T, *Blaskic*, 3 mars 2000, § 156.

⁸ *Id.*, aff. IT-96-21-T, *Celebici*, 16 nov. 1998, §§ 508–511.

⁹ *Ibid.*, § 542.

¹⁰ *Ibid.*

¹¹ *Ibid.*, § 543; *id.*, aff. IT-95-14/2-T, *Kordic et al.*, 26 févr. 2001, § 256; *id.*, aff. IT-98-34-T, *Naletilic et al.*, 31 mars 2003, § 246.

¹² *Id.*, aff. 96-21-T, *Celebici*, 16 nov. 1998, § 544; ср. также: § 1040.

Были квалифицированы как «бесчеловечное обращение» по смыслу ст. 3 Европейской конвенции о защите прав человека и основных свобод

- «отсутствие реакции со стороны властей государства-ответчика на реальное беспокойство семей пропавших без вести» в случае кипрского дела¹;
- преднамеренное обращение «в течение длительного времени», приводящее к «телесным повреждениям» или «сильным физическим или моральным страданиям»²;
- полная сенсорная и социальная изоляция, которую не следует путать с запрещением контактов с другими заключенными³.

4.137. Жестокое обращение аналогично бесчеловечному обращению⁴. Если соответствующие деяния не совершены с одной из целей, которые характеризуют пытки, это — жестокое или бесчеловечное обращение⁵.

Различие между жестоким и бесчеловечным обращением, с одной стороны, и пытками — с другой, представляется несколько искусственным, поскольку цели, требуемые для квалификации в качестве «пыткок», определены очень широко и перечислены в Конвенции 1984 г. лишь для примера: в тексте используется выражение «в частности» (см. выше, п. 4.130). Кстати, любая пытка является жестоким или бесчеловечным обращением, но не наоборот⁶.

Одна из Камер МТБЮ квалифицировала как «жестокое обращение», то есть как преступление, предусмотренное ст. 3 Устава МТБЮ, бомбардировку, приведшую к гибели гражданских лиц⁷. Помимо того, что ст. 3 явным образом не криминализует такие действия (притом что перечень, приведенный в ст. 3, носит примерный, а не исчерпывающий характер, см. выше, п. 4.126), представляется странным применение к ведению военных действий квалификации, касающейся более конкретно положения лиц, находящихся во власти неприятеля. Правильнее будет применять к таким фактам криминализации, относящиеся к нападениям на гражданских лиц или нападениям неизбирательного характера (см. ниже, п. 4.171 и сл.).

Напротив, представляется корректным считать, что лишение свободы в течение длительного времени и их допросы «сами по себе не являются серьезным посягательством на человеческое достоинство в значении жестокого обращения, предусмотренного ст. 3 Устава»⁸.

4.138. Бесчеловечные условия характеризуют условия содержания под стражей и обращение с заключенными. Они приравниваются к бесчеловечному обращению⁹.

¹ Cour EDH, *Chypre c/Turquie*, 10 mai 2001, § 157.

² Cour EDH, *Öcalan c/Turquie*, 12 mars 2003, § 220 et réf.

³ *Ibid.*, § 232 et réf.

⁴ ТРИУ, aff. 96-21-T, *Celebici*, 16 nov. 1998, §§ 552 et 558; *id.*, aff. IT-95-10-T, *Jelusic*, 14 déc. 1999, §§ 41 et 52; *id.*, aff. IT-95-14/2-T, *Kordic et al.*, 26 févr. 2001, § 265; *id.*, aff. IT-97-25-T, *Krnjelac*, 15 mars 2002, § 130.

⁵ *Id.*, aff. IT-96-21-T, *Celebici*, 16 nov. 1998, §§ 1056–1059.

⁶ ТРИУ, aff. IT-95-9-T, *B. Simic et al.*, 17 oct. 2003, § 71.

⁷ ТРИУ, aff. IT-01-42-T, *Strugar*, 31 janvier 2005, §§ 260–276.

⁸ *Id.*, aff. IT-03-66-T, *Limaj et al.*, 30 nov. 2005, § 232.

⁹ *Ibid.*, §§ 556–558.

4.139. Посягательства на достоинство лиц — обращение унижающего и оскорбительного характера: не имеют значения продолжительность такого обращения и тот факт, преследовало ли лицо, совершающее такие действия, цель унижить жертву или выставить ее в смешном свете. Достаточно того, что соответствующее действие вообще может быть признано приводящим к этому результату¹. Таковыми могут быть признаны ненадлежащие условия содержания и, без всякого сомнения, факт использования заключенных в качестве живых щитов или для рытья траншей либо сексуальное насилие в отношении заключенных, в том числе принуждение к публичной наготы². ООН настаивает на необходимости уголовного преследования за «насилие против женщин и девочек, используемое в качестве средства ведения войны»³.

Были сочтены унижающим достоинство обращением условия, в которые местные власти поставили часть греческого населения северного Кипра ввиду серьезности ситуации: изоляция, постоянный надзор, отсутствие свободы передвижения⁴.

4.140. Так, из вынесенных судебных постановлений следует, что

- приказ об уничтожении, жестоком обращении, депортации, принудительном привлечении к работам гражданских лиц и военнопленных на оккупированной территории является военным преступлением⁵;
- пытки партизан и жестокое обращение с ними не могут быть оправданы ссылкой на самооборону и принципы самозащиты⁶;
- массовые аресты гражданских лиц, жестокое обращение с ними и пытки являются военными преступлениями⁷;
- убийства священнослужителей квалифицируются так же⁸;
- казни лиц из состава регулярных вооруженных сил, взятых в плен после того, как их десантировали в неприятельский тыл для совершения диверсионных акций, являются военным преступлением⁹;
- держащая в плену держава может препятствовать побегу военнопленных¹⁰, но запрещается подвергать их в случае неудачного побега какому-либо другому наказанию, кроме дисциплинарного (Гаагское положение, ст. 8; adde в настоящее время Женевская

¹ *Id.*, aff. IT-96-23 et 23/1-T, *Kunarac et al.*, 22 févr. 2001, §§ 500–514, spéc., 501, 509 et 514; confirmé en appel, 12 juin 2002, §§ 162 ss.

² *Id.*, aff. IT-98-30/1-T, *Kvočka et al.*, 2 nov. 2001, §§ 169–170.

³ Рез. СБ ООН S/Res. 1493, 26 июля 2003, пп. 8–9.

⁴ Cour EDH, *Chypre c/Turquie*, 10 mai 2001, § 309.

⁵ Poznan, Supr. Nat. Trib. of Poland, 7 July 1946, *Greiser, A. D.*, 1946, 387–91; Arnheim, Special Crim. Ct., 10 Dec. 1946, *Heinemann, ibid.*, 395–7; Spec. Ct. of Cass., Neth., 26 Febr. 1947, *Kooymans, ibid.*, 398.

⁶ Dk., Supr. Ct., 3 June 1949, *Kniest, A. D.*, 1949, 507–8; Dk., East. Prov. Ct., 21 Sept. 1949, *Hoffmann, ibid.*, 508.

⁷ Neth. East Indies, Temp. Ct. Martial, Makassar, 18 July 1947, *Motomura et al., A. D.*, 1947, 309–10 et réf.

⁸ Nur., U. S. Mil. Trib., 14 Apr. 1949, *Weizsaecker et al. (Ministries trial), A. D.*, 1949, 357.

⁹ Wuppertal, Brit. Mil. Ct., 10 May 1946, *Buck et al., A. D.*, 1946, 293–4.

¹⁰ Wuppertal, Brit. Mil. Ct., *Amberger*, 14 March 1946, *A. D.*, 1946, 291–292; Hamburg, Brit. Mil. Ct., *Wielen et al.*, 3 Sept. 1947, *ibid.*, 292.

- конвенция III, ст. 92); казнь военнопленных за попытку побега является военным преступлением¹;
- пытки, жестокое обращение, казни военнопленных или отсутствие ухода, несоблюдение минимальных условий для поддержания здоровья пленных, создание бесчеловечных условий содержания являются военными преступлениями²;
 - непринятие мер для обеспечения необходимого медицинского обслуживания в лагере для интернирования незаконно (в настоящее время Женевская конвенция IV, ст. 91) и является военным преступлением (там же, ст. 147)³;
 - отказ пленному, приговоренному к смертной казни, в предоставлении духовной помощи пастора или священнослужителя другой конфессии является военным преступлением и преступлением против человечности⁴;
 - подвергать военнопленных опасности нападения противной стороны, организуя лагерь для военнопленных на расстоянии 50 метров от крупного склада боеприпасов, считается военным преступлением⁵; в настоящее время подобные действия нарушают ст. 23 и 130 Женевской конвенции III. Когда во время войны в Кувейте Ирак угрожал использовать военнопленных в качестве «живого щита», он действовал вопреки этому положению⁶; использование «живых щитов» повлекло уголовно-правовые санкции как жестокое и бесчеловечное обращение⁷;
 - привлечение военнопленных к опасным работам, таким как перевозка боеприпасов или разминирование, является военным преступлением⁸;
 - держащая в плену держава обязана обеспечить защиту военнопленных (в настоящее время Женевская конвенция III, ст. 13)⁹, в том числе от оскорблений и любопытства толпы (там же)¹⁰ (Ирак нарушил и эту норму во время кувейтского конфликта, заставив американских и британских военнопленных выступать по телевидению)¹¹, и уважать их честь и достоинство (там же, ст. 14)¹²;

¹ Nur., U.S. Mil. Crt., 28 Oct. 1948, *Von Leeb et al. (German High Command Trial)*, A. D., 1948, 395.

² Manila, U.S. Milit. Comm., 7 Dec. 1945 et U.S. Supr. Crt., 4 Febr. 1946, *Yamashita*, A. D., 1946, 255-7 et 272-5; Rabaul, Austr. Mil. Crt., 2 June 1947, *Baba Masao*, A. D., 1947, 205-7; Makassar, Temporary Crt. Martial, 4 Jan. 1947, *Notomi Sues et al.*, *ibid.*, 208-10; Batavia, Temporary Crt. Martial, 14 Aug. 1946, *Sone Keitiji*, A. D., 1946, 299-300.

³ Batavia, Temporary Crt. Martial, 29 Oct. 1946, *Kondo Shuichi*, A. D., 1946, 399.

⁴ Neth. Spec. Crt. of Cass., 6 Dec., *Zuhlke*, A. D., 1948, 499.

⁵ Makassar, Temporary Crt. Martial, 5 February 1947, *Koshiro*, A. D., 1947, 210-1; см. также Nur., U.S. Mil. Trib., 28 Oct. 1948, *Von Leeb et al.*, (*German High Command Trial*), A. D., 1948, 394.

⁶ *Le Monde*, 22 jan. 1991; Рез. ГА ООН A/Rés. 46/134, «Положение с правами человека в Ираке», 17 декабря 1991 г. (129-1-17), п. 2, с.

⁷ ТРИУ, Chbre I., aff. IT-95-14-T, *Blaskic*, 3 mars 2000, §§ 709-716; *id.*, aff. IT-98-34-T, *Naletilic et al.*, 31 mars 2003, §§ 274-290.

⁸ *German High Command case* cité in Hamburg, Brit. Mil. Crt., 19 Jan. 49, *Von Lewinski (alias Von Manstein)*, A. D., 1949, 517-8; по вопросу рытья траншей см. также: ТРИУ, aff. IT-95-14/1-T, *Aleksovski.*, 25 juin 1999, § 127; *id.*, Chbre I., aff. IT-95-14-T, *Blaskic*, 3 mars 2000, §§ 693, 699, 700; *id.*, aff. IT-98-34-T, *Naletilic et al.*, 31 mars 2003, § 268.

⁹ Ср.: Essen, Brit. Mil. Crt., 22 Dec. 1945, *Essen Lynching case*, A. D., 1946, 287-289.

¹⁰ Противоречащей этой норме была признана традиция проводить военнопленных по улицам неприятельского города: Florence, U.S. Mil. Comm., 14 sept. 1946, *Maelzer*, *ibid.*, 289.

¹¹ *L. M.*, 22 janvier 1991.

¹² Противоречащими этой норме были сочтены стрижка волос и бороды военнопленным сикхам и их принуждение к курению, что запрещено их религией: Rabaul, Austral. Mil. Crt., 12 July 1946, *Tanaka Chinchi*, *ibid.*, 289-290.

- убийство 260 человек является нарушением ст. 3, общей, Женевских конвенций, на что указывается в ст. 3 Устава МТБЮ¹; речь также идет об умышленном причинении тяжелых страданий, о чем говорится в ст. 2, с, Устава²;
- избиение лица, приведшее к его смерти, является «жестоким обращением» по смыслу ст. 3, общей, Женевских конвенций³; то же относится к истязанию лица и его принудительной депортации⁴; это также «бесчеловечные акты»⁵;
- изнасилование тоже может подпасть под действие ст. 3 Устава МТБЮ⁶;
- изнасилование составляет «любое проникновение в любую часть тела потерпевшего или исполнителя в результате принуждения»⁷. По мнению одной из Камер МТБЮ, элементы, составляющие изнасилование включают в себя
 - i) проникновение, даже самое незначительное
 - a) половым членом либо любым предметом или любой частью тела в анальное или генитальное отверстие потерпевшего;
 - b) в рот потерпевшего половым членом насильника
 - ii) применение силы или угрозы силой в отношении данного или другого лица»⁸;
- отсутствие согласия, являющееся составным элементом изнасилования⁹, может быть результатом насилия, принуждения, хитрости, физической или умственной недееспособности потерпевшего¹⁰ или совокупности мер принудительного характера¹¹; акты насилия сексуального характера, но без половых сношений подпадают под другие квалификации; так, беременная женщина тутси была вспорота мачете от груди до половых органов, плод извлечен из ее чрева и брошен на землю; имели место и другие зверства, и женщина скончалась от полученных ран¹²; обвинение квалифицировало это как изнасилование, однако МУТР переквалифицировал преступление как «убийство»¹³;
- нанесение раненому побоев, в результате которых он не может подняться на ноги, является одновременно бесчеловечным и жестоким обращением, предусмотренным соответственно ст. 2 и 3 Устава МТБЮ¹⁴;

¹ ТПИУ, aff. IT-95-13-R61, 3 avril 1996, «Hôpital de Vukovar», § 20.

² *Ibid.*, § 26.

³ ТПИУ, Chbre II, aff. IT-94-1-T, *Tadic, jugement*, 7 mai 1997, § 752.

⁴ *Ibid.*, § 763.

⁵ *Ibid.*, § 764.

⁶ *Id.*, aff. IT-17/1-PT, 29 mai 1998, *Furundzija*, § 15.

⁷ ТПИУ, Chbre. 1, aff. ICTR-96-4-T, *Akayesu*, 2 sept. 1998, §§ 598 et 688.

⁸ Aff. IT-95-17/1-T, *Furundzija*, 10 déc. 1998, § 185; см. также: § 174.

⁹ *Id.*, aff. IT-96-23 et 23/1-T, *Kunarac et al.*, 22 févr. 2001, § 460; *id.*, aff. IT-98-30/1-T, *Kvočka et al.*, 2 nov. 2001, §§ 176–177.

¹⁰ *Id.*, aff. IT-96-23 et 23/1-T, *Kunarac et al.*, 22 févr. 2001, § 456.

¹¹ *Id.*, app., même aff., 12 juin 2002, §§ 129–132.

¹² ТПИУ, aff. ICTR-91 B-T, *Muhimana*, 28 avril 2005, §§ 391–394, 401–408.

¹³ *Ibid.*, §§ 557, 570–576.

¹⁴ ТПИУ, Chbre II, aff. IT-96-21-T, *Celebici*, 16 nov. 1998, § 1026.

- то же относится к ударам электрическим током, которым подвергаются потерпевшие из чистого садизма¹;
- то же для случая, когда двух братьев принудили поочередно вступать в орогенитальный контакт друг с другом²;
- то же для принуждения отца и сына к неоднократному нанесению друг другу ударов³;
- то же для создания и поддержания обстановки террора в месте содержания под стражей, лишения заключенных пищи, воды, доступа к санитарным установкам и к медицинской помощи, лишения их возможности мыться, ложиться и спать в приемлемых условиях⁴;
- жестоким обращением является факт содержания в слишком тесном помещении без вентиляции, водопроводного крана, коек и с единственным туалетом в виде бака, которым к тому же не могут пользоваться прикованные заключенные⁵; такие злоупотребления не свойственны исключительно югославским конфликтам: во время некоторых военных акций Израиля на палестинских территориях, предпринятых в ответ на вторую интифаду, задержанные палестинцы не имели возможности пользоваться туалетом и не получали пищи и одеял в течение первых суток заключения⁶;
- то же для принуждения лица присутствовать при избиении или симуляции казни: такие действия не составляют пыток ввиду отсутствия специального намерения⁷;
- то же для избиения без специального намерения подвергнуть пытке...⁸;
- то же для привлечения военнопленных к недозволенным работам, не соответствующим предписаниям ст. 49, 50 и 52 Женевской конвенции III, в том числе к работам, поддерживающим военные усилия или осуществляемым в опасных для здоровья условиях. Это относится к рытью траншей вблизи линии фронта, к расположению мешков с песком в оконных проемах или в местах, находящихся под обстрелом неприятеля, привлечению к фортификационным работам, к перевозкам за линию фронта взрывчатых веществ⁹, продовольствия и боеприпасов, к сбору тел и работам по поиску останков¹⁰; к превращению находящихся в частной собственности объектов в военную ставку¹¹, но при условии, что указанные работы причиняют военнопленным сильные физические и моральные страдания¹²;
- то же для принуждения военнопленных к участию в нападении на неприятельскую позицию в неприятельской форме и с макетами оружия¹³;

¹ ТРИУ, Chbre II, aff. IT-96-21-T, *Celebici*, 16 nov. 1998, §§ 1052–1059.

² *Ibid.*, §§ 1062–1066.

³ *Ibid.*, §§ 1067–1070.

⁴ *Ibid.*, §§ 1119; *id.*, Chbre I, aff. IT-95-14-T, *Blaskic*, 3 mars 2000, §§ 680–700.

⁵ *Id.*, aff. IT-03-66-T, *Limaj et al.*, 30 nov. 2005, §§ 285–289.

⁶ Доклад Генерального секретаря, представленный во исполнение резолюции ES-10/10 Генеральной Ассамблеи ООН, 1 августа 2002 г., п. 30.

⁷ *Id.*, aff. IT-03-66-T, *Limaj et al.*, 30 nov. 2005, §§ 292–294, 313.

⁸ *Ibid.*, §§ 295 ss.

⁹ ТРИУ, aff. IT-98-34-T, *Naletilic et al.*, 31 mars 2003, §§ 250–271.

¹⁰ *Id.*, §§ 298–303.

¹¹ *Id.*, §§ 311–312.

¹² *Id.*, §§ 325–326, однако выводы Камеры представляются двусмысленными, если не противоречивыми.

¹³ *Id.*, §§ 274–289.

- то же для дурного обращения в виде избиения пленных¹ или их обстрела параллельно с принуждением бегом спускаться или скатываться с крутого склона². При этом было сочтено, что под соответствующую квалификацию не подпадает нанесение ударов прикладом комбатанту в момент его взятия в плен, если потерпевший не заявил о серьезных посягательствах на его физическую неприкосновенность и психическое здоровье³;
- сильные истязания (нанесение ударов голыми руками и цепью) заключенного, его помещение в одиночную камеру на 28 суток, семь из которых он провел на полу со скованными руками и ногами, были признаны пытками согласно ст. 3 и ст. 5, f, Устава МТБЮ⁴;
- то же для избиения заключенного до потери им сознания; его лицо превратилось в кровавое месиво, глаза опухли настолько, что он не мог их открыть, и при этом ему было отказано в медицинской помощи⁵;
- то же для сильных побоев заключенного, который был помещен в одиночную камеру без пищи и воды, где от жажды он был вынужден пить свою мочу⁶;
- то же для неоднократных избиений заключенного, отказа ему в медицинской помощи и его содержания в одиночной камере в течение трех месяцев и угроз вырезать ему сердце ножом⁷;
- то же для нанесения ударов пистолетом по голове заключенного и введения ствола пистолета ему в рот, чтобы заставить его дать показания⁸;
- то же для жестокого избиения заключенного с целью получения информации о так называемых шпионах и сковывания его цепью весом 10 кг на несколько дней⁹;
- угроза предать смерти может, в зависимости от обстоятельств, быть признана пыткой¹⁰ или жестоким обращением и причинением сильных страданий по смыслу ст. 2, с, и ст. 3 Устава МТБЮ¹¹.

b) Биологические и медицинские опыты

4.141. Женевские конвенции криминализуют биологические опыты, проводимые воюющей державой над лицами, находящимися в ее власти (I, ст. 50; II, ст. 51; III, ст. 130; IV, ст. 147: см. также Проект кодекса преступлений против мира и безопасности человечества, ст. 20, а, ii; Устав МТБЮ, ст. 2 (ii), b, и Статут МУС,

¹ ТРИУ, aff. IT-98-34-T, *Naletilic et al.*, 31 mars 2003, §§ 389 et 450.

² ТРИУ, aff. IT-95-14/2-A, *Kordic et Cerkez*, 17 déc. 2004, § 572.

³ *Ibid.*, § 524.

⁴ ТРИУ, aff. IT-97-25-T, *Krnjelac*, 15 mars 2002, §§ 231–232.

⁵ *Ibid.*, §§ 240–242.

⁶ *Ibid.*, § 300.

⁷ *Ibid.* § 305.

⁸ ТРИУ, aff. IT-98-34-T, *Naletilic et al.*, 31 mars 2003, § 366.

⁹ *Id.*, aff. IT-03-66-T, *Limaj et al.*, 30 nov. 2005, §§ 304–306, 318.

¹⁰ *Id.*, aff. IT-98-34-T, *Naletilic et al.*, 31 mars 2003, §§ 367–368.

¹¹ *Id.*, §§ 379, 450.

ст. 8, п. 2, а, ii, b, x), поскольку речь идет о физической неприкосновенности и здоровье пациента. Однако это не исключает применения «новых терапевтических средств, использование которых оправдано с медицинской точки зрения и продиктовано исключительно заботой об улучшении состояния пациента»¹.

Дополнительный протокол I распространил эту криминализацию на любое умышленное медицинское действие стороны, находящейся в конфликте, в отношении покровительствуемого лица (в том числе пересадку органов и даже сдачу крови или кожи в целях переливания или пересадки), если такое действие не мотивировано состоянием пациента, противоречит медицинским нормам, действующим в данном государстве, и создает серьезную угрозу для здоровья покровительствуемого лица либо его физической и психической неприкосновенности (ст. 11, пп. 1–4). Статут МУС (ст. 8, п. 2, а, xi) распространил действие данной криминализации на продолжительные внутренние конфликты.

4.142. Согласно вынесенному судебному решению, проведение биологических опытов на военнопленных или гражданских лицах без их согласия является военным преступлением, даже если речь идет о лицах, приговоренных к смерти².

с) Взятие заложников

4.143. Взятие заложников и их казнь криминализуются Уставом Нюрнбергского военного трибунала (ст. 6, b) и ст. 147 Женевской конвенции IV (см. также Проект кодекса преступлений против мира и безопасности человечества, ст. 20, а, viii; Устав МТБЮ, ст. 2, h, и Статут МУС, ст. 8, п. 2, а, viii).

Данное деяние также рассматривается как преступление, когда оно совершается в рамках внутреннего вооруженного конфликта типа, охарактеризованного в ст. 3, общей (Проект кодекса преступлений против мира и безопасности человечества, ст. 20, f, iii; Устав МУТР, ст. 4, с и Статут МУС, ст. 8, 2, с, iii).

Поскольку МТБЮ считает, что действия, запрещенные общей ст. 3, рассматриваются как «нарушения законов и обычаев войны», предусмотренные ст. 3 его Устава³, взятие заложников также подпадает под действие этого положения⁴.

4.144. Из вынесенных судебных постановлений следует, что взятие м заложников является факт угрозы предать гражданских лиц смерти или подвергнуть их бесчеловечному обращению для того, чтобы получить уступку, выгоду или преимущество⁵. Это определение представляется неоправданно ограничительным. В то время как ст. 34 и 147 Женевской конвенции IV касаются только гражданских лиц, ст. 3, общая, применяется к любому лицу, не участвующему или прекратив-

¹ *Conventions, commentaire*, IV, p. 640.

² Nur., U.S. Mil. Trib., 20 Aug. 1947, *Brandt et al. (Medical Trial)*, A. D., 1947, 296–8.

³ App. aff. IT-94-1-AR72, *Tadic*, 20 oct. 1995, § 134.

⁴ *Id.*, aff. IT-95-14/2-T, *Kordic et al.*, 26 févr. 2001, § 319.

⁵ *Ibid.*, §§ 314 et 320.

шему участвовать в военных действиях. Поэтому взятие заложников остается противоправным деянием, даже если заложником является взятый в плен комбатант.

4.145. Следует отметить, что к криминализации взятия заложников пришли не сразу. Трибуналы союзных держав не всегда однозначно поддерживали действия по пресечению подобной практики, в том числе казней заложников после Второй мировой войны. Допускалось, что казнь заложников может быть дозволена при соблюдении таких условий, как исключительный характер этого метода, предварительное уведомление населения и соразмерность между числом казненных заложников и правонарушением, в ответ на которое производится казнь, и т. д.¹

4.146. В Бельгии кассационный суд счел, что казнь заложников нарушает «неявным образом» ст. 46 и 50 Гаагского положения², но все же принял тезис неизбежной ошибки, на который ссылался в свое оправдание обвиняемый, удостоверившись предварительно, что лица, казненные по его приказу в качестве ответной меры за убийство немецкого офицера, в любом случае были виновны в преступлениях, за которые полагалась высшая мера наказания³. Правда, нужно было, чтобы эти действия на самом деле влекли за собой наказание смертной казнью⁴.

Аналогично в деле Фалькенхаузена и других брюссельский военный трибунал оправдал ряд лиц, обвиняемых в казнях заложников, на том основании, что

«формальные предписания германского устава и армейская практика не позволяли, таким образом, в тот момент, когда обвиняемые отдали соответствующий приказ, квалифицировать как «явное» нарушение законов и обычаев войны казни, произведенные в порядке репрессалий, строго в рамках военной необходимости, то есть для пресечения и предотвращения покушений, направленных против оккупационной армии и ее личного состава...»⁵.

Женевская конвенция IV 1949 г. о защите гражданского населения во время войны положила конец этим колебаниям, определив официально как военное преступление «взятие заложников», а значит, а fortiori, их казнь (ст. 147).

d) Депортация гражданского населения

4.147. Устав Нюрнбергского военного трибунала (ст. 6, b) определял в качестве преступления депортацию гражданского населения с оккупированных территорий на территорию оккупирующего государства. Женевская конвенция IV *запрещает*

¹ *Kesselring case*, Venice, Brit. Mil. Crt., 6 May 1947, A. D., 1946, p. 261; *Hostages case*, U.S., Milit. Trib., Nuremberg, 19 février 1948, A. D., 1948, 642–4 et L.R.T.W.C., VIII, pp. 77; XV, p. 178; *German High Command case*, Ann. Dig., XV, pp. 662–663; Neth. Spec. Crt. of Cass., 20 March 1950, *Bellmer*, A. D., 1950, 393; *contra*: Arnhem, Special Court, 12 Aug. 1948, *Christiaensen*, A. D., 1948, 412–4.

² Cp.: *Ohlendorf case*, loc. cit., p. 663.

³ Cass. b., 4 juillet 1949, *RDPC*, 1948–1949, pp. 989–998; A. D., 1949, 401–402.

⁴ Neth., Spec. Crt. of Cass., 5 Dec. 1949, *Vogt*, A. D., 1949, 450–2.

⁵ CG Bruxelles, 9 mars 1951, *RDPC*, 1950–51, p. 870, note Uhler, p. 990.

как эту практику (за исключением случаев, «если этого требуют безопасность населения или особо веские соображения военного характера», и только в глубь оккупированной территории, кроме случаев, когда это практически невозможно), так и депортацию или перемещение оккупирующим государством собственного населения на территорию оккупированного государства (ст. 49). Однако криминализуется нарушение только первой обязанности, а не второй (ст. 147).

Дополнительный протокол I восполнил этот пробел, криминализовав также «перемещение оккупирующей державой части ее собственного гражданского населения на оккупируемую ею территорию» (ст. 85, п. 4, а). См. также Проект кодекса преступлений против мира и безопасности человечества, ст. 20, а, vii; с, i; Статут МУС, ст. 8, п. 2, а, vii; b, viii). Данная криминализация применяется к продолжительным внутренним вооруженным конфликтам (Статут МУС, ст. 8, п. 2, е, viii). Эти квалификации должны охватывать «этнические чистки», осуждаемые как «серьезное нарушение международного гуманитарного права»¹ или как «форма геноцида» (см. ниже, п. 4.258).

4.148. Согласно принятым судебным решениям:

- привлечение гражданских лиц на оккупированных территориях к принудительным работам, производимым в неблагоприятных условиях, и их депортация на территорию оккупирующей державы являются военными преступлениями²;
- нельзя ссылаться на незнание того, что депортация трудящихся в Германию в целях их привлечения к принудительным работам является военным преступлением³;
- обращение в рабство является военным преступлением в свете законов и обычаев войны⁴;
- высылка гражданских лиц с территорий, находящихся под контролем сил Боснии и Герцеговины, на территории, контролируемые силами мусульман этой страны, является незаконным перемещением и военным преступлением по смыслу ст. 2, г, Устава МТБЮ⁵.

е) Незаконное содержание под стражей гражданских лиц

4.149. Это серьезное нарушение, предусмотренное ст. 147 Женевской конвенции IV (см. также Проект кодекса преступлений против мира и безопасности человечества, ст. 20, а, vii; Устав МТБЮ, ст. 2, г; Статут МУС, ст. 8, п. 2, а, vii), следует рассматривать в свете признаваемого за воюющей державой права интернировать иностранцев и подданных неприятельской державы, находящихся на ее территории (ст. 41), или жителей оккупируемых ею территорий (ст. 79),

¹ Рез. СБ ООН S/Rés. 771, 13 августа 1992 г., п. 2; S/Res. 787, 16 ноября 1992 г., пп. 7–8; и т. д.

² Trib. Sup. Zone fr. d'occupation en Allemagne, 1948, *Roehling*, A. D., 1948, 409–411.

³ Neth., Spec. Crt. Cass., 21 Nov. 1949, *Zimmerman*, A. D., 49, 553.

⁴ ТРИУ, aff. IT-97-25-T, *Krnjelac*, 15 mars 2002, § 356.

⁵ ТРИУ, aff. IT-98-34-T, *Naletilic et al.*, 31 mars 2003, §§ 438–570.

если «это совершенно необходимо для безопасности...» (ст. 42 и 79)¹. Таким образом, это определение в качестве военного преступления незаконного содержания под стражей гражданских лиц предполагает, что любое злоупотребление в осуществлении права интернирования является серьезным нарушением². Злоупотребление имеет место, когда не соблюдаются условия, предусмотренные в ст. 42 (серьезная угроза для оккупирующей державы) и ст. 43 (процессуальные гарантии в случае интернирования) Женевской конвенции IV³. Согласно принятым судебным решениям, лица, являющиеся гражданами неприятельского государства, или призывного возраста сами по себе не угрожают безопасности воюющей державы, во власти которой они находятся⁴; интернирование или ограничение места жительства являются исключительными мерами, решение о которых должно приниматься после изучения каждого конкретного случая и никогда на коллективной основе⁵.

Данное серьезное нарушение может быть вменено лицам, несущим непосредственную ответственность за незаконное содержание под стражей, то есть лицам, которые наделены полномочиями принимать решение о помещении под стражу или соглашаться с ним, но не удостоверились в том, что от потерпевшего действительно исходит угроза для безопасности удерживающей державы. Иными словами, ответственность за это не может быть вменена простому охраннику⁶. Соответствующий состав преступления не предусмотрен для внутренних вооруженных конфликтов, за исключением случаев, когда при соблюдении определенных условий действие квалифицируется как преступление против человечности (см. ниже, п. 4.258).

f) Разграбление государственного и частного имущества

4.150. Эти действия считаются военными преступлениями в соответствии с Уставами Нюрнбергского трибунала (ст. 6, b), МТБЮ (ст. 3, e), Статутом МУС (ст. 8, п. 2, b, xvi), Проектом кодекса преступлений против мира и безопасности человечества (ст. 20, e, v) и Женевскими конвенциями и квалифицируются как незаконное, произвольное и не продиктованное военной необходимостью «присвоение» имущества в крупных масштабах (Женевские конвенции: I, ст. 50; II, ст. 51; IV, ст. 147). Этот пункт фигурировал в обвинительных приговорах, вынесенных в Нюрнберге по делам Геринга, Розенберга и Франка⁷, где сказано о

«незаконном изъятии государственного или частного имущества, принадлежащего неприятелю или противной стороне, совершаемым в рамках вооруженного конфликта или связанным с ним»⁸.

¹ *Conventions, commentaire*, IV, pp. 641–642.

² Примеры применения см.: ТРИУ, апп., aff. IT-96-21-A, *Celebici*, 20 févr. 2001, §§ 328 et 386.

³ *Id.*, aff. IT-95-14/2-T, *Kordic et al.*, 26 févr. 2001, § 291.

⁴ *Ibid.*, § 284.

⁵ *Ibid.*, § 285.

⁶ *Id.* app. aff., IT-96-21-A, *Celebici*, 20 févr. 2001, § 342.

⁷ *Procès*, Doc. off., I, pp. 299, 314 et 316; см. также: p. 252.

⁸ ТРИУ, aff. IT-95-10-T, *Jelicic*, 14 déc. 1999, § 48; см. также: *id.*, aff. IT-96-23-T, *Kunarac et al.*, 3 juillet 2000, § 16.

Это охватывает как крупномасштабные и систематические изъятия имущества, так и изолированные факты хищения¹. Как и любое военное преступление, разграбление должно быть связано с вооруженным конфликтом.

Данный состав преступления распространяется как на «акты грабежа, совершенные отдельными солдатами в своих личных интересах», так и на «организованную конфискацию имущества, осуществляемую в рамках систематической экономической эксплуатации оккупированной территории»².

4.151. МТБЮ констатировал, что ст. 1 его Устава позволяет ему «судить лиц, виновных в *серьезных* нарушениях» (*курсив автора*) МГП. Одновременно Трибунал счел, что разграбление, предусмотренное ст. 3, е, Устава, является преступлением только тогда, когда его масштаб достаточен для причинения серьезного ущерба потерпевшему³. Так, разграблением по смыслу Устава было признано изъятие тракторов, автомобилей и скота из большинства дворов одной деревни⁴, но не хищение одного автомобиля, которое, учитывая стоимость последнего, не могло причинить достаточно серьезный ущерб потерпевшему⁵.

4.152. Соответствующие действия также считаются преступными, когда они совершаются в рамках внутреннего вооруженного конфликта (Устав МУТР, ст. 4, f)⁶, рассматриваемого в ст. 3, общей (Проект кодекса преступлений против мира и безопасности человечества, ст. 20, f, vi) или в Дополнительном протоколе II (Статут МУС, ст. 8, п. 2, d, v).

g) Бессмысленные разрушения

4.153. Устав Нюрнбергского трибунала определяет в качестве военного преступления «необоснованное разрушение городов и сел или же их разорение, не оправданное военной необходимостью» (ст. 6, b), в то время как Женевские конвенции относят к военным преступлениям «незаконное, произвольное и проводимое в большом масштабе разрушение и присвоение имущества, не вызываемые военной необходимостью...» (I, ст. 50; II, ст. 51; IV, ст. 147). Соответствующее определение присутствует и в Уставе МТБЮ (ст. 2, d, и ст. 3, b) и Статуте МУС (ст. 8, п. 2, a, iv; xiii), а также в Проекте кодекса преступлений против мира и безопасности человечества (ст. 20, a, iv). Оно применяется к внутренним вооруженным конфликтам, которых касается Дополнительный протокол II (Статут МУС, ст. 8, п. 2, d, xii).

¹ ТРИУ, aff. IT-95-14/2-T, *Kordic et al.*, 26 févr. 2001, § 352.

² ТРИУ, Chbre II, aff. IT-96-21-T, *Celebici*, 16 nov. 1998, § 590.

³ *Id.*, aff. IT-96-21-T, *Celebici*, 16 nov. 1998, § 1154; *id.*, aff. IT-98-34-T, *Naletilic et al.*, 31 mars 2003, § 614; *id.*, aff. IT-95-14/2-A, *Kordic et Cerkez*, 17 déc. 2004, §§ 81–84.

⁴ ТРИУ, aff. IT-95-11-T, *Martić*, 12 juin 2007, § 382.

⁵ *Ibid.*, § 362.

⁶ ТРИУ, aff. IT-01-47-AR73, *Hadzihasanovic et al.*, 11 mars 2005, § 38.

Данные положения касаются уничтожения имущества, находящегося во власти неприятеля¹ (об уничтожении имущества в результате нападений и бомбардировок см. ниже, п. 4.170 и сл.), когда нет оккупации *stricto sensu* (Устав МТБЮ, ст. 2, d) или после оккупации (там же, ст. 3, b)² (см. выше, пп. 2.417 и 2.458).

Присутствие неприятельских сил в зданиях может рассматриваться как военная необходимость, оправдывающая их разрушение³.

4.154. Критерий разрушения имущества «в большом масштабе» отличает запрещение (Гаагское положение, ст. 23, ж, Обычное МПП, норма 50) от криминализации. Этот критерий не присутствует в определении преступления, состоящего в разрушении городов и сел, но он неявным образом предполагается, поскольку разрушение села или *a fortiori* города подразумевает разрушение зданий в большом масштабе. МТБЮ заключил, что он относится к элементам состава преступления⁴.

Понятие «в большом масштабе» относительно. МТБЮ применял его к «единичному факту, такому как разрушение больницы»⁵, к разрушению пяти домов в деревне, где их было всего семь⁶, к разрушению десятка домов в деревне, насчитывавшей 500 жителей⁷. Однако он счел, что разрушение десятка домов в деревне, насчитывавшей 500 домохозяйств, не соответствует критерию разрушения «в большом масштабе»⁸.

4.155. Согласно выносившимся судебным решениям

- разрушение образовательных учреждений является военным преступлением, подсудным МТБЮ⁹;
- обнаружение оружия в доме не оправдывает его разрушения с военной точки зрения¹⁰.

h) Принудительная вербовка лиц, находящихся во власти неприятеля

4.156. Ст. 130 Женевской конвенции III и ст. 147 Женевской конвенции IV криминализуют принуждение военнопленного или лица, находящегося под защитой Женевской конвенции IV, «служить в вооруженных силах неприятель-

¹ *Conventions, commentaire*, IV, p. 643; примеры применения см.: ТРИУ, aff. IT-95-14/2-T, *Kordic et al.*, 26 févr. 2001, §§ 329–346.

² ТРИУ, aff. IT-98-34-T, *Naletilic et al.*, 31 mars 2003, §§ 581–597; *id.*, aff. IT-01-47-AR73, *Hadzihasanovic et al.*, 11 mars 2005, § 30.

³ ТРИУ, aff. IT-95-11-T, *Martic*, 12 juin 2007, § 394.

⁴ ТРИУ, aff. IT-95-14/2-A, *Kordic et Cerkez*, 17 déc. 2004, § 74; *id.*, aff. IT-95-11-T, *Martic*, 12 juin 2007, § 90.

⁵ ТРИУ, Chbre I, aff. IT-95-14-T, *Blaskic*, 3 mars 2000, § 157.

⁶ ТРИУ, aff. IT-95-11-T, *Martic*, 12 juin 2007, § 374.

⁷ *Ibid.*, § 360.

⁸ *Ibid.*, § 355.

⁹ ТРИУ, aff. IT-95-14/2-A, *Kordic et Cerkez*, 17 déc. 2004, § 92.

¹⁰ *Ibid.*, § 575.

ской Державы» (см. также Проект кодекса преступлений против мира и безопасности человечества, ст. 20, а, в; Устав МТБЮ, ст. 2, е, и Статут МУС, ст. 8, п. 2, а, в; b, xv).

Ст. 23 Гаагского положения запрещает воюющим «принуждать подданных противной стороны принимать участие в военных действиях, направленных против их страны», даже если они были на службе у воюющих до начала военных действий.

В ст. 147 Женевской конвенции IV присутствует некоторая двусмысленность, поскольку там говорится одновременно о «покровительствуемых лицах» и «неприятельской Державе», а ст. 4 этой же Конвенции включает в понятие «покровительствуемого лица» не только подданных неприятельской державы, находящихся во власти стороны в конфликте, но и отдельные категории лиц, не являющихся подданными ни одной из сторон в конфликте. Таким образом, поскольку в ст. 147 говорится о покровительствуемых лицах, находящихся во власти *неприятельской* державы, создается впечатление, что определение принудительной вербовки как военного преступления ограничено только случаем подданных неприятельской державы, тогда как «покровительствуемые лица» включают и другие категории иностранцев.

В пользу узкого толкования определения этих действий как военного преступления можно привести тот довод, что изначальное запрещение, сформулированное в Гаагском положении, тоже распространяется лишь на вербовку подданных неприятельской державы. Другие тексты, упомянутые выше, также подводят к этому заключению. Кстати, во время войны во Вьетнаме США систематически вербовали иностранцев, подданных третьих стран, находившихся на их территории, что иногда вызывало протесты со стороны этих государств¹, но такая принудительная вербовка никогда не квалифицировалась как «военное преступление» или «серьезное нарушение» Женевских конвенций. Следовательно, определение должно касаться только принудительной вербовки лиц, связанных долгом верности по отношению к противной стороне.

4.157. Согласно принимавшимся судебным решениям

- принудительная вербовка эльзасцев для службы в германских вооруженных силах или для работы в Германии является военным преступлением²;
- привлечение военнопленных к работам, поддерживающим военные усилия, является военным преступлением³; *quod est* для использования военнопленных в угольных шахтах⁴, однако этот принцип оспаривался⁵, несмотря на то, что соответствующее запрещение ясно сформулировано в Гаагском положении (ст. 6) и воспроизведено в Женевской конвенции III (ст. 50);

¹ Chron. ROUSSEAU, *RGDIP*, 1973, p. 246.

² Strasbourg, Trib. mil. perm. fr., 3 mai 1946, *Wagner et al.*, A. D., 1946, 385–7.

³ Nur., U. S. Mil. Trib., 17 Apr. 1947, *Milek*, A. D., 1947, 300–302; Trib. Sup. Zone fr. d'occup., 1948, *Roechling*, A. D., 1948, 411–2; Nur., U. S. Mil. Trib., 30 June 1948, *Krupp et al.*, A. D., 1948, 626–7.

⁴ *Id.*, 29 July 1948, *Krauch et al. (I. G. Farben Trial)*, A. D., 1948, 679; *Id.*, 14 Apr. 1949, *Weizsaecker et al. (Ministries trial)*, A. D., 1949, 352.

⁵ *Id.*, 28 Oct. 1948, *Von Leeb et al., High German Command Trial*, A. D., 1948, p. 394.

— воспрещается принуждать жителей оккупированных территорий сражаться против собственной страны или участвовать в военных усилиях, направленных против нее¹.

Генеральная Ассамблея ООН осудила Южно-Африканскую Республику за то, что она вербовала и осуществляла подготовку намибийцев для создания вооруженных сил по племенному принципу².

4.158. Поэтому вполне логично, что такой состав преступления не предусмотрен для внутренних вооруженных конфликтов.

i) Отказ в справедливом судебном разбирательстве

4.159. Ст. 130 и 147 (соответственно Женевских конвенций III и IV) относят к разряду серьезных нарушений лишение военнопленного или лица, находящегося под защитой Женевской конвенции IV, «права на беспристрастное и нормальное судопроизводство, предусмотренное настоящей конвенцией» (см. также Проект кодекса преступлений против мира и безопасности человечества, ст. 20, а, vi; Устав МТБЮ, ст. 2, f, и Статут МУС, ст. 8, п. 2, а, vi). Это определение можно толковать очень широко, поскольку оно применимо не только к вынесению покровительствуемому лицу приговора без судебного разбирательства, но и к любому нарушению положений Женевских конвенций III и IV, регламентирующих уголовное судопроизводство в отношении покровительствуемых лиц (например, III, ст. 99–108; IV, ст. 64–78, 117–118, 126).

Пункт 4 ст. 85 Дополнительного протокола I, содержащий то же определение, может показаться излишним, однако это не так. В этом пункте в самом общем виде обозначается как военное преступление лишение покровительствуемого лица «права на беспристрастное и нормальное судопроизводство» без ссылок на Женевские конвенции. Тем самым сфера применения определения косвенно распространяется на нарушения ст. 75 Дополнительного протокола I, где сформулированы основные гарантии. Среди них и судебные, которые должны быть предоставлены любому покровительствуемому лицу³, в том числе подданным соответствующего государства, арестованным, содержащимся под стражей или подвергшимся преследованию по причинам, связанным с вооруженным конфликтом⁴. Таким образом, здесь имеется исключение из правила, согласно которому отношения между стороной, находящейся в конфликте, и лицами, связанными с ней долгом верности, не входят в сферу действия права вооруженных конфликтов (см. выше, пп. 1.226 и 4.121).

Применимо ли данное определение также к нарушениям норм, регламентирующих дисциплинарные процедуры (Женевские конвенции: III, ст. 89–98; IV, ст. 120–125)? Ответить на этот вопрос можно утвердительно по аналогии с решениями, принимавшими-

¹ Nur., U.S. Mil. Crt., 30 June 1948, *Krupp et al.*, A. D., 1948, 623, 625–6.

² Рез. ГА ООН A/Rés. 35/227 A «Намибийский вопрос», 6 марта 1981 г., п. 21.

³ *Protocoles, commentaire*, p. 1027.

⁴ *Ibid.*, p. 892, § 3021.

ся в рамках Европейской конвенции о защите прав человека. Там дисциплинарные процедуры, влекущие за собой санкции репрессивного характера, приравнивались к уголовному судопроизводству, в частности в том, что касается применения норм справедливого судебного разбирательства, предусмотренных ст. 6 Конвенции¹. При этом не следует забывать о том, что любое определение состава преступления должно толковаться ограничительно (ср. Статут МУС, ст. 22, п. 2).

Данное определение применяется также к внутренним вооруженным конфликтам, которых касается ст. 3, общая (Проект кодекса преступлений против мира и безопасности человечества, ст. 20, f, vii; Устав МУТР, ст. 4, g, и Статут МУС, ст. 8, п. 2, c, iv).

4.160. Так, согласно вынесенным судебным постановлениям:

- казнь без суда гражданских лиц, не являющихся военнопленными, составляет военное преступление²;
- это же касается партизан³, шпионов⁴, лиц, приравниваемых к шпионам⁵, и участников движений сопротивления⁶;
- то же для процесса, длившегося всего 50 минут, правда, *in casu*, наказания, к которым были приговорены обвиняемые (в этом псевдопроцессе), не отличались особой строгостью⁷;
- казнь летчиков, обвиняемых в бомбардировке невоенных объектов, в результате процесса, не обеспечивающего принятых в цивилизованных государствах гарантий, является военным преступлением⁸.

j) Необоснованная задержка репатриации военнопленных и гражданских лиц

4.161. Это новое определение, предусмотренное Дополнительным протоколом I (ст. 85, п. 4, b; Проект кодекса преступлений против мира и безопасности человечества, ст. 20, c, ii) пресекает задержку, в нарушение Женевских конвенций III и IV,

- репатриации «тяжело больных и тяжело раненных военнопленных», «умственные или физические способности которых, по всей видимости, сильно и навсегда понизились» (III, ст. 109–110);

¹ VELU et ERGEC, *op. cit.*, pp. 395 ss.

² Wuppertal, Brit. Mil. Crt., 10 May 1946, A. D., 1946, 293–4; Almelo, Neth., *id.*, Sandrock et al., 26 Nov. 1945, *ibid.*, 297–8.

³ Nur., U.S. Mil. Trib., 28 Oct. 1948, *Von Leeb et al. (High German Command Trial)*, A. D., 1948, 392; Hamburg, Brit. Mil. Crt., 19 Dec. 1949, *Von Lewinski (alias Von Manstein)*, A. D., 1949, 516.

⁴ Wuppertal, Brit. Mil. Crt., 1 June 1946, *Rohde et al.*, A. D., 1946, 294–295; Rabaul, Austral. Mil. Crt., *Kato*, 7 May 1946, A. D., 1946, 385; Kuala Lumpur, Brit. Mil. Crt., 1 Febr. 1946, *Cheesaburo*, *ibid.*; Neth. East Indies, Temporary Crt. Martial Amboina, 28 Jan. 1948, *Motosuke*, A. D., 1948, 683; Nur. U.S. Mil. Crt., 4 Dec. 1947, *Justice Trial*, A. D., 1947, 287–8.

⁵ Almelo, Neth., Brit. Mil. Crt., 26 Nov. 1945, *Sandrock et al.*, A. D., 1946, 297–198; Essen, *id.*, 26 June 1946, *Schonfeld et al.*, *ibid.*, 299; Neth., Arnhem, Spec. Crt., 20 Febr. 1948, *Enkelstroth*, A. D., 1948, 685–6.

⁶ Dijon, Trib. mil. permanent fr., 18 oct. 1945, *Bauer et al.*, A. D., 1946, 305.

⁷ Rabaul, Austr. Mil. Crt., 23 March 1946, *Okashi et al.*, A. D., 1946, 383–4 et réf.

⁸ Shanghai, U.S. Mil. Comm., 15 Apr. 1946, *Sawada et al.*, A. D., 1946, 302–4 et d'autres réf.

- репатриации всех военнопленных после окончания активных военных действий (III, ст. 118);
- выезда без веских оснований гражданского лица, являющегося подданным иностранной державы, с территории стороны, находящейся в конфликте (IV, ст. 35)¹;
- освобождения интернированных гражданских лиц по окончании военных действий или оккупации, их репатриации или возвращения на последнее место жительства (IV, ст. 134).

Такой состав преступления не предусмотрен для внутренних вооруженных конфликтов.

к) Практика апартеида и другие бесчеловечные действия, основанные на расовой дискриминации

4.162. Эти действия, рассматриваемые в качестве серьезных нарушений в Дополнительном протоколе I, уже трактовались как таковые Конвенцией ООН от 30 ноября 1973 г. о пресечении преступления апартеида и наказании за него. Согласно Комментарию к Протоколу эта практика является «оскорблением личного достоинства», которое приравнивается к «бесчеловечному обращению», определенному как военное преступление Женевскими конвенциями (ст. 50, 51, 130, 147)².

l) Посягательства на культурные ценности

4.163. Ст. 28 Гагской конвенции 1954 г. обязывает государства-участники рассматривать в качестве военных преступлений любые нарушения этой Конвенции. Это очень широкое определение охватывает всякое нарушение Конвенции, в том числе — в рамках действий, рассматриваемых как нарушения женевского права, — посягательства стороны в конфликте на культурные ценности, находящиеся в ее власти. Имеются в виду кража, разграбление, вандализм, использование в целях поддержки военных операций, непринятие мер для сохранения и т. д. (ст. 2 и сл.).

Ст. 3, d, Устава МТБЮ криминализует

«захват, разрушение или умышленное повреждение культовых, благотворительных, учебных, художественных и научных учреждений, исторических памятников и художественных и научных произведений» (в том же смысле Проект кодекса преступлений против мира и безопасности человечества, ст. 20, e, iv).

В этом определении используются термины, подобные тем, которые употребляются в ст. 27 Гагского положения, содержащей аналогичное запрещение.

¹ *Protocoles, commentaire*, p. 1025, § 3509.

² *Ibid.*, p. 1026.

Устав не предусматривает соответствующей криминализации для внутренних вооруженных конфликтов, однако из судебной практики следует, что оно применяется и к таким конфликтам¹.

4.164. Второй Гагский протокол 1999 г. обязывает государства криминализовать любое преднамеренное нападение на культурные ценности в нарушение Конвенции и Протокола, уничтожение или присвоение в крупных масштабах культурной собственности, находящейся под защитой в соответствии с положениями Конвенции и Протокола; совершение актов кражи, грабежа или незаконного присвоения или актов вандализма, направленных против культурных ценностей, находящихся под защитой в соответствии с положениями Конвенции; использование культурных ценностей, находящихся под усиленной защитой, для поддержки военных действий и, а fortiori, нападение на такие ценности (Протокол, ст. 15, п. 1).

В отношении самых серьезных нарушений криминализация применима и в рамках внутреннего вооруженного конфликта (ст. 22).

МТБЮ дал один из самых первых примеров возбуждения уголовного преследования за посягательство на культурные ценности: речь идет о нападениях югославской армии на город Дубровник и сопутствующем «разрушении исторических памятников»².

m) Коллективные наказания

4.165. Практика коллективных наказаний специально рассматривается как военное преступление в Проекте кодекса преступлений против мира и безопасности человечества (ст. 20, f, ii) и Уставе МУТР (ст. 4, b). Таким образом, криминализация ограничена немеждународными вооруженными конфликтами, но это не должно являться препятствием для ее применения к международным вооруженным конфликтам (ср. выше, п. 1.68).

Отметим, кроме этого, что *запрещение* коллективных наказаний предусмотрено ст. 50 Гагского положения, а также — в еще более абсолютной форме — ст. 33 Женевской конвенции IV. Хотя нарушение этого запрета данные документы явным образом не относят к серьезным, практика коллективных наказаний ведет к наказанию людей за действия, которых они не совершали. На этом основании такая практика может подпадать под несколько определений военных преступлений: бесчеловечное обращение (см. выше, п. 4.130), отказ покровительствуемым лицам в справедливом судебном разбирательстве (см. выше, п. 4.159), криминализация терроризма как нарушения женевского права (см. выше, п. 2.380) — несмотря на то, что в этом значении соответствующие деяния не вполне соответствуют определению актов терроризма, криминализуемых различными документами международного уголовного права (см. выше, п. 2.266).

¹ ТРИУ, aff. IT-01-42-T, *Strugar*, 31 janvier 2005, § 230.

² ТРИУ, aff. IT-01-42-T, *Strugar*, 31 janvier 2005, §§ 296 ss., 478; см. также: *id.*, aff. IT-01-47-AR73, *Hadzihasanovic et al.*, 11 mars 2005, § 48.

п) Вербовка детей

4.166. Набор и вербовка детей в возрасте до 15 лет криминализуется Статутом МУС для международных вооруженных конфликтов (ст. 8, п. 2 b, xxvi) и для продолжительных немеждународных вооруженных конфликтов (ст. 8, п. 2 e, vii). XXVI Международная конференция Красного Креста и Красного Полумесяца (3–7 декабря 1995 г.) уже охарактеризовала соответствующие действия как «нарушение международного гуманитарного права» и потребовала, чтобы «лица, виновные в совершении подобных действий, предавались суду и наказывались»¹.

Конвенция № 182 Международной организации труда о запрещении и немедленных мерах по искоренению наихудших форм детского труда (17 июня 1999 г.) обязывает государства пресекать в уголовном порядке «принудительную или обязательную вербовку детей для использования их в вооруженных конфликтах» (ст. 3, а, и 7, п. 1)². Рекомендация № 190, принятая в тот же день, имеет ту же направленность (пп. 12, а; 13, 15, d)³.

Конвенция № 182 идет дальше, чем Статут МУС, поскольку она «применяется ко всем лицам в возрасте до 18 лет» (ст. 2) (*курсив автора*).

Во время конфликта в Сьерра-Леоне Совет Безопасности в 1999 г., осудив «вербовку детей в качестве солдат» как «нарушение прав человека и международного гуманитарного права»,

*«настоятельно призывает соответствующие власти провести расследование всех заявлений о таких нарушениях, с тем чтобы привлечь виновных к ответственности»*⁴.

Факультативный протокол 2000 г. к Конвенции о правах ребенка вменяет государствам в обязанность принимать необходимые меры к тому, чтобы пресекать в уголовном порядке вербовку и использование «вооруженными группами» детей в возрасте до 18 лет в военных действиях (ст. 4, п. 2).

Обязанность преследовать в уголовном порядке лиц, виновных в нарушениях международного гуманитарного права в отношении детей, была официально декларирована Советом Безопасности⁵.

По мнению Специального суда по Сьерра-Леоне, речь идет об обычной криминализации, которая существовала и до 1996 г.⁶ Она применяется к набору и вербовке детей не только для непосредственного участия в боевых действиях, но и для предоставления логистической поддержки противоборствующим силам (передача сообщений, шпионаж и т. д.)⁷.

¹ Резолюция XXVI Международной конференции Красного Креста и Красного Полумесяца, резолюция 2, С (с), см.: МЖКК. 1996, январь–февраль. С. 63.

² Опубликовано: *Travail* (OIT), n° 30, juillet 1999, p. 18.

³ *Ibid.*, p. 20.

⁴ Рез. СБ ООН S/Res. 1231, 11 марта 1999 г., п. 3.

⁵ Рез. СБ ООН S/Res. 1539, 22 апреля 2004 г., преамбула, абзацы 3 и 4 и п. 1.

⁶ App. Chamber, aff. SCSL-2004-14-AR72 (E) 31 May 2004, S.H. Norman, §§ 20, 31, 33, 34, 44, 52–53, *ILM* 2004, pp. 1137 ss.; также: TSSL, aff. SCSL-2004-16-T, *Brima et al.* 20 June 2007, § 731.

⁷ TSSL, aff. SCSL-2004-16-T, *Brima et al.* 20 June 2007, § 736–737.

о) отказ принимать к рассмотрению иски граждан неприятельской державы

4.167. Новый состав преступления — «объявление отмененными, приостановленными или недопустимыми в суде прав и исков граждан противной стороны», предусмотренный Статутом МУС (ст. 8, п. 2, b, xiv), касается только международных вооруженных конфликтов.

р) Голод

4.168. Умышленное совершение действий, направленных на использование голода среди гражданского населения в качестве способа ведения войны, в частности путем лишения людей помощи, предусмотренной Женевскими конвенциями, криминализуется Статутом МУС только для международных вооруженных конфликтов (ст. 8, п. 2, b, xxv). Тот факт, что это лишение приводит к смерти одного или нескольких лиц, не является элементом состава преступления¹.

4.169. Намеренное препятствование доставке гуманитарной помощи, необходимой для выживания гражданского населения, было приравнено к нарушению международного гуманитарного права, могущему послужить основанием для привлечения к судебной ответственности виновных в таком препятствовании лиц². Следовательно, соответствующие действия должны квалифицироваться как военное преступление. Правда, для этого еще придется доказать, исходя из конкретных обстоятельств дела, наличие преступного умысла³.

*

* *

2. *Нарушения гаагского права*

4.170. Нарушения гаагского права стали считать военными преступлениями относительно недавно по сравнению с нарушениями женевского права. Практика эта восходит в основном к Гаагской конвенции 1954 г. и Дополнительному протоколу I 1977 г.

Большинство соответствующих составов преступления предусмотрены только для международных вооруженных конфликтов, однако это не означает, что деяние, не квалифицируемое как военное преступление в случае внутреннего вооруженного конфликта, не может подпасть под существующую криминализацию общего характера.

¹ Док. ООН PCNICC/2000/1/Add. 2, 1 ноября 2000 г., с. 39; DÖRMANN, *loc. cit.*, p. 476.

² См.: рез. СБ ООН S/Res. 794, 3 декабря 1999 г., п. 5; S/Res. 787, 16 ноября 1992 г., п. 7; Заявление Председателя Совета Безопасности от 25 февраля 1993 г., Док. ООН. S/25334; рез. ГА ООН A/Res. 52/140, 12 декабря 1997 г., п. 2.

³ ROTTENSTEINER, C., «The Denial of humanitarian assistance as a crime under international law», *RICR*, 1999, pp. 569 et 580.

а) Нападения, направленные против гражданских лиц

4.171. Ст. 85, п. 3, а, Дополнительного протокола I рассматривает в качестве серьезного нарушения «превращение гражданского населения или отдельных гражданских лиц в объект нападения» (в том же смысле Проект кодекса преступлений против мира и безопасности человечества, ст. 20, b, i; Статут МУС, ст. 8, п. 2, b, i). Следовательно, под это определение подпадает и нарушение запрещения, содержащегося в ст. 51, п. 2, Протокола, действие которого должно оцениваться в свете ст. 48–50 (см. выше, п. 2.8 и сл.)¹. Совет Безопасности «*вновь заявляет о необходимости привлечения к ответственности лиц, которые подстрекают к насилию в отношении гражданских лиц*»².

Отметим, что нападение, направленное против гражданских лиц, является не только военным преступлением, но может составить и другое международное правонарушение: терроризм, преступление против персонала ООН, находящегося под защитой Конвенции от 9 декабря 1994 г., и т. д. (см. ниже, п. 4.323).

4.172. Подготовительная комиссия МУС не требует, чтобы нападение было сочтено преступным, если оно возымело действие: имеет значение само наличие *намерения* напасть конкретно на гражданских лиц как таковых³. Бомбардировки, произведенные по ошибке, подобные тем, которые имели место во время конфликта в Косово в 1999 г.⁴ или конфликта в Афганистане в 2001–2002 гг., а также уничтожение склада продовольствия Международного Красного Креста 16 октября 2001 г.⁵, не могут быть приравнены к военным преступлениям⁶. Правда, необходимо проверить, были ли соблюдены меры предосторожности, предусмотренные ст. 57 Дополнительного протокола I, иначе нападение может быть сочтено акцией, умышленно направленной против гражданских лиц⁷.

Эти две характеристики преступления — «безразличие» криминализации к последствиям нападения и умышленный характер разрушения пользующегося защитой объекта — присутствуют и в других составах преступления, предусмотренных Статутом МУС: нападения на гражданское имущество, на имущество и персонал миссий по оказанию гуманитарной помощи, на миротворческие миссии ООН, на культурные ценности, на имущество и персонал, защищаемые признанными защитными эмблемами (см. ниже, пп. 4.174, 4.181/4)⁸.

¹ В качестве примера применения см.: ТРИУ, aff. IT-95-11-R61, 8 mars 1996, *Martic*, §§ 4 ss.

² Рез. СБ ООН S/Res. 1296, 19 апреля 2000 г., п. 17.

³ Док. ООН PCNICC/2000/1/Add. 2, 1 ноября 2000 г., с. 25; DÖRMANN, *loc. cit.*, pp. 466–468.

⁴ Примеры см.: DAVID, E., «Respect for the Principle of Distinction in the Kosovo War», *Ybk.IHL*, 2000, pp. 99–101.

⁵ *Le Soir* (Bruxelles), 17 octobre 2001; pour d'autres exemples, *id.*, 23 nov. 2001, 2 et 5 janv., 13 févr. 2002.

⁶ Ср.: ROWE, P., «Duress as a Defence to War Crimes after Erdemovic: a Laboratory for a Permanent Court?», *YIHL*, 1998, p. 225.

⁷ DAVID, E., «Respect for...», *loc. cit.*, pp. 102–104; DÖRMANN, *loc. cit.*, p. 469; ср. также: Eritrea Ethiopia Claims Commission, Partial Award, *Central Front Ethiopia's Claim 2*, 28 Apr., 2004, §§ 110–112, *ILM*, 2004, pp. 1295 s. et www.pca-cpa.org/

⁸ Док. ООН PCNICC/2000/1/Add. 2, 1 ноября 2000 г., с. 25 и сл.; DÖRMANN, *loc. cit.*, p. 466.

4.173. Встал вопрос и о том, являются ли нападения, направленные против гражданских лиц и имеющие целью их терроризировать (запрещены Дополнительными протоколами: I, ст. 2, и II, ст. 13, п. 2), отдельным военным преступлением. Мнения судей одной из Камер МТБЮ на этот счет разделились — большинство ответило на этот вопрос утвердительно, выстроив в подтверждение своей позиции сложную аргументацию, которую можно кратко резюмировать следующим образом: если преднамеренные нападения на гражданских лиц являются военным преступлением (Дополнительный протокол I, ст. 85, п. 3, а), они тем более составляют такое преступление, когда имеют целью терроризировать гражданское население¹. Кстати, имелся и прецедент — дело, рассматривавшееся хорватским судом². При этом судья Нието-Навиа счел, что обычное международное право не предусматривает такой криминализации³.

Как представляется, данная дискуссия носит в большой степени академический характер: с одной стороны, если нападения на гражданских лиц являются военными преступлениями, не вполне понятно, зачем нужно конкретно криминализовать нападения, имеющие целью терроризировать население. В крайнем случае следует рассматривать это как отягчающее обстоятельство, подобно тому, как это делается в уголовном праве: в зависимости от конкретного случая мотив исполнителя преступления может стать отягчающим или смягчающим обстоятельством.

С другой стороны, поскольку ст. 3 Устава не исключает иных преступлений, нежели те, которые в ней поименованы, Камера имела основания утверждать, что терроризм криминализован в 1992–1994 г.⁴ обычным правом, применимым во время вооруженного конфликта (см. выше, пп. 1.5–1.7, и ниже, п. 4.253). Наконец, Камера могла сослаться на прецедент, созданный Нюрнбергским трибуналом (см. выше, 4.140). Это было бы более убедительно, чем выискивать в подготовительных материалах к Дополнительному протоколу I источник криминализации, который, кстати, так и не был найден...

b) Нападения неизбирательного характера

4.174. Ст. 85, п. 3, b, Дополнительного протокола I рассматривает как серьезное нарушение любое нападение, когда *известно* (*mens rea*)⁵, что «по отношению к конкретному и прямому военному преимуществу, которое предполагается получить» оно «явится причиной чрезмерных потерь жизни, ранений среди гражданских лиц или причинит ущерб гражданским объектам (ст. 85, п. 3, b, в сочтении со ст. 57, п. 2, а, iii; в том же смысле Проект кодекса преступлений против мира и безопасности человечества, ст. 20, b, ii; Статут МУС, ст. 8, п. 2, b, iv).

Эта статья предусматривает санкции за нарушение ст. 51, пп. 4–5, и ст. 57, п. 2, а, iii (см. выше, пп. 2.26 и сл., 2.277), правда, с одним важным ограничением: там, где эти положения запрещают сторонам в конфликте «осуществлять нападение, которое, *как можно ожидать*, причинит гражданскому населению и гражд-

¹ ТРИУ, aff. IT-98-29-T, *Galic*, 5 déc. 2003, §§ 86–138, spéc., §§ 108–109, 127.

² *Ibid.*, § 126.

³ *Ibid.*, op. diss. Nieto-Navia, §§ 108–113.

⁴ См.: резолюция Генеральной Ассамблеи ООН A/Res. 40/61, 9 декабря 1985 г., пп. 1–2.

⁵ Док. ООН PCNICC/2000/1/Add. 2, 1 ноября 2000 г., с. 27.

данским объектам потери и ущерб, «чрезмерные» по отношению к конкретному и прямому военному преимуществу, которое предполагается получить, ст. 85, п. 3, b, определяет нападение как преступное, *когда известно* (курсив автора), что оно причинит вышеуказанные потери и ущерб. (В том же смысле см. приводившиеся выше положения Проекта кодекса преступлений против мира и безопасности человечества и Статута МУС.) Естественно, доказательство сознательного умысла может быть выведено из презумпций, исходящих из обстоятельств конкретного случая.

Нападения неизбирательного характера не криминализуются как таковые во внутренних вооруженных конфликтах, но они могут подпасть под другое определение, например как нападения на гражданских лиц (см. выше, п. 4.171).

4.175. Согласно вынесенному судебному решению, обстрел Загреба (2–3 мая 1995 г.) из точки, расположенной на расстоянии около 50 км (максимальная дальность), неуправляемыми ракетами, снаряженными 228 кассетными боеприпасами, каждый из которых содержал 420 поражающих элементов в виде шариков, составил нападение неизбирательного характера на гражданских лиц, убийства и жестокое обращение по смыслу ст. 3 Устава МТБЮ¹.

В данном конкретном случае, если указанное действие составляет нападение неизбирательного характера и нападение на гражданских лиц, менее очевидно то, что его можно также квалифицировать как «убийства» и «жестокое обращение», поскольку эти квалификации относятся к преступлениям, совершенным в отношении лиц, находящихся во власти неприятеля. Любое нападение на гражданских лиц, естественно, имеет следствием потери жизни и ранения, которые можно квалифицировать как убийства, жестокое обращение, причинение сильных страданий и т. д. Эти квалификации присущи нападениям неизбирательного характера и нападениям на гражданских лиц и никак не сказываются на оценке тяжести содеянного. Обращение к таким квалификациям тем более странно, что ничего похожего не обнаруживается в составах преступления, предусмотренных гаагским правом (ср. Устав МТБЮ, ст. 3, и Статут МУС, ст. 8, п. 2, b).

с) Нападения на сооружения, содержащие опасные силы

4.176. Ст. 85, п. 3, с, Дополнительного протокола I рассматривает в качестве серьезного нарушения любое нападение на установки и сооружения, содержащие опасные силы, то есть плотины, дамбы и атомные электростанции, *когда известно*, что такое нападение явится причиной чрезмерных потерь и ущерба, определенных выше в связи с нападениями неизбирательного характера (см. выше, п. 4.174) (в том же смысле Проект кодекса преступлений против мира и безопасности человечества, ст. 20, с, iii). Таким образом, осознание чрезмерности последствий нарушения является элементом состава преступления.

Разумеется, данное определение должно толковаться в свете запрещения, сформулированного в ст. 56 Дополнительного протокола I (см. выше, п. 2.104 и сл.),

¹ TPIY, aff. IT-95-11-T, *Martic*, 12 juin 2007, §§ 461–463, 469–472.

за нарушение которого устанавливаются санкции. Отсюда следует, что нападение, рассматриваемое в ст. 85, п. 3, b, ограничивается теми соображениями, которые изложены в ст. 56, п. 2. Это означает, что даже если плотина, дамба или атомная электростанция является военным объектом, либо военный объект находится в непосредственной близости от этих сооружений, нападение на последние, *когда известно*, что оно станет источником чрезмерных жертв среди гражданского населения и чрезмерного ущерба для гражданских объектов, будет военным преступлением.

А fortiori это касается и любого другого нападения, направленного против этих сооружений и установок, если они не являются военными объектами, а их разрушение вызывает значительные потери среди гражданского населения. В этом случае нападение на них считается военным преступлением согласно ст. 85, п. 3, a¹ (см. выше, п. 4.171).

Аналогичный состав преступления не предусмотрен для внутренних вооруженных конфликтов.

d) Нападения на необороняемые местности и демилитаризованные зоны

4.177. Нападения на местности, как они определены в ст. 59 и 60 Дополнительного протокола I (см. выше, п. 2.58 и сл.), рассматриваются в качестве серьезного нарушения в ст. 85, п. 3, d (см. также Проект кодекса преступлений против мира и безопасности человечества, ст. 20, e, iii; Устав МТБЮ, ст. 3, c; Статут МУС, ст. 8, п. 2, b, v). Само собой разумеется, чтобы имело место нарушение, нужно, с одной стороны, чтобы нападающая сторона знала, что она нападает на необороняемую местность, и, с другой — чтобы противная сторона не использовала эту необороняемую местность или демилитаризованную зону в целях, не соответствующих этому статусу. Однако даже в случае несоблюдения обороняющейся стороной норм, предусмотренных для поддержания этого статуса, нападающая сторона все равно остается связанна совокупностью норм, относящихся к защите гражданских лиц и гражданского имущества, и любое нападение на эти объекты может составить серьезное нарушение в соответствии со ст. 85, п. 3, a–b.

В элементах преступлений, предусмотренных Статутом МУС, не уточняется, что данный состав преступления требует знания того, что объект нападения является необороняемой местностью или демилитаризованной зоной², однако этот элемент, необходимый для того, чтобы имело место нарушение, предусмотрен в общем виде ст. 30 Статута, согласно которой, тот факт, что деяние совершается «намеренно и сознательно», является элементом состава всех преступлений, предусмотренных Статутом.

Нападения неизбирательного характера не криминализуются как таковые в случае внутреннего вооруженного конфликта.

¹ *Protocoles, commentaire*, p. 1021.

² Док. ООН PCNICC/2000/1/Add. 2, 1 ноября 2000 г., с. 27.

e) Бессмысленные разрушения

4.178. Такие действия уже криминализованы в качестве нарушений женеvского права как «разорение, не оправданное военной необходимостью» (Устав Международного военного трибунала в Нюрнберге, ст. 6, b), или как «незаконное, произвольное и проводимое в большом масштабе разрушение и присвоение имущества, не вызываемые военной необходимостью» (Женевские конвенции: I, ст. 50, II, ст. 51, и IV, ст. 147) (см. выше, п. 4.112). Основываясь на ст. 23, ж, Гаагского положения, которая входит в главу «О средствах нанесения вреда неприятелю, об осадах и бомбардировках», МТБЮ счел, что соответствующая криминализация распространяется и на нарушения гаагского права¹. В деле Стругара именно на этом Обвинитель строил обвинение против подсудимого, которому вменялась ответственность за бомбардировку Дубровника². В связи с этим Камера определила понятие военной необходимости, исходя из критериев, сформулированных в ст. 52 Дополнительного протокола I³.

f) Нападения на лиц, вышедших из строя, и приказ никого не оставлять живых

4.179. Ст. 85, п. 3, e, Дополнительного протокола I рассматривает в качестве серьезного нарушения любое нападение на лицо, вышедшее из строя, когда известно, что таково его состояние (также Статут МУС, ст. 8, п. 2, b, vi). Согласно ст. 41, п. 2, лицом, вышедшим из строя, считается любое лицо, которое находится во власти противной стороны, сдается в плен или не способно защищаться вследствие ранения, болезни или потери сознания (см. выше, п. 2.32).

Ст. 41, п. 1, равно как и ст. 23, в, Гаагского положения, запрещает нападать на лицо, о котором известно или должно быть известно в данных обстоятельствах, что оно прекратило принимать участие в военных действиях. Определение военного преступления ограничено умышленным нападением в этих условиях, а различие между двумя ситуациями — когда известно, что лицо вышло из строя, и когда это должно быть известно — очевидно, носит весьма теоретический характер.

Такие нападения не криминализуются как таковые в рамках внутреннего вооруженного конфликта.

4.180. Сам факт нападения на комбатанта, вышедшего из строя, когда нападающий осознает его неспособность защищаться, составляет военное преступление, даже если это нападение не приводит к казни жертвы. Объявление о том, что пощады никому не будет, даже если это заявление не возымеет действия, также составляет военное преступление согласно Статуту МУС (ст. 8, п. 2, b, xii)⁴.

¹ ТПИУ, aff. IT-95-14/2-A, *Kordic et Cerkez*, 17 déc. 2004, § 76.

² ТПИУ, aff. IT-01-42-T, *Strugar*, 31 janvier 2005, §§ 290 ss.

³ *Ibid.*, § 295.

⁴ DÖRMANN, *loc. cit.*, p. 465.

- g) Нападения на больницы, благотворительные учреждения, их персонал и санитарные формирования

4.181. Статут МУС относит к преступлениям «умышленное нанесение ударов» по:

- зданиям, предназначенным для целей (...) благотворительности, (...) госпиталям и местам сосредоточения больных и раненых, при условии, что они не являются военными целями (ст. 8, п. 2, b, ix);
- зданиям, материалам, медицинским учреждениям и транспортным средствам, а также персоналу, «использующим в соответствии с международным правом отличительные эмблемы, установленные Женевскими конвенциями» (ст. 8, п. 2, b, xxiv).

Эти действия также считаются преступными, когда они совершаются в рамках продолжительного внутреннего вооруженного конфликта (ст. 8, п. 2, e, ii, iv) (об элементах преступлений см. выше, п. 4.172).

Эти составы преступления соответствуют классическим запретам права вооруженных конфликтов (см. выше, п. 2.35 и сл.).

- h) Нападения на персонал, имущество и снаряжение миссий по оказанию гуманитарной помощи и по поддержанию мира

4.182. Статут МУС криминализует умышленное нанесение ударов по целям такого типа, когда речь идет о

- персонале и имуществе, задействованных в миссии по поддержанию мира в соответствии с Уставом Организации Объединенных Наций, пока они
- имеют право на защиту, которой пользуются гражданские лица или гражданские объекты по международному праву вооруженных конфликтов (ст. 8, п. 2, b, iii) (об элементах преступлений см. выше, п. 4.172).

Иными словами, не допускается, чтобы такая миссия использовалась, например, для военных операций по восстановлению мира. Криминализация соответствует определению, содержащемуся в Конвенции ООН от 9 декабря 1994 г. о безопасности персонала Организации Объединенных Наций и связанного с ней персонала (см. выше, п. 2.20).

Данная криминализация применяется также в продолжительных внутренних вооруженных конфликтах (ст. 8, п. 2, e, iii).

- i) Нападения на объекты культуры

4.183. Любые действия такого рода относит к военным преступлениям Гаагская конвенция 1954 г., поскольку ее ст. 28 обязывает государства-участники подвергать уголовному наказанию любых лиц, нарушивших Конвенцию, то есть

тех, кто совершает враждебные действия или акты возмездия в отношении охраняемых культурных объектов (ст. 4, пп. 1 и 4).

Это очень широкое определение присутствует также в Проекте кодекса преступлений против мира и безопасности человечества (ст. 20, e, iv), Уставе МТБЮ (ст. 3, d)¹ и Статуте МУС (ст. 8, 2, b, ix).

Помимо этих чрезвычайно широких определений ст. 85, п. 4, d, Дополнительного протокола I дает гораздо более узкое определение нападений на культурные ценности: такие ценности должны удовлетворять четырем условиям:

- эти объекты «ясно опознаваемы» как культурные ценности;
- им специальным соглашением была предоставлена особая защита;
- они подвергаются «большим разрушениям»;
- они «не находятся в непосредственной близости от военных объектов».

Сужают ли эти условия криминализации, содержащейся в ст. 85, п. 4, d, Дополнительного протокола I, сферу действия ст. 28 Конвенции 1954 г., которая была принята раньше? По-видимому, это не так. Как указывалось выше (см. выше, п. 4.123), Конвенция о защите прав человека уточняет, что ст. 53 Дополнительного протокола I не должна применяться в ущерб применению Конвенции 1954 г. Но ст. 85, п. 4, d, отсылает к ст. 53 — следовательно, для государств, уже являющихся участниками Конвенции 1954 г., Дополнительный протокол I не изменяет сферу применения ст. 28 в их отношениях друг с другом.

Статут МУС (ст. 8, п. 2, e, iv) распространил действие этой криминализации на внутренние вооруженные конфликты, рассматриваемые в Дополнительном протоколе II.

j) Нападения на гражданское имущество

4.184. Умышленные нападения на «гражданские объекты, то есть объекты, которые не являются военными целями», криминализуются Статутом МУС (ст. 8, п. 2, b, ii) только для международных вооруженных конфликтов.

4.185. Нападение на военный объект, когда известно, что такое нападение станет причиной ущерба гражданским объектам, который будет явно несоизмерим с конкретным и непосредственно ожидаемым общим военным превосходством, также криминализуется Статутом МУС (ст. 8, п. 2, b, iv) только для международных вооруженных конфликтов.

4.186. Однако МТБЮ счел, что нападения на гражданские объекты являются нарушением законов и обычаев войны (Устав, ст. 3), что это нарушение

¹ См. примеры применения: ТРИУ, aff. IT-95-14/2-T, *Kordic et al.*, 26 févr. 2001, §§ 354–362; *id.*, aff. IT-01-42/I-S, *Jokic*, 18 mars 2004, §§ 41–58.

определено в ст. 52 Дополнительного протокола I и что поэтому оно составляет преступление, подпадающее под юрисдикцию МТБЮ¹, хотя соответствующие действия *явным образом* не криминализованы ни Дополнительным протоколом I, ни Уставом МТБЮ (ср. выше, п. 4.126). Апелляционная камера МТБЮ при этом уточнила, руководствуясь п. 4, d, ст. 85 Дополнительного протокола I в сочетании со ст. 3 Устава МТБЮ, что соответствующие действия должны причинять «большие разрушения» для того, чтобы имело место уголовно наказуемое правонарушение, а не просто нарушение международного гуманитарного права².

4.187. Бремя доказывания того, что «объект является гражданским», возлагается на инстанцию, возбуждающую преследование³.

к) Вероломное использование защитных эмблем

4.188. Ст. 85, п. 3, f, Дополнительного протокола I относит к серьезным нарушениям вероломное использование эмблемы красного креста, красного полумесяца или других защитных знаков, признанных Женевскими конвенциями и Дополнительным протоколом I (см. также Проект кодекса преступлений против мира и безопасности человечества, ст. 20, b, v; Статут МУС, ст. 8, п. 2, b, vii). К числу «других защитных знаков» можно отнести белый флаг, эмблему культурных ценностей, знак гражданской обороны, опознавательный знак установок и сооружений, содержащих опасные силы, опознавательные знаки лагерей для военнопленных и интернированных гражданских лиц, опознавательные знаки необороняемых местностей и демилитаризованных зон, установленные по соглашению между сторонами, находящимися в конфликте, световые, радио- и электронные сигналы санитарных транспортных средств (Женевские конвенции: I, 38, и Приложение I, ст. 6; II, ст. 41, III, ст. 23; IV, ст. 18 и 83, и Приложение I, ст. 6; Дополнительный протокол I, ст. 18, 37–39, 56, 59, 60, 66, и Приложение I).

Не любое незаконное использование знаков и эмблем, предоставляющих защиту, составляет серьезное нарушение: таковым является только «*вероломное* использование, то есть использование этих знаков «в нарушение ст. 37», которая запрещает «убивать, наносить ранения или брать в плен противника, прибегая к вероломству» (об определении вероломства см. выше, п. 2.253 и сл.).

Напомним, что вопрос о том, является ли вероломством использование во враждебных целях военной формы и воинских знаков различия противной стороны, вызвал споры (см. выше, п. 2.255), но Статут МУС возвел подобные действия в ранг военного преступления, равно как и вероломное использование военной формы и эмблем ООН (ст. 8, п. 2, b, vii).

Такой криминализации нет для внутренних вооруженных конфликтов, однако эти действия должны подпадать под действие нормы, предусматривающей кри-

¹ ТРИУ, aff. IT-95-14/2-T, *Kordic et al.*, 26 févr. 2001, §§ 327–328; *ibid.*, appel, 17 déc. 2004, § 59.

² ТРИУ, aff. IT-95-14/2-A, *Kordic et Cerkez*, 17 déc. 2004, §§ 59–67, spéc., § 63.

³ ТРИУ, aff. IT-95-14/2-A, *Kordic et Cerkez*, 17 déc. 2004, § 53.

минализацию «вероломного убийства или ранения неприятельского комбатанта» (см. ниже, п. 4.190).

4.189. Ст. 53 и 54 Женевской конвенции I обязывают государства-участники пресекать любое неправомерное использование не только знака красного креста, но и герба Швейцарской Конфедерации (ст. 53 охраняет также швейцарский флаг, так как знак красного креста является проявлением уважения, оказанного Швейцарии принятием федеральных цветов, расположенных в обратном порядке; см. выше, п. 23), как в мирное, так и в военное время. Бельгия выполнила эту обязанность, приняв закон от 4 июля 1956 г.¹ (см. выше, п. 2.258).

Можно задаться вопросом: не является ли применение отличительной эмблемы организации «Врачи без границ» (MSF) (белый крест на фоне неправильных полос красного цвета) незаконным использованием красного креста или швейцарского герба? Правда, у этой организации появился новый знак, где, как и ранее, на фоне неправильных полос красного цвета располагается теперь схематически изображенный силуэт человека, ноги которого окрашены в белый цвет, а руки и голова — в красный². Этот новый знак, который прекрасно отражает предназначение организации, уже нельзя спутать с эмблемой красного креста.

l) Вероломное убийство или ранение неприятеля

4.190. Это поведение, уже давно запрещенное как метод ведения боевых действий (Гагское положение, ст. 23, б), было криминализовано Статутом МУС для международных (ст. 8, п. 2, б, xi) и внутренних (ст. 8, п. 2, е, ix) вооруженных конфликтов.

Не вполне понятно, чем такое поведение отличается от вероломства (см. выше, п. 4.188).

m) Использование средств воздействия на природную среду

4.191. Женевская конвенция от 10 декабря 1976 г. о запрещении военного или любого иного враждебного использования средств воздействия на природную среду обязывает государства-участники принимать необходимые меры «по запрещению и предотвращению любой деятельности, противоречащей положениям настоящей Конвенции» (см. выше, п. 2.203 и сл.). Позвоительно считать, что обязанность «предотвращать» любое нарушение Конвенции означает и обязанность пресекать его в уголовном порядке.

4.192. В своем Проекте кодекса преступлений против мира и безопасности человечества Комиссия международного права криминализовала использование средств ведения войны, не оправданных военной необходимостью, «с целью при-

¹ М. В., 11 juillet 1956.

² Croix-Rouge, Croissant-Rouge (Genève), 1994, n° 2, p. 24.

чинить обширный, долговременный и серьезный ущерб природной среде и тем самым нанести большой ущерб здоровью или выживанию населения» (ст. 20, g).

Данная криминализация, предназначенная для применения в вооруженных конфликтах как международного, так и немеждународного характера¹, была включена в Статут МУС только для международных вооруженных конфликтов и только при условии, что ущерб, причиненный природной среде, «будет явно несоизмерим с конкретным и непосредственно ожидаемым общим военным превосходством» (ст. 8, п. 2, b, iv).

п) Использование некоторых видов оружия

4.193. Ни Женевские конвенции, ни Дополнительные протоколы не относят к серьезным нарушениям применение оружия, запрещенного позитивным правом. Предложению возвести его использование в ранг уголовно наказуемого преступления, сделанному на Дипломатической конференции, где были разработаны Дополнительные протоколы (1974–1977 гг.), не хватило одного голоса до требуемого большинства в две трети голосов². В результате применение химического оружия в ирано-иракском конфликте, хотя оно формально и запрещено Женевским протоколом 1925 г., не является военным преступлением *stricto sensu*.

В настоящее время Конвенция ООН от 13 января 1993 г. о запрещении химического оружия обязывает государства-участники рассматривать в качестве военных преступлений действия, запрещенные Конвенцией, а именно разработку, производство, приобретение, накопление, перемещение и применение химического оружия, а также потворствование таким действиям (ст. VII, п. 1, а, в сочетании со ст. I, п. 1). Следует, однако, отметить, что Конвенция не придала этому определению универсального характера. Государства обязаны пресекать только действия, совершенные либо физическими или юридическими лицами, находящимися под их юрисдикцией, либо физическими лицами, имеющими гражданство соответствующего государства, когда они находятся за границей. Иными словами, Конвенция предусматривает лишь обязанность государства осуществлять собственную территориальную юрисдикцию, а также полномочия по отношению к своим гражданам, находящимся за границей. Во многих странах эти юрисдикции являются частью общего права. А вот пресекать действия, совершенные за границей иностранными подданными, Конвенция государства не обязывает, хотя именно это предусмотрено Женевскими конвенциями и Дополнительным протоколом I для серьезных нарушений, определенных в этих документах.

4.194. С 1961 г. Генеральная Ассамблея ООН приравнивает применение ядерного и термоядерного оружия к «преступлению против человечности»³, однако эта

¹ *Actes CDDH*, vol. III, pp. 335–336, VI, pp. 290–292, X, p. 128.

² *Actes CDDH*, vol. III, pp. 335–336, VI, pp. 290–292, X, p. 128.

³ Рез. ГА ООН A/Res. 1653 (XVI), 24 ноября 1961 г., п. 1, d, а также: A/res. 46/37 D, 6 декабря 1991 г., преамбула, 8-й абзац (122–16, в том числе Бельгия — 22) и ссылки; A/Res. 47/53 C, 9 декабря 1992 г. преамбула, 7-й абзац (126–21, в том числе Бельгия — 21).

квалификация никогда не принималась единогласно (большинство социалистических государств и стран третьего мира голосовали против западных государств).

4.195. В связи с этим следует отметить «прогрессивность» Устава МТБЮ. Генеральный секретарь без колебаний внес в список преступлений, поданных Трибуналу, действия, никогда не рассматривавшиеся в качестве военных преступлений международным уголовным правом. «Применение отравляющих веществ или других видов оружия, предназначенных для причинения излишних страданий» (ст. 3, а).

Это определение преступления соответствует *запрещениям*, содержащимся, например, с одной стороны, в Женевском протоколе 1925 г. и Парижской конвенции от 13 января 1993 г. о химическом оружии, и, с другой — в ряде положений, касающихся оружия, которое причиняет «излишние страдания» (Санкт-Петербургская декларация 1868 г., преамбула, мотивировка 4; Гагское положение 1907 г., ст. 23, д; Дополнительный протокол I, ст. 35, п. 2; Конвенция ООН от 10 октября 1980 г., преамбула, мотивировка 3, и Протокол II к этой Конвенции, ст. 6, п. 2).

Однако нарушения этих запрещений не возведены в ранг *международных преступлений*. Как мы уже видели, Конвенция 1993 г. о химическом оружии обязывает государства пресекать нарушения этого документа только путем осуществления территориальной юрисдикции по пресечению и полномочий в отношении своих граждан, находящихся за границей.

Понимали ли авторы Устава Международного уголовного трибунала по бывшей Югославии, что, рассматривая в качестве военного преступления применение такого оружия, они внесли значительный вклад в построение международного гуманитарного права? Это крайне маловероятно, поскольку в комментарии к Уставу утверждалось намерение ограничить право, применяемое Трибуналом, неоспоримым обычным правом, исходя из принципа *nullum crimen*:

«По мнению Генерального секретаря, применение принципа *nullum crimen sine lege* требует того, чтобы Международный уголовный трибунал руководствовался теми нормами международного гуманитарного права, которые *бесспорно* являются частью обычного права»¹ (курсив автора).

Однако если и есть норма, обычный характер которой вызывает сомнения, это как раз *возведение в ранг военного преступления* применения отравленного оружия и оружия, причиняющего бессмысленные страдания², поскольку никакого договорного или судебного прецедента в такой трактовке просто не существует!

Этот важный прецедент был текстуально воспроизведен в Проекте кодекса преступлений против мира и безопасности человечества (ст. 20, е, i) и, в несколько модифицированном виде, в Статуте МУС (ст. 8, п. 2, b, xvii–xx).

¹ Доклад Генерального секретаря, представленный во исполнение п. 2 резолюции 808 (1993) Совета Безопасности, документ ООН S/25704, 3 мая 1993 г., п. 33.

² Ср.: MEYROWITZ, H., «Le principe ...», *op. cit.*, p. 129.

4.196. Фактически (и юридически) Статут МУС предусматривает три конкретных состава преступления (применение яда и отравленного оружия; применение удушающих, ядовитых или других газов и любых аналогичных жидкостей, материалов или средств; применение пуль, которые легко разрываются или сплющиваются в теле человека, таких как оболочечные пули, твердая оболочка которых не покрывает всего сердечника или имеет надрезы, ст. 8, п. 2, b, xvii–xix). Предусмотрен также один состав преступления общего характера (применение оружия, боеприпасов, техники и таких методов ведения войны, которые вызывают чрезмерные повреждения или ненужные страдания или которые являются неизбежными по своей сути).

Что касается применения ядов, отравленного оружия, удушающих, ядовитых или других газов и любых аналогичных жидкостей, материалов или средств, Подготовительная комиссия МУС сочла, что использование этого оружия составляет преступление только при условии, что оно по *своему характеру* причиняет смерть или серьезный ущерб здоровью¹. Однако это не означает, что применение такого оружия должно приводить к подобным результатам в каждом конкретном случае.

Что до применения оружия, причиняющего излишние страдания или являющегося неизбежным по своей сути, соответствующая криминализация пока не применима как таковая. Для этого нужно, чтобы Ассамблея государств — участников Статута МУС сначала определила в приложении к Статуту, на какие виды оружия будет распространяться эта общая криминализация (ст. 8, п. 2, b, xx). Это определение может быть произведено самое раннее через семь лет после вступления в силу Статута (ст. 8, п. 2, b, xx, в сочетании со ст. 121 и 123), то есть не ранее 2009 г.

В свете Статута данные составы преступления остаются применимыми только к международным вооруженным конфликтам.

4.197. Конференция по рассмотрению действия Конвенции 1980 г. о конкретных видах обычного оружия приняла 3 мая 1996 г. поправки, внесенные в текст Протокола II о запрещении или ограничении применения мин, мин-ловушек и других устройств. Теперь в нем содержится обязательство для государств-участников пресекать в уголовном порядке некоторые нарушения Протокола, совершающиеся «лицами или на территории под» их юрисдикцией или контролем: речь идет не обо всех нарушениях Протокола, а только о тех, которые выражаются в умышленном убийстве гражданских лиц и нанесении им тяжких телесных повреждений при помощи мин или мин-ловушек (ст. 14, пп. 1–2).

Таким образом, на основании Протокола II нарушение должно пресекаться только в том случае, если оно отвечает трем условиям:

- оно совершается умышленно;
- его жертвой становится гражданское лицо;
- человек погибает или получает тяжкие телесные повреждения.

¹ Док. ООН PCNICC/2000/1/Add. 2, 1 ноября 2000 г., с. 34; DÖRMANN, *loc. cit.*, pp. 476–477.

Следует отметить, что благодаря внесенным в Протокол поправкам он применяется к международным и *немеждународным* вооруженным конфликтам. Признание вышеупомянутых действий преступными применяется, таким образом, и к *немеждународным* вооруженным конфликтам.

4.198. Конвенция 1997 г. по противопехотным минам также обязывает каждое государство-участник применять уголовные санкции,

«чтобы предотвратить и пресечь осуществление любой деятельности, запрещенной для государств-участников по настоящей Конвенции, лицами, находящимися на территории под его юрисдикцией или контролем» (ст. 9).

4.199. Использование осколочного оружия само по себе не является незаконным (см. выше, п. 2.144). Однако позволительно задать вопрос, не будет ли составлять его применение против военных объектов, размещенных среди гражданских объектов или в местах сосредоточения гражданского населения, неосмотрительность, которую можно будет приравнять к нападению на гражданских лиц, когда *mens rea* характеризуется косвенным умыслом (см. выше, п. 4.69)¹? Однако Комиссия по рассмотрению жалоб Эритреи и Эфиопии воздержалась от такой квалификации бомбардировки гражданских лиц с использованием осколочных боеприпасов, но речь шла об ошибке нацеливания, так как это оружие предполагалось использовать против аэропорта². Так что отказ Комиссии от такой квалификации в данном конкретном случае не может считаться значимым.

о) Акты терроризма

4.200. Независимо от криминализации таких действий в общем международном уголовном праве³, акты терроризма возведены в ранг военного преступления, когда они совершаются в рамках внутреннего вооруженного конфликта (Проект кодекса преступлений против мира и безопасности человечества, ст. 20, f, iv; Устав МУТР, ст. 4, d; Устав Специального суда по Сьерра-Леоне, ст. 3, d).

Несомненно, они должны рассматриваться так же, когда такие действия совершаются в рамках международного вооруженного конфликта (ср. выше, п. 1.68).

Преступные нападения, совершенные 11 сентября 2001 г. в США, могли, в силу своей тяжести, рассматриваться как «акты войны»⁴, однако оставались при этом актами терроризма, и, поскольку эти действия составляли вооруженный конфликт, они становились военными преступлениями. При этом следует учитывать отличие нападения на башни

¹ DAVID, E., «La responsabilité pénale: quelles poursuites pour quels crimes?», in *L'intervention en Irak et le droit international*, dir. Par K. Bannelier et al. Paris, CEDIN, Pedone, 2004, pp. 285–290.

² Partial Award, Central Front, *Ethiopia's Claim 2*, 28 Apr., 2004, § 110, *ILM*, 2004, p. 1295 et www.pca-cpa.org.

³ DAVID, E., *Eléments de droit pénal international et européen*, Bruxelles, Bruylant, 2009, §§ 15.4.1 ss.

⁴ President Bush, Remarks at National Day of Prayer and Remembrance, 14 Sept. 2001, www.state.gov/coalition/cr/rm/2001/5032.htm.

Всемирного торгового центра от нападения на Пентагон: последний является по своей сути военным объектом и поэтому сам по себе факт нападения на него с технической точки зрения не может считаться военным преступлением. (В то же время оно, несомненно, явилось преступлением против мира, так как одно государство (Афганистан), как представлялось, было серьезно в нем замешано (см. определение агрессии, ст. 3, g, и ст. 5).) Однако *in casu* указанное нападение все же составляло военное преступление, потому что его исполнители для достижения своих целей обрекли на смерть тысячи гражданских лиц.

По заключению одной из Камер МТБЮ, элементами состава преступления терроризма являются акты насилия, направленные против гражданских лиц, не участвующих в военных действиях, причиняющие смерть или серьезный вред здоровью, с конкретной целью терроризировать, то есть «повергнуть в ужас» гражданское население¹ или, как выразилась Апелляционная камера МТБЮ, причинить ему «обширную травму и психологический вред»². Так, одна из Судебных камер МТБЮ заключила, что «цель регулярных бомбардировок и отдельных обстрелов Сараево заключалась в терроризировании гражданского населения города» и что «обстрелы неизбирательного характера не были ответом на военные операции, а имели целью «посеять страх» среди гражданского населения»³. Это стало одним из оснований обвинительного приговора, вынесенного подсудимому⁴.

р) Другие составы преступления?

4.201. Перечень нарушений женеvского и гаагского права, возведенных в ранг военных преступлений, не обязательно следует считать исчерпывающим. Как указывалось выше, государства всегда имеют возможность криминализовать в своем внутреннем законодательстве действия, которые запрещены, но не криминализованы международным правом (см. выше, п. 4.125). Кроме того, некоторые международные договоры оставляют, так сказать, открытой дверь для криминализации не определенных в них нарушений права вооруженных конфликтов. Так, ст. 6, b, Устава Нюрнбергского военного трибунала гласит, что «нарушения законов и обычаев войны (...) включают истязания (...) и другие преступления» (*курсив автора*).

Аналогичная формулировка предвзывает перечень военных преступлений, перечисленных в Уставах: МТБЮ (ст. 3) и МУТР (ст. 4).

Каковы другие составы преступлений, подсудных Международным уголовным трибуналам? По статье «военные преступления» они могли бы рассматривать дела об «иных серьезных нарушениях», перечисленных в ст. 85 Дополнительного протокола I, но не упомянутых в ст. 3 Устава МТБЮ: нападения неизбирательно-го характера, нападения на сооружения и установки, содержащие опасные силы, нападения на лиц, вышедших из строя, и т. д.

¹ Aff. IT-98-29-T, *Galic*, 5 déc. 2003, §§ 133 ss.

² *Id.*, Aff. IT-98-29-A, *Galic*, 30 Nov. 2006, § 102.

³ *Id.*, Aff. IT-98-29-T, *Galic*, 5 déc. 2003, § 592.

⁴ *Ibid.*, § 769; приговор к 20 годам тюремного заключения, вынесенный в первой инстанции, был заменен на пожизненное заключение Апелляционной камерой, *id.*, Aff. IT-98-29-A, *Galic*, 30 Nov. 2006, § 597.

Иными словами, не исключено, что другие нарушения права вооруженных конфликтов могут быть приравнены к «военным преступлениям». Как мы только что могли убедиться, и в Уставе Нюрнбергского трибунала перечень составов преступлений носит примерный характер. Так, Международный военный трибунал без колебаний квалифицировал как военные преступления нарушения Гаагского положения, тогда как последнее не содержало ни одной криминализации¹! Однако предыдущая практика оправдывала такое решение² (см. выше, п. 4.100).

Отсюда следует, что к военным преступлениям могли бы быть приравнены нарушения права вооруженных конфликтов, которые не криминализованы конвенциями, но уже стали основанием для уголовного преследования в рамках внутреннего законодательства государств, что может рассматриваться как источник зарождения криминализации в обычном праве.

4.202. Что касается иных нарушений ст. 3, общей, и Дополнительного протокола II, о которых идет речь в ст. 4 Устава МУТР, они должны включать в себя прочие нарушения указанных положений, которые не поименованы в ст. 4. Конечно, они применимы к подсудимым только при условии, что они соответствуют составам преступлений, предусмотренным внутренним законодательством.

В деле Тадича Апелляционная камера МТБЮ приравнила ст. 3 Устава к

«вспомогательному положению, призванному обеспечить, чтобы ни одно серьезное нарушение международного гуманитарного права не осталось вне компетенции Международного трибунала. Ст. 3 призвана сделать эту компетенцию неоспоримой и не подлежащей сомнению»³.

Д. Сфера применения криминализации

1. Эволюция криминализации со времен Нюрнберга

4.203. От нюрнбергского права до Статута Международного уголовного суда 1998 г. был пройден немалый путь.

Известно, что Нюрнбергский трибунал не выносил наказания за *все* нарушения права войны, совершенные с 1939 по 1945 г. Пресечение ограничивалось только нарушениями, нанесшими ущерб лицам, находившимся *во власти* противной стороны, такими как жестокое обращение, убийство военнопленных, раненых, больных и гражданских лиц на оккупированных территориях, депортация населения, казни заложников и т. д. (то есть речь шла о нарушениях Женевского права).

¹ *Procès des grands criminels de guerre devant le TMI, Nuremberg 14 nov. 1945–1 er oct. 1946*, Doc. off., I, p. 233; см. также: p. 266.

² DAVID, «L'actualité...», *loc. cit.*, p. 97.

³ ТРИУ, App., aff. IT-94-1-AR 72, 2 oct. 1995, *Tadic*, § 91; *id.*, Chbre II, aff. IT-95-17/1-PT, 29 mai 1998, *Furundzia*, § 15; *id.*, aff. IT-01-42-T, *Strugar*, 31 janv. 2005, § 218.

Напротив, нарушения права войны, совершенные в связи с собственно военными действиями, то есть в ситуациях *непосредственного* военного столкновения воюющих, не пресекались. Речь идет, в частности, о бомбардировках гражданского населения и использовании оружия неизбирательного действия (то есть о нарушениях гаагского права). Легко можно понять, что у союзных держав, ответственных за бомбардировки Дрездена, Кельна, Токио, Хиросимы, Нагасаки и т. д., не поднималась рука подвергнуть уголовному наказанию нацистское руководство за бомбардировки Лондона, Ковентри, Роттердама, Антверпена, Варшавы и других городов.

4.204. Кстати, Трибунал сам это признал с достаточной долей наивности или цинизма в связи с действиями, в которых обвинялся адмирал Дениц. Сочтя,

«что приказ Деница при обнаружении топить без предупреждения любое нейтральное судно, находящееся в этих зонах (операций), представляет собой ... нарушение Протокола (Лондонского, 1936 г.)»¹.

Трибунал тем не менее заключил, что Дениц не может быть осужден по этим мотивам, поскольку союзники... поступали так же. В обвинительном заключении говорится:

«Учитывая факты, учитывая приказ британского Адмиралтейства от 8 мая 1940 г. топить любое судно, передвигающееся ночью по Скагерраку, и ответы адмирала Нимица на поставленные ему вопросы, а также исходя из того, что США вели подводную войну в Тихом океане со дня их вступления в войну, Дениц не может быть осужден за нарушение международного права в области ведения подводной войны»² (курсив автора).

Трибунал пришел к такому же заключению и в деле адмирала Редера, который обвинялся в аналогичных действиях (см. выше, п. 3.1, 4^о)³.

Это может послужить примером применения доктрины *tu quoque*. Однако ее не всегда принимали⁴.

4.205. В Токио, как, кстати, и в юридической практике трибуналов союзных государств, пресечение нарушений права войны также ограничилось действиями, совершенными в отношении лиц, находившихся *во власти* противной стороны.

Правда, иногда случалось, что некоторые методы ведения военных действий рассматривались как военные преступления, однако в действительности речь шла скорее о методах, примененных против лиц *в ситуации непосредственного военного столкновения*. Так обстояло дело с обвинительными приговорами за отказ оставлять в живых или расправу с выжившими после боя (нарушение ст. 23, г, Гаагского положения)⁵.

¹ *Procès, Doc. off.*, vol. 1, p. 335.

² *Ibid.*

³ *Ibid.*, pp. 339–340.

⁴ *Weizsaecker case (Ministries trial)*, U.S. Milit. Trib., Nur. Apr. 14, 1949, *Ann. Dig.*, 16, pp. 347–348.

⁵ *Peleus case*, British Milit. Crt., Hamburg, 20 Oct. 1945, *L.R.T.W.C.* I, p. 2; *Meyer case*, Canad. Milit. Crt., Aurich, 28 Dec. 1945, *ibid.* XV, p. 109; *Ruchteshell case*, Brit. Milit. Crt., Hamburg, 21 May 1947, *ibid.* IX, pp. 83 ss.

4.206. Нам известен всего один случай уголовного преследования за нарушение норм, относящихся к ведению боевых действий: это процесс, организованный 25–30 декабря 1949 г. в Хабаровске, СССР, по делу японских военнослужащих, обвинявшихся в разработке и использовании бактериологического оружия¹.

4.207. Как и в Нюрнберге, в союзных державах² не преследовались и не осуждались лица, ответственные за бомбардировки гражданских объектов. Так, в деле Олендорфа Трибунал косвенно даже оправдал подобные действия. Германские обвиняемые пытались оправдать расправы над гражданскими жителями, находившимися в их власти, тем фактом, что союзники широко применяли бомбардировки гражданского населения, а также тем, что

«нет существенной разницы между расстрелом гражданских лиц из винтовок и их убийством посредством атомных бомб»³.

Отвечая на это, Трибунал заявил, что, с одной стороны, бомбардировки союзников последовали за нацистскими бомбардировками, и, с другой — они имели единственной целью вынудить неприятеля сдаться, в то время как расправа над уже сдавшимися гражданскими лицами не может быть оправдана этой целью⁴.

Сразу бросается в глаза опасность такого рассуждения, если его рассматривать а *contrario*, и пределы, в которых юриспруденция признавала преступный характер отдельных действий.

Тем не менее во внутреннем законодательстве ряда союзных держав в качестве военных преступлений рассматривались и методы ведения военных действий *stricto sensu* (преднамеренные бомбардировки необороняемых местностей и использование отравляющих газов)⁵, но мы не можем привести ни одного примера квалификации таких действий как военных преступлений. Так, в деле Раутера нидерландский кассационный суд квалифицировал бомбардировку Роттердама как нарушение права войны, а не как «военное преступление»⁶.

Таким образом, криминализация нарушений гаагского права в Дополнительном протоколе I 1977 г. и распространение его на внутренние вооруженные конфликты в Статуте МУС 1998 г. стали значительным шагом вперед по сравнению с 1945 г.

¹ *Documents relatifs au procès des anciens militaires de l'armée japonaise accusés d'avoir préparé et employé l'arme bactériologique*, Moscou, éd. en langues étrangères, 1950, 563 p.

² О военных преступлениях, совершенных союзниками, как они видятся с германской стороны, см.: ZAYAS, A. M. de, *The Wehrmacht War Crimes Bureau 1939–1945*, Lincoln, Univ. of Nebraska Press, 1989, 364 p.

³ *Ohlendorf case*, U.S., Milit. Trib., Nuremberg, 10 April 1948, *Ann. Dig.*, 15, 661.

⁴ *Ibid.*, p. 660.

⁵ Например, австралийские, нидерландские и китайские законы, *L.R.T.W.C.*, V, p. 95, XI, p. 94 et XIV, p. 154.

⁶ 12 Jan. 1949, *A. D.*, 1949, 540.

2. *Прямое определение состава военных преступлений и опосредованный характер такого определения*

4.208. Определение применяется непосредственно, если оно, подобно любой международной норме, наделяющей правами и обязанностями частных лиц, сформулировано достаточно четко и ясно для того, чтобы связывать гражданских лиц, и нет необходимости принимать для этого специальную внутреннюю регламентацию¹. Так обстоит дело со многими составами преступлений, даже если для их имплементации требуется принятие внутригосударственных законов, устанавливающих конкретные уголовные санкции. Следует отличать нюрнбергское право (а) от договорного права (б).

а) Нюрнбергское право

4.209. Нюрнбергское право подлежит непосредственному применению в порядке признания его государства (а именно всех государств — членом ООН, см. выше, п. 4.104), поскольку, с одной стороны, оно интегрировано в этот правовой порядок, а с другой — не предписывает никаких адаптационных мер для своего исполнения в рамках внутреннего правового порядка.

И действительно, на нюрнбергское право и резолюции Генеральной Ассамблеи ООН, обеспечивающие его вступление в силу, не раз ссылались в качестве прецедентов во внутренней судебной практике государств².

В случае Международного уголовного трибунала по бывшей Югославии не было высказано ни единого сомнения и не сделано ни одного замечания относительно непосредственной применимости к этой территории определений состава военных преступлений договорного и обычного международного гуманитарного права³. По всей видимости, эта применимость не вызывала никаких сомнений.

4.210. Уже с 1945 г. пресечение нарушений законов и обычаев войны непосредственно основывалось на этих законах и обычаях. Поскольку в большинстве уголовных законодательств не были предусмотрены санкции, применимые к лицам, совершившим подобные нарушения, пришлось принимать специальные

¹ E.g., CJCE, aff. C-126/95, 3 oct. 1996, *Hallouzi-Choho*, Rec. 1996/10, I-4827.

² См., например: *Justice case*, U.S. Military Tribunal, Déc. 4, 1947, *L.R.T.W.C.*, p. 36; *Eichmann case*, Jerusalem District Ct., Déc. 12, 1961, et Israël Supr. Ct., May 29, 1962, *ILR*, 36, pp. 48 et 296; *Aff. Touvier*, App. Paris, 27 oct. 1975, *AFDI*, 1976, p. 924; *Aff. Leguay*, Cass. fr., crim., 21 oct. 1982, *AFDI*, 1983, p. 844; *Aff. Barbie*, App. Lyon, Ch. Acc. 8 juillet 1983 et Cass. fr., crim., 6 oct. 1983, *JDI*, 1983, pp. 782 et 785; J.K.v. *Public Prosecutor*, Neth. Supr. Ct. 27 oct. 1981, *NYIL*, 1983, p. 427. См. также: KELSEN, H., «Will the Judgment in the Nuremberg Trial Constitute a Precedent in International Law?», *JCLQ*, 1947, p. 153; *re Roehling*, 1948, *Ann. Dig.*, 15, 398, 405; *re Garbe ibid.*, pp. 419–420; *re Ahlbrecht, ibid.*, 16, p. 396; *re von Leeb, ibid.*, 13, pp. 376–377; WHITEMAN, M., *A Digest of International Law*, Washington, U.S.G.P.O., 21, p. 89; цит. по: GREEN, *loc. cit.*, pp. 18–19; см. также: *U.S. v. Montgomery* où il fut reconnu sur la base des principes de Nuremberg que «International law as such binds every citizen», mais qu'en l'espèce, les défendeurs ne pouvaient invoquer ces principes pour justifier leur refus de respecter le droit interne et leur tentative de casser à coup de marteau des têtes d'ogives nucléaires! U.S. Ct. of App., 11th Cir., Sept. 27, 1985, *AJIL*, 1986, pp. 346–347.

³ Доклад Генерального секретаря, представленный во исполнение п. 2 резолюции 808 (1993) Совета Безопасности, документ ООН S/25704, 3 мая 1993 г., с. 10 и сл.

законы. Чтобы не создалось впечатление, что эти законы наделены обратной силой, говорилось, что правонарушения, которых они касались,

- уже предусматривались уголовным кодексом соответствующего государства;
- и либо *не оправдывались* правом войны (Франция, Люксембург)¹, либо также *составляли военные преступления* (Норвегия, Польша, Бельгия)².

Так, ст. 2 бельгийского закона от 20 июня 1947 г. о компетенции военных судов в отношении военных преступлений (М. В., 26–27 июня) гласит:

«...военным судам подсудны (...) правонарушения, предусмотренные бельгийским уголовным законодательством и допущенные в нарушение законов и обычаев войны между 9 мая 1940 г. и 1 июня 1945 г. лицами, которые в момент совершения этих действий в любом качестве находились на службе неприятеля или союзника неприятеля (...)».

Таким образом, речь шла о правонарушениях, предусмотренных бельгийским Уголовным кодексом, которые, будучи совершены в военное время, являлись нарушением законов и обычаев войны. Обратного действия у закона не было, так как соответствующие действия уже были запрещены и возведены в ранг преступления внутренним уголовным правом и оставались таковыми, поскольку право войны также их запрещало. Обращает, однако, на себя внимание тот факт, что данный закон номинально применим только к органам неприятельской державы...

Было решено также, что вопрос об обратной силе не возникает по поводу действий (жестокое обращение, пытки), явным образом противоречащих законам человечности и требованиям общественного сознания³.

4.211. В ходе одного судебного разбирательства в Канаде было сделано интересное различие между законами, имеющими обратную силу (ретроактивными), и законами ретроспективными. Обвиняемому в военных преступлениях и преступлениях против человечности, совершенных в Венгрии в 1944 г., который утверждал, что положения канадского уголовного права, определявшие такие действия, как преступления, наделались обратной силой, судья ответил, что закон, наделенный обратной силой, определяет правонарушение и применяется к действиям, предшествующим его принятию, в то время как канадское законодательство носит лишь «ретроспективный» характер, то есть применяется к действиям, предшествующим его принятию, но уже относящимся к преступным⁴.

На аргумент, согласно которому большинство документов, более ранних, чем Устав Международного военного трибунала в Нюрнберге, не определяли те или иные конкретные действия как «военные преступления» или «преступления про-

¹ CHAPAR, *loc. cit.*, p. 795; HAMMES, *loc. cit.*, pp. 238 et 245.

² SUND, H., «Les criminels de guerre en Norvège et la répression de leurs délits», *RDPC*, 1946–1947, p. 711; MUSZKAT, *loc. cit.*, p. 801, GREVY, *loc. cit.*, pp. 808 et 814; ср. также: Cass. b. 4 juillet 1949, *RDPC*, 1948–1949, p. 989.

³ Norway, Supr. Ct., 27 Febr. 1946, *Klinge, A. D.*, 1946, 263.

⁴ Canada, Ontario, High Ct., 10 July 1989, *Finta, ILR*, 82, 432–433.

тив человечности» и не предусматривали индивидуальной ответственности уголовного характера, Трибунал ответил, что в Нюрнберге судьи сочли эти действия преступными в свете общих принципов права:

«Действительно, можно было спорить — как это имеет место в рассматриваемом деле — о том, что та или иная страна не подписала то или иное конкретное соглашение или конвенцию, что в тексте соответствующей конвенции употребляются выражения «законы и обычаи войны» и «преступный», а не конкретно слова «преступления против человечности» или «военные преступления». Однако мы не придерживаемся такого формального подхода к этим договорам, соглашениям и конвенциям. Мы, скорее, присоединяемся к точке зрения Нюрнбергского трибунала, который напомнил, столкнувшись с аргументами, аналогичными вышеуказанным, что «в 1939 г. эти нормы были заложены в Конвенцию, признанную всеми цивилизованными нациями, и рассматривались как выражение законов и обычаев войны». Иными словами, в свете исторического документа, на который мы сослались, и высказываний Нюрнбергского трибунала, мы пришли к мнению, что военные преступления и преступления против человечности к 1939 г. уже являлись нарушениями международного или уголовного права в соответствии с общими принципами права, признанными международным сообществом.

В пользу такой точки зрения говорят труды профессора Дж. Стоуна, который указал в своей работе «Правовые средства регулирования международных конфликтов» («Legal Controls of International Conflict») (1974 г.), что подход к пресечению военных преступлений должен основываться, скорее, на категориях правосудия и политики, а не на строгих и формально кодифицированных критериях. Он согласен с тем, что к 1939 г. такие действия, включающие в себя преступление против человечности, осуждались и наказывались в большинстве муниципальных правовых систем и что совершение подобных действий не могло рассматриваться как непредусудительное с нравственной точки зрения. (...) Комиссия Дешена (Deschenes) пришла к аналогичному заключению»¹.

Отметим, что ссылка на общие принципы права не была обязательной для военных преступлений, определение состава которых могло основываться на конвенциях (см. выше, п. 4.103) и прецедентах, краткий обзор которых был дан Международным военным трибуналом в Нюрнберге (см. выше, п. 4.201).

4.211a. Однако в деле Кононова Европейский суд по правам человека придерживался ограничительного подхода, который представляется, по меньшей мере, странным. In casu истец — латыш, который командовал советским партизанским отрядом в 1944 г. (СССР вторгся в Латвию и аннексировал ее в 1940 г.), в мае 1944 г. участвовал в вооруженной акции против латышской деревни, жители которой в феврале 1944 г. помогли германским властям в уничтожении другого советского партизанского отряда. В ходе этой акции 9 жителей деревни (6 мужчин и 3 женщины), в домах которых были обнаружены оружие и боеприпасы, уличавшие их в связях с немецкими войсками, были расстреляны. Эти лица в момент расстрела находились во власти боевой группы, которой командовал Кононов. Латвия, снова обретшая независимость в 1990 г., возбудила уголовное дело, и в январе

¹ Canada, Ontario, High Ct., 10 July 1989, *Finta*, *ILR*, 82, pp. 439–440; les décisions de la Cour d'appel et de la Cour Suprême ne sont pas revenues sur ces points, Ontario Ct. of App., 29 April 1992, *ILR*, 98, 520–663; Supr. Ct., 24 March 1994, *ILR*, 104, 284–404.

1998 г. Кононов был предан суду. Он был приговорен к тюремному заключению Рижским судом в 2000 г. за совершение «военного преступления». После целого ряда апелляций и обжалований в приговор были внесены отдельные изменения, которые не затрагивали принципиальную сторону осуждения (cass., 28 sept. 2004). Кононов подал иск против Латвии в Европейский суд по правам человека о нарушении ст. 7 Европейской конвенции о защите прав человека и основных свобод на том основании, что, как он утверждал, латвийские суды применили уголовно-правовые нормы, в 1944 г. не существовавшие. Правоту истца признал ЕСПЧ, отметив, что жертвы нападения были как бы не вполне гражданскими лицами, поскольку они сотрудничали с немцами, и что «не было в достаточной степени доказано, что нападение 27 мая 1944 г. не соответствовало законам и обычаям войны, кодифицированным в Положении, приложенном к Гаагской конвенции 1907 г.»¹. Что касается убийства трех женщин, оно может быть представлено как уголовное преступление, однако срок давности по нему истек к моменту возбуждения Латвией уголовного дела в 1998 г. Таким образом, осуждение Коконова нарушало «принципы» ст. 7 Европейской конвенции о защите прав человека и основных свобод².

Хотя и не вызывает сомнений то, что в постановлениях латвийских судебных инстанций имелись грубые ошибки (например, они основывались на Женевских конвенциях 1949 г. и Дополнительном протоколе I 1977 г. в отношении действий, происходивших в 1944 г.!), вызывает удивление то, что Европейский суд по правам человека счел внесудебные казни соответствующими праву, применимому в 1944 г. Конечно, Гаагское положение 1907 г. не предусматривало права на справедливое судебное разбирательство, но разве было бы чрезмерным заключить, что такие внесудебные казни являются нарушением «законов человечности» и «веления общественной совести» (оговорка Мартенса, преамбула Гаагской конвенции IV 1907 г.) и в особенности запрещения «убивать или ранить неприятеля, который, положив оружие или не имея более средств защищаться, безусловно сдался» (Гаагское положение, ст. 23, в)? Совершенно необъяснимо то, что на эти положения не ссылались судьи из Риги и Страсбурга!

При этом сложнее было ответить на аргумент, касающийся срока давности. Этот принцип и в самом деле не действовал в 1944 г., но разве нельзя было сослаться на ретроспективный характер Конвенции ООН 1968 г. о неприменимости срока давности (ср. преамбулу и ст. IV), участником которой Латвия является с 1992 г.? Кстати, это было одной из причин, по которым Бельгия не желала ее ратифицировать (см. ниже, п. 4.398).

4.212. В Бельгии понятие «военного преступления» впервые появилось в законодательных актах вместе с единственной статьей закона от 8 июля 1946 г. (*M. B.*, 25 juillet 1946) о признании права бельгийского правительства выдавать лиц, виновных в совершении военного преступления.

¹ Cour EDH, arrêt du 24 juillet 2008, § 137.

² *Ibid.*, § 146.

«Правительство сможет также выдавать правительствам стран (союзниц Бельгии в войне против общего врага) для суда и наказания любого иностранца, преследуемого или осужденного за военные преступления властями вышеуказанных стран».

Однако это положение не позволяло преследовать и судить в Бельгии исполнителей военных преступлений. Это стало предметом закона от 20 июня 1947 г., который наделил военные суды компетенцией рассматривать дела о военных преступлениях (см. выше, п. 4.210).

Этот закон включал в себя только «положения о компетенции и процедуре»¹ (и поэтому не считался законом, имеющим обратную силу), и бельгийские военные трибуналы осудили несколько человек по обвинению в нарушении законов и обычаев войны² или «в нарушениях бельгийских уголовных законов в нарушение законов и обычаев войны» либо в «совершении военного преступления»³. Следовательно, как для законодателя, так и для судьи отнесение к разряду военных преступлений данных преступлений *непосредственно входит в состав внутреннего права*, несмотря на отсутствие специальных положений уголовного характера. Этот прецедент исключительно важен, поскольку он служит примером применения обычной международной нормы уголовного характера во внутреннем праве при отсутствии в последнем «передаточного механизма» или точного эквивалента. Таким образом, это рассуждение можно применить и к другим преступлениям международного права, пресечение которых специально не предусмотрено в бельгийском праве (преступления против мира, преступления против человечности⁴...) (также см. ниже, п. 4.288 и сл.).

b) Договорное право

4.213. Определение состава военных преступлений в ныне действующих документах носит либо «прямой», либо «непрямой» характер. «Прямым» его можно назвать тогда, когда соответствующий инструмент возводит нарушение права вооруженных конфликтов в ранг «серьезного нарушения», не требуя от государств соответствующей адаптации своего законодательства. Так обстоит дело с Женевскими конвенциями 1949 г., которые определяют в качестве «серьезных нарушений» ряд действий: «умышленное убийство, пытки и т. д.» (ст. 50, 51, 130, 146). То же можно сказать о Дополнительном протоколе I, который гласит, что определенные действия

¹ Cass., 4 juillet 1949, *RDPC*, 1948–1949, p. 989; P. 1949, I, 517; GREY, R., «La répression des crimes de guerre en droit belge», *RDPC*, 1947–1948, pp. 806 ss., spécialement §§ 5 et 16; см. также: Cass. 27 nov. 1950 (rejet du 2^e moyen, 4^e attendu), P. 1951, I, 186.

² Ср.: Cons. Guerre Brab., 8 févr. 1950, *Krumkamp*, P. 1950, III, 39–40.

³ Conseil de guerre de Bruxelles, 8 août 1950, aff. 170, *Boden*, inédit (автор благодарит г-жу А. М. Вейзерс, передавшую ему текст этого постановления).

⁴ Прекрасный пример применения понятия «военное преступление» в бельгийском праве до его криминализации законом от 10 февраля 1999 г. см. решение следственного судьи Д. Вандермеерша (D. Vandermeersch) о подаче гражданских исков против Пиночета: 6 nov. 1998, § 3.3.2, Trib., 1^{re} inst. Bxl., in *RDPC*, 1999, pp. 278 ss., note BURNEO LAVRIN et BOSLY; J. T., 1999, p. 310, note VERHOEVEN.

«рассматриваются как серьезные нарушения настоящего Протокола, когда они совершаются умышленно в нарушение соответствующих положений настоящего Протокола и являются причиной смерти или серьезного телесного повреждения или ущерба здоровью» (ст. 85, п. 3).

Данный документ касается индивидуальных действий. Он достаточно четко сформулирован для того, чтобы применяться «как есть» без посредства внутригосударственного закона. Таким образом, он является самоисполнимым (self-executing), и это дает основание говорить о прямой криминализации.

В других документах остается некоторая доля неопределенности относительно характера — прямого или опосредованного — криминализации. Примером может послужить ст. 28 Гагской конвенции 1954 г., которая гласит:

«Высокие Договаривающиеся Стороны обязуются принимать, в рамках своего уголовного законодательства, все меры, необходимые для того, чтобы были выявлены и подвергнуты уголовным или дисциплинарным санкциям лица, независимо от их гражданства, нарушившие или приказавшие нарушить настоящую Конвенцию».

То же относится и к Гагскому протоколу 1999 г., который требует внимательного прочтения: сначала он предусматривает, что любое лицо совершает преступление по смыслу настоящего Протокола, если это лицо «намеренно и в нарушение Конвенции или настоящего Протокола» превращает в объект нападения определенные культурные ценности (ст. 15, п. 1). На этой стадии текст представляется явно самоисполнимым, но затем уточняется, что

«каждая Сторона принимает такие меры, какие *могут* оказаться необходимыми, для признания уголовными преступлениями согласно ее внутреннему законодательству деяний, предусмотренных в настоящей статье (...)» (ст. 15, п. 2).

Поскольку текст предлагает государствам принять внутренние меры по обеспечению применения данной криминализации, создается впечатление, что последнее является опосредованным. В действительности дело обстоит несколько сложнее: текст предлагает принять лишь меры, которые «*могут* оказаться необходимыми» (*курсив автора*). Таким образом, криминализация может считаться прямой, правда, с учетом требований конституционной системы для того, чтобы возыметь действие во внутреннем правопорядке государств, а эта система может требовать принятия внутригосударственных имплементационных мер, независимых от непосредственной криминализации.

4.214. Если криминализация военных преступлений может быть прямой и не прямой, их «пенализация», то есть установление наказаний, полагающихся за такие правонарушения, всегда носит опосредованный характер. За исключением международных уголовно-правовых инстанций, право устанавливать в своем внутреннем правопорядке уголовные санкции, применимые к военным преступлениям, всегда принадлежит государствам. Так, Женевские конвенции 1949 г. предусматривают:

«Высокие Договаривающиеся Стороны берут на себя обязательство ввести в действие законодательство, необходимое для обеспечения эффективных уголовных наказаний для лиц, совер-

шивших или приказавших совершить те или иные серьезные нарушения настоящей Конвенции, указанные в следующей статье» (I, ст. 49; II, ст. 50; III, ст. 129; IV, ст. 146).

Это положение охватывает также определения составов преступлений, сформулированные в Дополнительном протоколе I, поскольку ст. 85, п. 1, гласит:

«Положения Конвенций, касающиеся пресечения нарушений и серьезных нарушений, дополненные настоящим Разделом, применяются к пресечению нарушений и серьезных нарушений настоящего Протокола».

Как мы видели (см. выше, п. 4.213), ст. 28 Гагской конвенции 1954 г. имеет аналогичное содержание. Ст. 15, п. 2, Второго Гагского протокола 1999 г. обязывает государства-участники принять

«такие меры, какие могут оказаться необходимыми, для признания уголовными преступлениями (...) деяний, предусмотренных в настоящей статье, и для установления для таких преступлений соответствующих наказаний».

Конвенция ООН от 10 апреля 1972 г. о запрещении разработки, производства и накопления запасов бактериологического (биологического) и токсинного оружия и об их уничтожении (М.В., 6 juillet 1979) обязывает каждое государство-участник «принять необходимые меры по запрещению и предотвращению» нарушений Конвенции в пределах территории такого государства или на территории под его юрисдикцией (ст. 4).

Аналогичным образом Женевская конвенция 1976 г. о запрещении военного или любого иного враждебного использования средств воздействия на природную среду содержит в своей ст. 4 следующее предписание самого общего характера:

«Каждое государство — участник настоящей Конвенции обязуется принять любые меры, которые оно сочтет необходимыми в соответствии со своими конституционными процедурами, по запрещению и предотвращению любой деятельности, противоречащей положениям настоящей Конвенции, под его юрисдикцией или под его контролем где бы то ни было».

Конвенция ООН от 13 января 1993 г. о запрещении химического оружия предусматривает, что «Каждое государство-участник в соответствии со своими конституционными процедурами... запрещает... на его территории или в любом другом месте под его юрисдикцией проводить любую деятельность, запрещаемую государству-участнику по настоящей Конвенции, в том числе принимает уголовное законодательство в отношении такой деятельности» (ст. VII, п. 1; ср. выше, п. 4.193).

Протокол о запрещении или ограничении применения мин, мин-ловушек и других устройств с поправками от 3 мая 1996 г. (Протокол II к Конвенции 1980 г. предписывает государствам-участникам принять необходимые меры для пресечения в уголовном порядке нарушений некоторых его положений (ст. 14, пп. 1–2; см. выше, п. 4.197). Конвенция 1997 г. о противопехотных минах содержит аналогичное предписание (ст. 9; см. выше, п. 4.198).

4.215. В Бельгии принятие законов об обеспечении применения различных договоров по международному гуманитарному праву происходило постепенно (см. ниже, п. 4.389).

Тем не менее прецедент возбуждения после 1945 г. при отсутствии надлежащих законодательных актов уголовных дел, содержащих определение состава военных преступлений, доказывает, что когда нарушения права войны относят к военным преступлениям, это не обязательно требует наличия специального закона, поскольку право войны является частью общего обычного международного права (которое входит в бельгийское внутригосударственное право в соответствии с принципом «international law is part of the law of the land»: «международное право — это часть национального права») и поскольку во внутреннем праве присутствуют положения уголовного характера, пресекающие действия, соответствующие тем, которые относятся к военным преступлениям по международному праву¹. При условии, конечно, что такие положения существуют...²

3. Универсальный характер определения состава военных преступлений

а) Нюрнбергское право

4.216. Право (и даже обязанность — см. ниже, п. 4.380 и сл.) государств преследовать исполнителей военных преступлений наделяет их «универсальной» юрисдикцией: *ubi te invenero, ibi te iudicabo*.

Эта юрисдикция не была специально предусмотрена в Уставе и обвинительном заключении Нюрнбергского трибунала. Лондонское соглашение от 8 августа 1945 г. предусматривало только, что

- будет создан Международный военный трибунал для суда над военными преступниками, преступления которых не связаны с определенным географическим местом (ст. 1), и
- в соответствии с Московской декларацией 30 октября 1943 г. другие военные преступники будут возвращены в страны, где ими были совершены преступления (ст. 4)³.

¹ ANDRIES, A. et GORLE, F. «Chronique annuelle de droit pénal militaire (1991–1992)», *RDP*, 1992, p. 947.

² Например, нидерландские судьи констатировали невозможность подвергнуть наказанию управляющего прачечной, торговая марка которой представляла собой белый крест на красном фоне, поскольку эта имитация швейцарского флага (что запрещено ст. 28 Женевской конвенции I 1929 г.) не относилась к уголовно наказуемым деяниям по нидерландскому законодательству (как того требовала вышеупомянутая ст. 28). *La Haye*, 30 juin 1934 et *Cour supr. des P.-B.*, 4 juin 1936, *A. D.*, 7, 507–508; по Бельгии см. выше, п. 4.189. См. также любопытную и неубедительную аргументацию окружного суда Центрального округа Калифорнии о том, что Конвенция не выполняется автоматически в отношении гражданских дел о возмещении ущерба в результате военных преступлений, возбужденных на основании этой Конвенции, *Handel v. Artukovic*, 31 Jan. 1985, *ILR*, 79, 399–406.

³ В деле Барбье обвинительная палата Апелляционного суда Лиона заявила, что «международный порядок, относящийся к наказаниям», под который подпадают преступления против человечности, является «константой современной истории, выражающейся не только в многочисленных декларациях, резолюциях и обязательствах, принимаемых на себя цивилизованными нациями в рамках ООН, но и в появлении такого института, как Международный военный трибунал...» (*курсив автора*). Arrêt du 8 juillet 1983, *JDI*, 1983, p. 782, note Edelman.

Таким образом, речь шла, скорее, не о принципе универсальной *юрисдикции stricto sensu*, которая признавалась за любым внутренним трибуналом, а о принципе универсальной *взаимопомощи* в уголовной сфере, обязательном для государств — участников Лондонского соглашения. Кроме того, этот принцип нашел свое подтверждение в резолюции 3 (1) Генеральной Ассамблеи ООН от 13 февраля 1946 г., которая,

«принимая во внимание определения военных преступлений, а также преступлений против мира и человечества, содержащиеся в Уставе Международного военного трибунала от 8 августа 1945 г. (...)

рекомендует членам Объединенных Наций принять немедленно все нужные меры для того, чтобы военные преступники, которые несут ответственность за вышеупомянутые преступления или приняли в них непосредственное участие, были арестованы и высланы в те страны, где они совершили свои ужасные деяния, для суда и наказания, согласно законам этих стран».

4.217. Однако трибуналы союзных держав и отдельных стран пошли еще дальше и осуществляли универсальную юрисдикцию, поскольку судили иностранных подданных за действия, совершенные за границей против других иностранных подданных¹. Правда, как отметил Верховный суд Израиля, в этих делах лица, пострадавшие от действий, которые приписывались обвиняемым, были подданными государств, связанными *союзническими отношениями* с государством, где обвиняемые предстали перед судом. Как бы там ни было, Верховный суд Израиля в деле Эйхмана руководствовался принципом универсальной юрисдикции в сфере военных преступлений и преступлений против человечности. Суд отметил, что виновные в этих преступлениях являются, как и пираты, *hostes humani generis* (врагами рода человеческого — *лат.*) и, как и в случае с пиратами, *для всех государств «жизненно важно» пресекать их действия*². Он констатировал, что доктрина признает за государствами универсальную юрисдикцию в деле преследования и осуждения военных преступников³, и заключил по поводу преступлений, вмененных в вину Эйхману:

«Все преступления, в которых обвиняется апеллент, не только носят международный характер, но и с учетом ущерба и смертоносных последствий были способны потрясти до основания все международное сообщество. Поэтому государство Израиль в соответствии с принципом универсальной юрисдикции и в качестве хранителя и исполнителя международного права, имело право судить апеллента. А поскольку дело обстоит таким образом, не имеет никакого значения тот факт, что в момент совершения нарушений израильское государство еще не существовало»⁴.

¹ *Zyklon B case*, Brit. Milit. Crt., Hamburg, March 8, 1946 L.R.T.W.C., I, pp. 102–103; см. также: *Tomono Shimio case*, cité *ibid.*, p. 106; ср. также: Neth., Spec. Crt. of Cass., 12 Jan. 1949, A. D., 1949, 533.

² *Eichmann case*, Supr. Crt of Israël, *loc. cit.*, pp. 298–300.

³ *Ibid.*, pp. 300–302.

⁴ *Ibid.*, p. 304. ср.: RODLEY, N., *The Treatment of Prisoners under International Law*, Oxford, Clarendon Press, 1987, p. 102.

Американский суд, рассматривавший дело Демьянюка, также признал принцип универсальной юрисдикции в отношении военных преступлений. Истец оспаривал, что его могут выдать Израилю — государству, которого не существовало в момент совершения вменяемых ему в вину действий, да еще за деяния, имевшие место в Польше, тогда как согласно американскому законодательству о выдаче нужно, чтобы действия, которые могут послужить основанием для выдачи, были совершены в стране, требующей этой выдачи. Апелляционный суд шестой инстанции ответил, что американское законодательство признает принцип универсальной юрисдикции и что в случае преступлений, осуждаемых во всем мире, Израиль, как и любое другое государство, имеет основания требовать выдачи исполнителя такого рода преступлений.

«Принцип универсальности исходит из предположения, что осуждение некоторых преступлений носит настолько всеобщий характер, что совершившие их лица становятся врагами всего рода человеческого. Следовательно, любое государство, где они находятся под стражей, может подвергнуть их наказанию в соответствии со своими законами, применяемыми к подобным правонарушениям... Израиль или любое другое государство... имеет право взять на себя функцию защиты интересов всех государств, прилагая усилия к тому, чтобы покарать исполнителей таких преступлений»¹.

Универсальная юрисдикция восходит непосредственно к послевоенной судебной практике, а значит, к практике Нюрнбергского трибунала, поскольку еще в 1948 г. один из трибуналов союзников, обосновывая очередное возбужденное дело, цитировал, в частности, Гроция, который писал, что

«...короли и те, кто обладает властью, равной королевской, имеют право назначать наказания не только за преступления, совершенные в отношении их самих и их подданных, но и за преступления, не затрагивающие их непосредственным образом, но грубо нарушающие естественное и международное право в отношении кого бы то ни было»².

Это же можно сказать и в отношении дела Листа (Hostages Trial):

«Международное преступление — это такое преступное по общему признанию деяние, которое рассматривается как серьезная международная проблема и по каким-либо веским причинам не может быть оставлено в исключительном ведении государства, а в обычных обстоятельствах находилось бы в рамках его юрисдикции. Как правило, ординарный характер военного преступления сам по себе является достаточным основанием для принятия решения о подсудности в судах воюющей стороны, во власти которой оказался предполагаемый преступник»³.

В деле Финта судья Ля Форэ Верховного суда Канады отметил в 1994 г., обосновывая универсальную юрисдикцию, предусмотренную канадским законодательством:

¹ *Demjanjuk vs. Petrovsky*, U.S. Ct. of App., 6th, Cir., Oct. 31, 1985, *AJIL*, 1986, p. 658 et *ILR*, 79, 546; voy. aussi *Finta*, *re cit.*, *ILR*, 82, 444–445; implicitement, *Menten case*, *Neth. Supr. Cr. Jan. 13, 1981*, *NYIL*, 1982, p. 407.

² GROTIUS, H., *Le droit de la guerre et de la paix*, éd. de P. Pradier-Fodéré, Paris, 1867, II, XX, XL, 1, цит. по: *German High Command case*, U.S. Milit. Tribunal, Nuremberg, Oct. 28, 1948, *L.R.T.W.C.*, XII, p. 61.

³ Nur., U.S. Mil. Trib., 19 Febr. 1948, *A. D.*, 1948, 636.

«Совершение деяний, составляющих военные преступления и преступления против человечности, несомненно, носит трансграничный характер, однако ответственные за них лица нередко выявляются лишь по прошествии какого-то времени, когда они уже переместились в другую страну. Намерение парламента состояло в том, чтобы расширить сферу действия канадского уголовного правосудия и дать ему возможность возбуждать преследование в отношении исполнителей таких деяний, не имеющих территориальной привязки, если они будут обнаружены среди нас»¹.

4.218. В том, что касается преступлений по МГП, осуществление универсальной юрисдикции является не только правом, но и обязанностью, основанной на обычном праве. В деле Бласкича Апелляционная камера отметила, среди прочего:

«Национальные судебные инстанции государств бывшей Югославии, как и судебные органы любого государства, согласно обычному праву обязаны судить и выдавать лиц, подозреваемых в совершении серьезных нарушений международного гуманитарного права (об этой обязанности по обычному праву см.: Военное наставление США, *The Law of Land Warfare*, 1956, § 506 b)»².

4.219. Юрисдикция бельгийских судов и трибуналов сразу после Второй мировой войны не была универсальной: она ограничивалась классическими случаями персональной юрисдикции и предметной подсудности, предусмотренными ст. 6, 7 и 10 вступительного раздела Кодекса уголовного расследования, к которым закон от 20 июня 1947 г. (ст. 1) (см. выше, п. 4.210) добавил случаи пассивной персональной юрисдикции (см. выше, п. 4.103). Иными словами, военные преступления, совершенные за границей иностранными подданными против других иностранных подданных (не проживающих или не проживавших в Бельгии), находились вне сферы компетенции бельгийского правосудия³.

Тем не менее позволительно рассматривать возможность осуществления универсальной юрисдикции на основе обычного международного права. В Бельгии имели место соответствующие прецеденты в судебной практике как по гражданским, так и по уголовным делам. В гражданско-правовой сфере кассационный суд признал, что международное право наделяет бельгийского судью универсальной юрисдикцией в отношении фактов пиратства⁴, хотя закон предусматривает в этой области только классическую экстратерриториальную компетенцию (личную активную и пассивную, предметную юрисдикцию; Уголовно-процессуальный кодекс, вступительный раздел, ст. 6 и сл.) и юрисдикцию, ограниченную действием бельгийского закона флага (закон от 5 июня 1928 г. о пересмотре дисциплинарного и уголовного кодекса для торгового флота и морского рыболовного флота, ст. 3 и ст. 68).

¹ Can. Supr. Crt., 24 March 1994, *ILR*, 104, p. 305.

² ТРИУ, aff. IT-95-14-AR102 bis, 29 oct. 1997, *Blaskic*, § 29.

³ *D. P., Chbre., S. O., 1946–1947*, n° 311, Rapport de M. Somerhausen, p. 7.

⁴ Cass. b., 19 déc. 1986, P. 1987, I, 497–499 et DAVID, E. «Greenpeace: des pirates!» in *RBDI*, 1989, pp. 295–306.

В уголовно-правовой сфере в решении, вынесенном следственным судьей Д. Вандермеершем (D. Vandermeersch), утверждавшем его компетенцию в отношении преступлений против человечности, в которых обвинялся Пиночет¹, отмечалось, что существует

«консенсус в международном плане относительно обязанности властей всех стран принимать необходимые меры для обеспечения пресечения преступлений против человечности»².

Этот консенсус находит выражение в «общем принципе международного права *aut dedere aut judicare*» на самом деле речь идет, скорее, о формуле *judicare vel dedere*, см. ниже, п. 4.380), во всеобщем осуждении преступлений против человечности и, следовательно, в «обязанности преследовать лиц, совершающих подобные преступления, независимо от их местонахождения», как, кстати, того требует резолюция 3074 (XXVIII) Генеральной Ассамблеи ООН от 3 декабря 1973 г.³.

4.220. Однако эту точку зрения разделяют не все государства.

Так, министр внутренних дел Великобритании заявил 8 февраля 1988 г., что британские суды не смогут рассматривать дела о военных преступлениях, совершенных за границей иностранными гражданами против других иностранных граждан, если не будет принят закон, который расширил бы компетенцию этих трибуналов⁴.

Палата лордов Великобритании подтвердила эту позицию в деле Пиночета (2-е решение). Из семи лордов только один считал, что универсально криминальный характер пыток может оправдать экстрадицию Пиночета в Испанию в связи с такими обвинениями — независимо от того, связывает или не связывает Великобританию Конвенция ООН 1984 г. против пыток. По мнению четырех других лордов, решение об экстрадиции может быть принято только на основании фактов пыток: такие деяния инкорпорированы в британское законодательство с 1988 г. (в том числе с момента вступления в силу Конвенции для Великобритании)⁵.

4.221. В августе 1986 г. федеральное министерство юстиции ФРГ подвело итоги: по 91 тысяче уголовных дел, возбужденных с 8 мая 1945 г. и касающихся военных преступлений, совершенных в период существования Третьего рейха, было вынесено 6479 обвинительных приговоров. К ним следует добавить 5025 обвинительных приговоров судов трех союзных западных держав (США, Франция, Великобритания). В 1986 г. 1300 дел продолжали рассматриваться⁶.

¹ Bruxelles, 1^{re} instance, ord. du 6 nov. 1998, *RDPC*, 1999, pp. 278–290, note Labrin et Bosly; *J. T.*, 1999, pp. 308 ss., note Verhoeven.

² *Ibid.*

³ *Ibid.*

⁴ «U. K. Materials on International Law», by G. MARSTON, *BYBIL*, 1988, p. 508.

⁵ U. K., House of Lords, 24 March 1999, *Pinochet*, per Lord Hutton, Hope of Craighead, Browne-Wilkinson, Saville of Newgate, *ILM*, 1999, pp. 595, 627, 637, 641, 643; *contra*, Lord Millett, p. 652.

⁶ Chron. Rousseau, *RGDIP*, 1987, p. 1310; pour d'autres exemples de poursuites, *ibid.*, 1989, p. 419; см. также: DAVID, «L'actualité...», *loc. cit.*, p. 117.

б) Договорное право

4.222. За исключением Конвенций 1972 г. (биологическое и химическое оружие) и 1976 г. (воздействие на природную среду), которые обязывают государства-участники осуществлять лишь чисто территориальную юрисдикцию (см. выше, п. 4.214), другие приведенные выше определения составов преступлений, предусмотренные конвенциями, являются универсальными, поскольку эти определения не ограничиваются такими критериями, как гражданство исполнителя или жертвы преступления, а также место его совершения¹. Общие для четырех Женевских конвенций ст. 49, 50, 129, 146, которые мы приводили выше (см. выше, п. 4.214), гласят:

«Каждая Высокая Договаривающаяся Сторона обязуется разыскивать лиц, обвиняемых в том, что они совершили или приказали совершить то или иное из упомянутых серьезных нарушений и, каково бы ни было их гражданство, предавать их своему суду» (*курсив автора*).

Ст. 85, п. 1, Дополнительного протокола I распространяет применение этого положения на указанные в ней серьезные нарушения.

В ст. 14, п. 1, Протокола II (с поправками, внесенными 3 мая 1996 г.) к Конвенции 1980 г. содержится обязательство для каждого государства-участника прилагать все соответствующие усилия с целью предотвращения и пресечения нарушений настоящего Протокола

«лицами или на территории под его юрисдикцией или контролем».

И хотя эта формулировка несколько двусмысленна, нам представляется, что толковать ее следует так: государство-участник должно осуществлять только активную персональную юрисдикцию или территориальную юрисдикцию *lato sensu*: государство должно пресекать нарушения Протокола, совершенные как на его территории, так и на иностранной территории, находящейся под его контролем. Таким образом, речь не идет об универсальной юрисдикции. Аналогичное положение содержится в Конвенции 1997 г. о противопехотных минах (ст. 9).

Второй Гаагский протокол к Конвенции 1954 г. вводит для самых серьезных нарушений универсальную юрисдикцию в отношении лиц, находящихся на территории одного из государств — участников Протокола (*aut dedere aut judicare*) (ст. 16, п. 1, с; ст. 17, п. 1). Это определение не может быть применено к силам и гражданам государства, не являющегося участником Протокола (ст. 16, п. 2, b), однако без ущерба для криминализации, основанной на Конвенции 1954 г. или обычае (Протокол, ст. 16, п. 2, a).

4. Совокупность преступлений

4.223. Может случиться так, что военное преступление будет одновременно составлять и другое международное правонарушение: преступление против

¹ Ср.: HENZELIN, M., *Le principe de l'universalité en droit pénal international*, Bâle — Bruxelles, Helbing, Lichtenhahn et Bruylant, 2000, pp. 351 ss.

мира¹, террористический акт², наемничество³, преступление против человечности⁴, апартеид⁵, пытки⁶, преступления против персонала ООН и связанного с ней персонала⁷, покушение на безопасность гражданской авиации⁸ или морского судоходства⁹, загрязнение моря¹⁰ и т.д. Поскольку вооруженный конфликт не исключает применения других норм международного права (см. выше, п. 1.4 и сл.), нормы международного уголовного права, связывающие стороны, находящиеся в конфликте, и третьи государства, продолжают применяться в их взаимоотношениях, так что для одного и того же действия может иметь место «идеальная совокупность преступлений»¹¹.

4.224. Само собой разумеется, что каждая «совокупность» должна оцениваться с учетом конкретных обстоятельств, и тут следует опасаться обобщений. Например, если военные преступления часто сродни террористическим актам, это не значит, что справедливо и обратное утверждение — не всякий террористический акт является военным преступлением. По определению военное преступление может быть совершено только во время вооруженного конфликта, в то время как террористический акт — и в мирное, и в военное время. Кроме того, действие, которое рассматривается как террористическое в мирное время, может быть сочтено законным в военное время... (например, нападение на военный пост).

Случается также, но редко, что право не допускает какой бы то ни было совокупности: так, ст. 12 Нью-Йоркской конвенции от 17 декабря 1979 г. о борьбе с захватом заложников гласит, что она не применяется к взятию заложника, имевшему место в ходе вооруженного конфликта между сторонами, связанными Женевскими конвенциями или Дополнительными протоколами.

¹ Например, Устав Международного военного трибунала в Нюрнберге, ст. 6, а; Декларация о дружественных отношениях между государствами и принципах сотрудничества между государствами, резолюция ГА ООН А/Res. 2625 (XXV) от 24 октября 1970 г., принцип 1, абзац 2; Определение агрессии, рез. ГА ООН А/Res. 3314 (XXIX), 14 декабря 1974 г., ст. 5, п. 2.

² Например, Европейская конвенция о борьбе с терроризмом, Страсбург, 27 января 1977; рез. ГА ООН А/Res. 40/61, 9 декабря 1985 г.

³ Например, Международная конвенция о борьбе с вербовкой, использованием, финансированием и обучением наемников, 4 декабря 1989 г.

⁴ ТРИУ, Chambre II, aff. IT-94-1-T, 7 mai 1997, *Tadic*, § 700.

⁵ См. ниже, п. 4.239 и сл.

⁶ Конвенция ООН против пыток и других жестоких, бесчеловечных или унижающих достоинство видов обращения и наказания, 10 декабря 1984 г.

⁷ Конвенция о безопасности персонала Организации Объединенных Наций и связанного с ней персонала, 9 декабря 1994 г.

⁸ Монреальская конвенция о борьбе с незаконными актами, направленными против безопасности гражданской авиации, 23 сентября 1971 г.

⁹ Римская конвенция о борьбе с незаконными актами, направленными против безопасности морского судоходства, 10 марта 1988 г.

¹⁰ Например, Международная конвенция по предотвращению загрязнения с судов (Конвенция МАРПОЛ), 2 ноября 1973 г.

¹¹ См. пример: ТПИР, Chbre. I, aff. ICTR-96-4-T, *Akayesu*, 2 sept. 1998, §§ 468 ss.

4.225. На практике идеальная совокупность преступлений влияет на степень тяжести наказания и способах пресечения.

Что касается степени тяжести наказания, совокупность преступлений имеет значение только для внутреннего права государств, где она либо приравнивается к обстоятельству, отягчающему ответственность и подразумевающему назначение более строгой меры наказания или совокупности наказаний, либо служит основанием для ограничения путем поглощения менее строгого наказания более строгим (это решение характерно для бельгийского законодательства, ст. 65 Уголовного кодекса)¹. Такие проблемы не встают в действующем международном праве, потому что и в настоящее время оно не предусматривает уголовных санкций, за исключением особых случаев².

В отношении способов пресечения совокупность может повлечь за собой усиление мер пресечения, устраняя, например, некоторые основания для невыдачи преступника. Так, Монреальская конвенция от 23 сентября 1971 г. о борьбе с незаконными актами, направленными против безопасности гражданской авиации, косвенно допускает, что государство может отказаться выдать лицо, совершившее деяние, оговоренное в Конвенции, учитывая его политический характер (в том случае, если невыдача исполнителей преступлений по политическим мотивам предусматривается законодательством этого государства, ст. 8, пп. 2–3). Однако право вооруженных конфликтов не позволяет рассматривать военное преступление как правонарушение политического характера в целях отказа от выдачи его исполнителя (см. резолюции Генеральной Ассамблеи ООН 3 (I), 170 (II), 2312 (XXII) и 3074 (XXVIII) (см. ниже, п. 4.380)). Иными словами, государство будет лишено возможности отказать в выдаче исполнителя нападения на гражданский самолет во время вооруженного конфликта, ссылаясь на политический характер покушения, поскольку это деяние *in casu* является военным преступлением.

4.226. Другое следствие совокупности преступлений заключается в том, что поведение, считающееся военным преступлением в одном контексте (во время международного вооруженного конфликта), но не рассматриваемое как таковое в другом (например, в ходе внутреннего вооруженного конфликта — см. выше, п. 4.106), может составлять тем не менее международное правонарушение, если оно подпадает под иное определение преступления, например, преступления против человечности, террористического акта и т. д.

Совокупность преступлений позволяет, таким образом, усилить меры пресечения неприемлемого поведения, которые по техническим соображениям второстепенного характера не могли бы быть квалифицированы как военные преступления и остались бы ненаказуемыми, если бы одновременно не составляли другое международное правонарушение.

¹ См. об этом: TULKENS, Fr. et VAN DE KERCHOVE, M., *Introduction au droit pénal*, Bruxelles, Story-Scientia, 1997, pp. 402 ss.; HENNAU, C. et VERHAEGEN, J., *Droit pénal général*, Bruxelles, Bruylant, 1995, pp. 397 ss.

² Ср.: Устав Международного военного трибунала в Нюрнберге, ст. 27; Règlement (CEE) n° 17, 6 février 1962, art. 15–16; Уставы Международных уголовных трибуналов, ст. 24, и т. д.

4.227. Однако следует избегать того, чтобы совокупность преступлений приводила к неоправданному ужесточению репрессивных мер. Эта проблема встала перед МТБЮ, положения Устава которого, устанавливающие *ratione materiae*, в ряде случаев накладываются друг на друга.

Например, убийство фигурирует в ст. 2, 3¹, 4 и 5 Устава МТБЮ! При этом легко можно провести различие между убийством как преступлением против человечности и убийством как нарушением законов и обычаев войны, чего не скажешь о менее очевидном различии между убийством как «серьезным нарушением Женевских конвенций 1949 г.» и убийством как «нарушением законов и обычаев войны».

4.228. По мнению МТБЮ, совокупность имеет место, когда преступление подпадает под две криминализации, и каждая из них требует элемент состава, который не требуется для другой². Например, одно и то же преступление может квалифицироваться как военное преступление и как преступление против человечности, если оно одновременно связано с вооруженным конфликтом (критерий военного преступления) (см. выше, п. 4.105 и сл.) и с масштабными и систематическими нападениями на гражданское население (критерий преступления против человечности) (см. ниже, п. 4.262).

Каждое из этих правонарушений требует наличия собственного элемента состава преступления, который не требуется для другого. Таким образом, имеет место идеальная совокупность преступлений, если убийство совершено в рамках массированного нападения на гражданское население и помимо этого, представляется связанным с вооруженным конфликтом, затрагивающим государство.

Совокупность возможна и для преступлений, подпадающих под одну и ту же квалификацию. Например, если умышленное убийство выступает одновременно как убийство³ и как факт преследования — а то и другое квалифицируется как преступления против человечности (Устав МТБЮ, ст. 5, а, h), имеет место совокупность преступлений, поскольку для каждого из таких деяний требуется собственный элемент состава, отличный от элемента, который нужен для другого: намерение подвергнуть дискриминации для преследования и намерение причинить смерть для убийства⁴.

Поскольку одно и то же действие составляет два правонарушения, за каждое из которых полагается свое конкретное наказание, совокупность преступлений приводит в рамках действующей правовой системы либо к сложению наказаний, либо к поглощению менее строгого наказания более суровым. Хотя в некоторых обстоятельствах различие между «связью с вооруженным конфликтом» и «связью

¹ Убийство явным образом не упоминается в ст. 3, но поскольку в судебной практике ст. 3 Устава как бы приравнивается к ст. 3, общей для четырех Женевских конвенций 1949 г., запрещения, сформулированные в ст. 3, считаются принадлежащими к категории «нарушений законов и обычаев войны», о которых идет речь в ст. 3 Устава, то есть составляют «преступления», ТРИУ, aff. IT-94-1-AR72, *Tadic*, 2 oct. 1995, §§ 88 ss.

² ТРИУ, aff. IT-96-21-A, *Celebici*, 20 févr. 2001, §§ 412–413; *id.*, aff. IT-97-24-A, *Stakic*, 22 mars 2006, §§ 355 ss.

³ В ст. 5, а, говорится об убийстве (*assassinat*), однако некоторые Камеры Международных уголовных трибуналов сочли, что этот термин обозначает просто убийство (*meurtre*), а не техническое понятие французского уголовного права *assassinat* (*homicide avec préméditation* — то есть умышленное убийство), ТПИР, Chbre. I, aff. ICTR-96-4-T, *Akayesu*, 2 sept. 1998, § 588; ТРИУ, Chbre. I, aff. IT-95-14-T, *Blaskic*, 3 mars 2000, § 216.

⁴ ТРИУ, aff. IT-97-24-A, *Stakic*, 22 mars 2006, § 359; другие примеры. см.: *ibid.*, §§ 360–363.

с широкомасштабным нападением на гражданское население» может показаться искусственным¹, в юридическом плане оно существует и может соответствовать конкретным реалиям².

4.229. Что касается убийства/серьезного нарушения Женевских конвенций 1949 г. (ст. 2, а) и убийства/серьезного нарушения законов и обычаев войны (ст. 3), Апелляционная камера МТБЮ сочла, что элементы состава обоих преступлений практически идентичны: умышленное убийство покровительствуемого лица в одном случае (ст. 2, а) и умышленное убийство некомбатанта в другом (ст. 3). По мнению Камеры, убийство по ст. 3 является также убийством по ст. 2, но необязательно наоборот. Поэтому было бы искусственно и неправомерно усматривать идеальную совокупность преступлений в деянии, подпадающем одновременно под ст. 2 и ст. 3: квалификации разнятся, однако лежащие в их основе реалии идентичны, поэтому обвинительный приговор следует ограничить тем деянием, квалификация которого сформулирована наиболее конкретно³. Что касается взаимоотношений между ст. 2 и ст. 3, аргументация выглядит не вполне убедительной, поскольку составы, предусмотренные ст. 2, относятся, как представляется на первый взгляд, в основном к нарушениям женевского права, в то время как составы, предусмотренные ст. 3, относятся, скорее, к нарушениям гаагского права, хотя это и не уточняется явным образом.

4.230. Это, впрочем, не помешало Камере усмотреть в четырех парах квалификаций ст. 2–3⁴ не совокупность преступлений, а синонимичные криминализации, а именно:

- умышленное убийство (*homicide intentionnel*) (ст. 2, а)/убийство (ст. 3 как ст. 3, общая, п. 1, а);
- бесчеловечное обращение (ст. 2, б)/жестокое обращение (ст. 3 как ст. 3, общая, п. 1, а); пытки (ст. 2, б)/пытки (ст. 3 как ст. 3, общая, п. 1, а)⁵.

По каждому из этих случаев в обвинительном акте делалось особое предварительное заключение: в тех случаях, когда Камера признавала подсудимых виновными в этих деяниях, она решила исходить лишь из одной — самой конкретной — квалификации и отклонять другую, чтобы избежать необоснованного ужесточения наказания.

Другие Камеры последовали ее примеру. Например, преследование как преступление против человечности было сочтено более конкретным, чем другие составы, перечисленные по разряду преступлений против человечности⁶. Иными словами, лицо, привлеченное к ответственности за убийство и преследование согласно ст. 5 Устава МТБЮ, будет осуждено только за преследование, так как эта криминализация была сочтена самой конкретной.

¹ См., например: ТРИУ, aff. 98-30/1-Т, *Kvočka et al.*, 2 nov. 2001, § 127.

² Другие примеры применения см.: ТРИУ, aff. IT-98-34-Т, *Naletilic et al.*, 31 mars 2003, §§ 722

³ ТРИУ, app. aff. IT-96-21-А, *Celebici*, 20 févr. 2001, §§ 412 ss; *id.*, aff. IT-98-34-Т, *Naletilic et al.*, 31 mars 2003, §§ 721 et 731.

⁴ Учитывая тот факт, что, как мы видели, ст. 3 Устава включает ст. 3, общую, четырех Женевских конвенций 1949 г., ТРИУ, aff. IT-94-1-AR72, *Tadic*, 2 oct. 1995, §§ 88 ss.

⁵ ТРИУ, app. aff. IT-96-21-А, *Celebici*, 20 févr. 2001, §§ 421–427.

⁶ ТРИУ, aff. IT-97-24-Т, *Stakic*, 31 juillet 2003, § 879.

Это рассуждение представляется спорным ввиду неопределенного материального содержания преследования.

Среди предварительных заключений относительно убийства (ст. 3), жестокого обращения (ст. 3) и нападения на гражданских лиц (ст. 3), касающихся одного и того же факта, а именно бомбардировки Дубровника, Камера отобрала только последнее как самое конкретное. *Idem*, в том же деле среди предварительных заключений о разорении, не продиктованном военной необходимостью, о нападении на гражданских лиц и уничтожении культурных ценностей последнее предварительное заключение представляется наиболее конкретным¹.

4.231. Как отметили в своем особом мнении судьи Бенуна и Стефен, такой подход представляется неубедительным не в плане своей цели, а с точки зрения *ratio legis*. Его источником является уголовное право государств, и он плохо согласуется с составами преступлений, предусмотренными правом вооруженных конфликтов. Ведь государства вырабатывали такой подход, никак не учитывая нюансы, свойственные внутригосударственным уголовным законодательствам, которые могут в значительной степени разниться в зависимости от страны, и проблемы совокупности преступлений могут находить там отличные друг от друга решения².

4.232. Кроме этого, если национальные законодательства нередко образуют внутренне согласованные своды, в рамках которых единый законодатель выверяет взаимную совместимость различных правовых положений, принятых им в разное время, такая постоянная работа по гармонизации текстов практически не ведется в международном плане, где право выступает в виде наслоения различных страт, которые не обязательно подменяют друг друга. В самом деле, каждая норма является продуктом межгосударственного соглашения договорного или обычного характера, а сами эти соглашения представляются независимыми друг от друга автономными системами. Существуют, конечно, и классические инструменты для разрешения конфликтов между системами, но они примитивны (ср. Венская конвенция о праве договоров, ст. 41).

В разное время и разными авторами принимались нормы одинакового назначения, но в различной формулировке. Пытаться в этих условиях любой ценой найти отличные друг от друга определения правонарушений значит игнорировать «анархический» способ существования международного права. Поэтому в высшей степени спорным представляется утверждение, что криминализация действий, совершенных в отношении «покровительствуемого лица», более конкретна, чем криминализация действий против «некомбатанта»: в Женевском праве любое покровительствуемое лицо по определению является некомбатантом, и наоборот!

4.233. При этом большинство судей, высказавших особое мнение, согласны друг с другом в следующем: надлежит избегать того, чтобы обвиняемого осуждали дважды за одно и то же материальное деяние, даже если соответствующий состав преступления

¹ ТРИУ, aff. IT-01-42-T, *Strugar*, 31 janvier 2005, §§ 450–455.

² *Ibid.*, особые несовпадающие мнения судей Бенуна и Стефена, §§ 13–21.

сформулирован различным образом в разных источниках. Поэтому предпочтительнее ограничить обвинение одной квалификацией, основываясь при этом не на ее якобы наибольшей конкретности, а на стремлении не допустить двойного осуждения за одно и то же действие¹.

На практике это мало что меняет в окончательном результате: обвиняемые всегда осуждаются только один раз, а квалификация правонарушения варьирует в зависимости от материальных особенностей деяния².

5. Пределы признания деяния преступным

4.234. Мы уже познакомились с некоторыми ограничениями, относящимися к признанию деяния преступным. Они обусловлены:

- характером конфликта: в принципе только нарушения права вооруженных конфликтов, совершенные во время международного вооруженного конфликта, признаются военными преступлениями *stricto sensu* (см. выше, п. 4.105 и сл.), что не препятствует тому, чтобы государства в рамках своего внутреннего законодательства признавали бы преступными аналогичные действия, совершенные в гражданской войне, и наделяли бы это признание экстерриториальным действием, как это сделала Бельгия (см. выше, п. 4.119). В настоящее время криминализуется все больше нарушений права вооруженных конфликтов, совершенных во внутренних конфликтах (см., в частности, Проект кодекса преступлений против мира и безопасности человечества, а также Устав МУТР и Статут МУС (см. выше, п. 4.110 и сл.);
- гражданской принадлежностью жертв: в принципе только нарушения права вооруженных конфликтов, совершенные в отношении лиц, не связанных долгом верности со стороной, находящейся в конфликте, признаются военными преступлениями (см. выше, п. 4.122 и сл.), без ущерба для криминализаций, применяемых во внутреннем вооруженном конфликте. Кроме этого, всегда есть возможность того, что действия, совершенные между лицами, имеющими одинаковое гражданство, составят преступления против человечности (см. ниже, п. 4.239 и сл.).

Есть и другие ограничения признания деяний преступными.

а) Криминализации, сводящиеся к некоторым серьезным нарушениям

4.235. Не все нарушения законов и обычаев войны считаются преступлениями. Приведенные выше документы возводят в ранг уголовно наказуемых только *самые серьезные нарушения*. Например, лишение военнопленного его личных вещей (нарушение ст. 18 Женевской конвенции III) или выплата месячного аванса в счет денежного довольствия в размере пяти швейцарских франков вместо вось-

¹ ТРИУ, aff. IT-01-42-T, *Strugar*, 31 janvier 2005, §§ 59–60.

² *Ibid.*, ср.: решение большинства, п. 427, и особые несоответствующие мнения судей Бенуны и Стефена, п. 60.

ми, полагающихся военнопленному в звании ниже сержанта (ст. 60 Женевской конвенции III), являются нарушениями права войны, но не рассматриваются как военные преступления...

4.236. В любом случае, как мы уже говорили (см. выше, п. 4.126), хотя некоторые нарушения права вооруженных конфликтов не считаются военными преступлениями в международном праве, это не препятствует тому, чтобы государства рассматривали их как таковые в своем внутреннем праве или преследовали лиц, совершивших такие нарушения, на основании соответствующих определений внутреннего права¹. Кстати, так и происходило до того, как Женевские конвенции кодифицировали криминализацию нарушений права вооруженных конфликтов. Так, в 1942 г. на основании ст. 1 Гаагского положения Верховный суд США квалифицировал как «военные преступления» шпионские и диверсионные действия, совершенные на территории США немецкими военнослужащими, переодетыми в гражданское платье, но *приговор* в отношении совершивших их лиц был вынесен на основании Rules of Land Warfare (Правил ведения сухопутной войны) 1940 г., то есть внутреннего американского устава².

Однако ст. 1 Гаагского положения ограничивается тем, что определяет круг лиц, которым разрешается участвовать в военных действиях (личный состав вооруженных сил, участники движений сопротивления, отличающие себя от гражданского населения), и не касается «военных преступлений»: это понятие и связанное с ним пресечение появляются только в вышеупомянутом американском уставе.

4.237. После Второй мировой войны в Бельгии пресечение нарушений права войны предпринимается в соответствии с законом от 20 июня 1947 г. исключительно на основе уже существовавших в бельгийском Уголовном кодексе положений о признании деяний преступными (см. выше, пп. 4.210 и 4.212). Таким образом, из понятия «военные преступления» были выведены действия, не предусмотренные нашим (бельгийским) уголовным кодексом (например, использование пуль «дум-дум»)³. Кроме того, делались высказывания, согласно которым отдельные нарушения, менее серьезные, чем те, что обычно понимаются под военными преступлениями, не должны повлечь уголовного преследования. По этому поводу приводился случай, когда руководитель немецкого предприятия отхлестал по щекам бельгийцев, вынужденных работать под его началом⁴.

В ст. 1 бельгийского закона 1993/1999 г. (см. ниже, п. 4.384) говорится, что предусмотренные в ней составы преступлений применяются

¹ В том же смысле: FERNANDEZ FLORES, «La répression des infractions individuelles au droit de la guerre», *RICR*, 1991, p. 282.

² *Ex parte Quirin et al.*, U.S. Supr. Crt., 31 July and 29 Oct. 1942, *A. D.*, 10, pp. 572–573.

³ *D. P.*, Chambre, S. O., 1946–1947, n° 311, Rapport de M. Somerhausen, p. 3; см. также: *D. P.*, Sénat, S. O., 1946–1947, n° 113, Rapport de H. Rolin, p. 3.

⁴ *D. P.*, Chambre, *loc. cit.*, p. 5.

«без ущерба для положений уголовного права, применимых к нарушениям других конвенций, упомянутых в настоящем законе»¹.

Как указывается в тексте мотивировок, пресечение серьезных нарушений иных, нежели те, которые специально упоминаются в Женевских конвенциях и Дополнительном протоколе I,

«может все же быть обеспечено только с помощью «обычного» внутреннего уголовного права, ибо действия, содержащие состав международных преступлений, могут трактоваться и как общеуголовные преступления. Действительно, право вооруженных конфликтов определяет условия дозволенности актов войны, и если такой акт содержит состав преступления согласно внутреннему праву и не признается законным в рамках международного права, которое обладает приоритетом по отношению к внутреннему праву, данный акт подпадает под действие последнего: именно этот принцип проводится в жизнь законом от 20 июня 1947 г. о компетенции военных судов в сфере военных преступлений (M. V., 26–27 juin 1947)»².

Иными словами, если вооруженные силы государства, *не являющегося участником* Дополнительного протокола I, подвергли бы, например, бомбардировке гражданское население, это действие, хотя оно и *не признается преступным* Гаагскими конвенциями 1907 г. и Женевскими конвенциями 1949 г., все же явилось бы нарушением норм права войны, запрещающих нападения на гражданских лиц (Санкт-Петербургская декларация 1868 г., Гаагское положение 1907 г., ст. 25, Гаагская конвенция IX, ст. 1). На этом основании данное действие уже не смогло бы быть оправдано наличием ситуации вооруженного конфликта и снова стало уголовным преступлением, подпадающим под действие положений, которые пресекают убийство, нанесение телесных повреждений, уничтожение имущества и т. д. (Уголовный кодекс, ст. 392 и сл., 510 и сл.).

Разумеется, признание действий преступными в данном случае будет носить внутренний характер и не может быть возведено в ранг международного со всеми вытекающими отсюда последствиями в смысле универсального характера мер пресечения (см. ниже, п. 4.379 и сл.)³.

b) Составы преступлений с нефиксированным содержанием

4.238. Почти все положения о признании тех или иных действий преступными соответствуют абсолютным запретам, но есть и такие, что связаны с запретами относительными. Так обстоит дело с нападениями, от которых страдают гражданское население или гражданские объекты, и с нападениями на сооружения и установки, содержащие опасные силы, «когда известно», что они явятся причиной *чрезмерных* потерь жизни, ранений среди гражданских лиц или причинят ущерб гражданским объектам», — потерь, чрезмерных по отношению

¹ D. P., Sénat, 1317-1 (1990–1991), 30 avril 1991, p. 20.

² *Ibid.*, p. 6; см. выше, п. 4.120; см. также: DINSTEIN, Y., «The Distinction between Unlawful Combatants and War Criminals», *International Law at a Time of Perplexity (Mélanges Rosenne)*, Dordrecht, Nijhoff, 1989, pp. 204–205.

³ О последствиях этого различия см.: DINSTEIN, *loc. cit.*, pp. 111 ss.

к ожидаемому конкретному и прямому военному преимуществу (ст. 85, п. 3, b, c; см. также Устав Международного военного трибунала в Нюрнберге, ст. 6, b, in fine; Статут МУС, ст. 8, п. 2, b, iv) (*курсив автора*).

Естественно, такая градация заставляет задуматься о сфере применения подобных определений в отношении некоторых действий... Именно по этой причине в уже упоминавшемся выше бельгийском законе 1993/1999 г. (подробнее см. ниже, п. 4.384) сказано, что принцип соразмерности в любом случае не может служить оправданием для злоупотреблений, противоречащих оговорке Мартенса. Иными словами, ни при каких обстоятельствах нельзя оправдать ущерб, причиненный гражданским лицам и их имуществу, который

«даже будучи соразмерным с ожидаемым военным преимуществом, противоречил бы принципам международного права, как они вытекают из установившихся обычаев, принципов человечности и требований общественного сознания (ст. 1, пп. 12–13)¹.

III. ПРЕСТУПЛЕНИЯ ПРОТИВ ЧЕЛОВЕЧНОСТИ

А. Понятие и истоки преступлений против человечности

4.239. Изначально словосочетание «преступления против человечности» употреблялось для обозначения некоторых тяжких насильственных действий, совершаемых в широких масштабах людьми, независимо от того, являются ли они представителями государства, в ущерб другим людям, как правило, преимущественно в политических, идеологических, расовых, национальных, этнических или религиозных целях².

Впоследствии дискриминационные мотивы были исключены из элементов составов преступлений практикой Международных уголовных трибуналов и Статутом МУС (см. ниже, п. 4.273).

4.240. Эта криминализация появилась в результате злодеяний нацистской Германии во время Второй мировой войны. Она было призвана восполнить то, что воспринималось как своего рода пробел в международном праве того времени: отсутствие криминализации действий, совершаемых государством в отношении своего собственного населения. Техническое понятие «военные преступления» ограничивалось тогда серьезными нарушениями права войны, совершенными гражданами одного государства в отношении граждан другого

¹ Ср.: VERHAEGEN, J., «Une interprétation inacceptable du principe de proportionnalité», *RDPM*, 1982, pp. 329 ss.

² О понятии «преступления против человечности» см., например: BASSIOUNI, Ch., *Crimes against Humanity in International Criminal Law*, Dordrecht, Nijhoff, 1992, spéc., pp. 288–338; ВЕТТАТ, М., «Le crime contre l'humanité», in *Droit international pénal*, dir. par H. Ascensio, E. Decaux et A. Pellet, Paris, Pédone, 2000, pp. 293–317; ЗАКР, Н., «Approche analytique du crime contre l'humanité en droit international», *RGDIP*, 2001, pp. 281–306; YUROVICS, Y., *Réflexions sur la spécificité du crime contre l'humanité*, Paris, LGDJ, 2002, Tome 116, 519 p.; en droit français, см.: ZOLLER, E., «La définition des crimes contre l'humanité», *JDJ*, 1993, pp. 549–568.

государства в рамках конфликтных отношений между этими государствами. Преступления, совершенные нацистской Германией против своих граждан, по-видимому, не могли рассматриваться как преступления по международному праву¹. Именно для того, чтобы сделать возможным пресечение таких преступлений в международном плане, данная криминализация была вписана в ст. 6, с, Устава Международного военного трибунала в Нюрнберге и применена последним уже в приговоре от 30 сентября — 1 октября 1946 г., равно как и судебными инстанциями союзных держав в процессах по делам военных преступников, которые проходили с 1945 г.²

4.241. С историко-юридической точки зрения отметим, что эта криминализация была создана *ex post facto* и специально для случая Второй мировой войны. В связи с этим возникает вопрос: не обладает ли она обратной силой (1) и переживет ли она события, которые ее вызвали к жизни (2)?

1. Криминализация с обратной силой?

4.242. На первый взгляд, преступление против человечности представляет собой новую криминализацию, хотя геноцид, устроенный нацистами, не был первым в истории. Правда и то, что по своим формам и своей систематичности он, несомненно, стал явлением настолько непредставимым, что до этого просто никому не приходило в голову возвести такие чудовищные злодеяния в ранг международного правонарушения. Как писал Ш. Бассиуни:

«Факты были настолько ужасны, что право, несмотря на всю свою предусмотрительность, просто не могло предвидеть такое. Но нельзя сказать, что в этом случае не действовало никакое право. Просто для него не было выработано конкретное позитивное право. Да и как могло быть иначе? Никакое право не может заранее подстроиться под абсурд, гротеск и бесчеловечность»³.

Международный военный трибунал не считал необходимым доказывать отсутствие обратной силы у этой остававшейся беспрецедентной криминализации, основываясь строго на прочтении ст. 6, с, *in fine*.

Констатировав, что данное положение криминализует преступления против человечности только в той мере, в какой они «были совершены вследствие любого преступления, подсудного Трибуналу, или в связи с ним», Трибунал ограничил свою юрисдикцию преступлениями, совершенными после 1 сентября 1939 г., то есть после вторжения в Польшу, которое составило преступление против мира. Трибунал высказался следующим образом:

«Однако для того, чтобы составить преступления против человечности, нужно, чтобы деяния такого рода, совершенные до войны, выступали как осуществление заговора или согласованного

¹ GRYNFOGEL, C., «Le concept de crime contre l'humanité», *RDPC*, 1993, p. 16; TPIY, aff. IT-94-1-T, *Tadic*, 7 mai 1997, § 619.

² См. ссылки: DAVID, «L'actualité...», *loc. cit.*, p. 117.

³ BASSIOUNI, *op. cit.*, p. IX.

плана с целью развязывания и ведения в будущем агрессивной войны. Необходимо, по крайней мере, чтобы они были связаны с таким заговором или планом. При этом Трибунал счел наличие такой связи недоказанной, какими бы отвратительными и ужасными ни представлялись иногда соответствующие действия. Поэтому Трибунал не может заключить в принципиальном плане, что эти действия, вменяемые в вину нацизму, которые были совершены до 1 сентября 1939 г., составляют по смыслу Устава преступления против человечности.

Зато после открытия военных действий в широких масштабах совершались действия, которые по своему характеру одновременно составляли военные преступления и преступления против человечности. Другие деяния, также имевшие место после начала войны и отраженные в обвинительном заключении, не являются, строго говоря, военными преступлениями. Однако тот факт, что они были совершены вследствие агрессивной войны или в связи с ней, позволяет усматривать в них преступления против человечности»¹.

Иными словами, Трибунал не пытается выяснить, были ли соответствующие действия криминализованы до их совершения. Ему достаточно было установить, что Устав криминализует их в силу смежности с другими правонарушениями, поименованными в Уставе², а именно с преступлениями против мира и военными преступлениями³.

4.243. Означает ли это, что данная криминализация была абсолютно новой? По-видимому, нет. Как подчеркивает один автор, данное понятие появилось в материалах комиссии, учрежденной Международной конференцией, созванной в январе 1919 г. для подготовки и заключения мирных договоров. По мнению этой комиссии, Первую мировую войну

«вели центральные империи и их союзники, Турция и Болгария, варварскими и незаконными методами в нарушение существующих законов и обычаев войны и элементарных законов гуманности»

и потому каждый гражданин неприятельских держав,

«виновный в нарушении законов и обычаев войны или законов человечности» (курсив автора),

подлежит уголовному преследованию. Соответствующие действия включали в себя убийство, массовые убийства, систематический терроризм, пытки, преследование меньшинств по расовому признаку. В то время американские члены комиссии, согласившись с этими выводами, сделали оговорки относительно «законов человечности»⁴.

Как бы там ни было, понятие преступления против человечности неявным образом присутствует в ст. 230 Севрского договора от 10 августа 1919 г., который обязывал Турцию

¹ Procès, doc. off., vol. 1, p. 268.

² Критику этой аргументации см.: DAVID, «L'actualité...», loc. cit., pp. 100 ss.

³ Именно с целью избежать обвинения во вмешательстве во внутренние дела государства составители Устава ввели условие смежности для применения криминализации, Lomvois, op. cit., § 148, p. 148.

⁴ Цит. по: BRAND, J. T., «Crimes against Humanity and the Nürnberg Trials», Oregon L. R., 1949, p. 110; см. также: BASSIOUNI, op. cit., p. 24.

«передать союзным державам лиц, выдачи которых они требуют, считая их ответственными за массовые убийства, в период существования состояния войны совершенные на любой территории, которая по состоянию на 1 августа 1914 г. входила в состав Оттоманской империи»¹.

Этот договор так и не вступил в силу. Однако не вызывает сомнения то, что даже если нацистское право допускало такого рода действия, речь все равно шла об общеуголовных преступлениях, наказуемых в любом государстве, и универсальный характер их осуждения во внутреннем праве дает основания утверждать, что речь идет об одном из общих принципов права (по смыслу ст. 28, п. 1, Статута Постоянной палаты международного правосудия и Статута Международного суда), применимых ко всем государствам, в том числе и к нацистской Германии.

Кстати, не пикантно ли, что адвокат Геринга в Нюрнберге представил официальный немецкий документ, озаглавленный «Большевистские преступления против законов войны и человечности»²? Это ли не доказательство того, что и германское право осуждало действия, эквивалентные преступлениям против человечности?

4.244. Судьи Нюрнбергского трибунала могли бы в международном плане сослаться также и на оговорку Мартенса, в которой как раз говорится о «законах человечности» (см. выше, п. 3.1).

Правда и то, что Комиссия Объединенных Наций по расследованию военных преступлений, учрежденная в Лондоне 20 октября 1943 г., констатировала, что оговорка Мартенса не позволяет охватить все категории преступлений, совершенных во время Второй мировой войны, поскольку эта оговорка касается только конфликтных отношений между воюющими, а не отношений воюющего государства со своими гражданами. Именно для того, чтобы охватить преступления, исполнители и жертвы которых имели одно и то же гражданство, Комиссия предложила создать новое понятие — «преступления против человечности»³. Иными словами, по мнению Комиссии оговорка Мартенса не может служить «прецедентом» для преступлений против человечности.

При этом противоположная аргументация была использована 4 мая 1948 г. Специальным уголовным судом Гааги в деле Раутера. Ссылаясь на преамбулу к уже упоминавшемуся Гаагскому положению и на оговорку Мартенса, Суд заявил, что было бы неправильно считать новым понятием «преступление против человечности», предусмотренное нидерландским законом (ст. 27А чрезвычайного декрета-закона от 22 декабря 1943 г. с поправками, внесенными законом от 10 июля 1947 г.)⁴, поскольку

¹ DE MARTENS, *Recueil général des traités*, 99, 3^e série, 12, 1924, p. 720; LOMBOIS, *op. cit.*, § 148, p. 163; BASSIOUNI, *op. cit.*, pp. 174–175.

² BRAND, *loc. cit.*, p. 110.

³ Цит. по: ТИАМ, D. in *Rapport CDI*, 1989, doc. ONU, A/44/10, p. 146 § 144; BASSIOUNI, *op. cit.*, p. 25.

⁴ L.R.T.W.C., *loc. cit.*, XI, pp. 86 ss.

«оно охвачено указанной преамбулой, касающейся законов человечности»¹.

Аналогичным образом в деле Эйхмана Верховный суд Израиля обосновывает существование преступлений против человечности в международном позитивном праве тем фактом, что

«можно провести прямую линию к включению преступлений, упомянутых в приводившейся выше формулировке Гаагской конвенции IV 1907 г., где говорится о «законах человечности» и «велениях общественной совести»².

Иными словами, даже если само по себе понятие «преступление против человечности» было новым, оно могло опираться на прецедент Севрского соглашения 1920 г., равно как и на общие принципы международного права, о которых говорится в оговорке Мартенса. Поэтому точнее будет сказать, что речь идет о *частичном* новшестве и что этот отчасти новый характер криминализации не помешал ее применению Международным военным трибуналом.

4.245. Некоторые трибуналы союзников без колебаний заключили, что криминализация преступлений против человечности не обладает обратной силой ввиду того, что речь идет просто об убийствах:

«Конечно, ни один человек, обладающий хотя бы малой толикой здравого смысла, не сможет утверждать, что в законе об убийстве есть хоть какой-то элемент *ex post facto* (...) Ведь нельзя же сказать, что до принятия закона Контрольного совета № 10 не было закона против убийства. Убийство человека всегда было потенциальным преступлением, и ответственное за него лицо было обязано давать разъяснения»³.

Что касается отсутствия судебных инстанций, компетентных рассматривать дела о таких деяниях, в том же обвинительном заключении содержался ответ: никто никогда не учреждал заранее и суды для рассмотрения дел о пиратстве или военных преступлениях, что не мешало пресечению в судебном порядке подобных действий⁴.

Все это показывает, что был какой-то сюрреализм в том, чтобы уже в 1945 г. утверждать, что криминализация преступлений против человечности было наделена обратной силой! С тех пор эта криминализация вошла в международное

¹ Netherland Special crt. of Cass., 12 janvier 1949, *Ann. Dig.*, XVI, 542; тот же отрывок в слегка измененной редакции см.: *L.R.T.W.C.*, XIV, p. 120. Отметим, что в Бельгии оговорка Мартенса явным или неявным образом упоминалась судами для обоснования незаконности в свете законов и обычаев войны

— убийства заключенного, совершившего побег, «но который в силу имеющихся обстоятельств обязательно должен был снова оказаться в руках охранников», цит. по: Cass. b., 4 juillet 1949, *RDPC*, 1948–1949, p. 994;
— пыток и жестокого обращения, C. G. Bruxelles, 8 février 1950, *RDPC*, 1949–1950, p. 566; Cass. b., 27 novembre 1950, *RDPC*, 1950–1951, p. 654.

² *Eichmann Case*, Supreme Court of Israël, May 29, 1962, *ILR*, 36, 295; в том же смысле: ТРИУ, aff. IT-94-1-T, 7 mai 1997, *Tadic*, § 618; ср.: BASSIOUNTI, *op. cit.*, p. 166; см. также комментарии, касающиеся отказа Великобритании выдать США восставших рабов, которые захватили невольничье судно «*La Créole*» в 1841 г., цит. по: Edelman sous Cass. fr. Crim., 20 décembre 1985, *Barbie, JDI*, 1986, pp. 146–147.

³ Nur. U.S. Milit. Trib., 10 Apr. 1948, *Ohlendorff (Einsatzgruppen Trial)*, A. D., 1948, 658; «*Einsatzgruppen*» были полувосставшими формированиями от 500 до 800 человек, которые находились на службе СС, СА и гестапо: *ibid.*, 656.

⁴ *Ibid.*, p. 658.

право, хотя она и не присутствует во внутренних законодательствах всех государств. В этих условиях нет нарушения принципа *nullum crimen, nulla poena sine lege*, если государство сегодня включает указанную криминализацию в свое внутреннее законодательство и собирается применить ее к деяниям, совершенным ранее. Кстати, это вытекает из ст. 15, п. 2, Международного пакта о гражданских и политических правах и ст. 7, п. 2, Европейской конвенции о защите прав человека и основных свобод¹.

В сущности, обоснованием, которое лежит в основе этих прецедентов и развернутой аргументации, является *тяжесть* преступления против человечности.

2. Криминализация, зависящая от обстоятельств?

4.246. Эта криминализация не осталась, так сказать, пылиться в музейных запасниках. Она вошла не только в Устав Нюрнбергского военного трибунала (ст. 6, с), но и фигурирует в целом ряде международных договоров с различным содержанием, различным объемом действия и различной сферой применения. Вот эти документы, представленные в хронологическом порядке:

- закон № 10, принятый Контрольным советом союзников в Германии в 1945 г., ст. II, п. 1, с²;
- Устав Международного военного трибунала в Токио, ст. 5, с.
- Конвенция ООН от 9 декабря 1948 г. о предупреждении преступления геноцида и наказании за него³;
- Декларация Генеральной Ассамблеи ООН о запрещении применения ядерного и термоядерного оружия, ст. 1, d⁴;
- Конвенция ООН от 26 ноября 1968 г. о неприменимости срока давности к военным преступлениям и преступлениям против человечности⁵;
- Европейская конвенция от 25 января 1974 г. о неприменимости срока давности к преступлениям против человечности и военным преступлениям⁶;
- Конвенция ООН от 30 ноября 1973 г. о пресечении преступления апартеида и наказании за него, ст. 1;

¹ См. канадский закон от 16 сентября 1987 г. о военных преступлениях и преступлениях против человечности (code criminel, art. 7, § 1.91 ss.); DESCHENES, J. (Гон.), *Commission d'enquête sur les crimes de guerre, Rapport, 1^e partie*, Ottawa, 1986, pp. 136–142; aff. *Barbie*, Cass. fr. 26 janvier 1984, *JDI*, 1984, p. 314, note Edelman.

² Опубликовано: *L.R.T.W.C.*, XV, p. 41.

³ Опубликовано: *RTNU*, 78, p. 277; *M.B.*, 11 janvier 1952; среди исследований на эту тему см.: ВЕРНОЕВЕН, J., «Le crime de génocide. Originalité et ambiguïté», *RBDI*, 1991, pp. 5–26; SHAW, M.N., «Genocide and International Law», *Essays in Honour of S. Rosenne*, Dordrecht, Nijhoff-Kluwer, 1989, pp. 787–820; *Génocide (s)*, actes du colloque du réseau Vitoria, s/la dir. de K. Boustany et D. Dormoy, 1–3 décembre 1998, Bruxelles, Bruylant, 1999, 518 p.; SHABAS, W., *Genocide in International Law. The Crime of Crimes*, Cambridge Univ. pr., 2000, 624 p.; *id.*, «Le génocide» in *Droit international pénal*, dir. par H. ASCENSIO, E. DECAUX et A. PELLET, Paris, Pédone, 2000, pp.319–332; YUROVICS, Y., «Le génocide: un crime à la croisée des ordres juridiques internes et international», in *Les processus d'internationalisation*, dir. par M. DELMAS-MARTY, Paris, Editions de la Maison des sciences de l'Homme, 2001, pp. 179–187.

⁴ Рез. ГА ООН A/Res. 1653 (XVI), 24 ноября 1961 г. (55-20-26).

⁵ Опубликовано: *RTNU*, в1015, p. 243.

⁶ Опубликовано: *Séries de traités européens*, n° 82.

- Уставы: МТБЮ, ст. 4–5, и МУТР, ст. 2–3;
- Декларация ООН о защите всех лиц от насильственных исчезновений (преамбула, мотивировка 4)¹;
- Статут МУС, ст. 7.

К этим текстам следует добавить Проекты кодекса преступлений против мира и безопасности человечества, разработанные Комиссией международного права в 1954 г., 1991 г. и 1996 г., выдающуюся доктринальную ценность которых мы подчеркивали выше.

4.247. Преступление против человечности — прежде всего договорная криминализация, поскольку эта категория присутствует в Уставе Международного военного трибунала в Нюрнберге, приложенном к Лондонскому соглашению от 8 августа 1945 г.

Это соглашение привязано к конкретным обстоятельствам. Составы преступлений, включенные в Устав и примененные Международным военным трибуналом в Нюрнберге, приобрели обычный характер и утратили связь с контекстом Второй мировой войны. Это, в первую очередь, относится к преступлению против мира и преступлению против человечности — военное же преступление существовало уже давно (см. выше, п. 4.98 и сл., 4.211 и сл.). Впоследствии они были включены и в другие договоры².

Что касается более конкретно преступления против человечности, Генеральная Ассамблея ООН уже в 1950 г. в своих трудах по формулированию принципов Нюрнберга подтвердила обычный характер этой криминализации и его независимость от контекста Второй мировой войны³.

МТБЮ подтвердил, что криминализация преступлений против человечности относится к обычному международному праву⁴.

4.248. Конвенция о геноциде явным образом не квалифицирует геноцид как «преступление против человечности». Это сделано намеренно. Необходимо было избежать ограниченного толкования этого понятия, которое приводится в ст. 6, с, Устава Международного военного трибунала в Нюрнберге⁵ и, как мы видели ранее (подробнее см. ниже, п. 251), изначально касалось только преступлений против человечности, связанных исключительно со Второй мировой войной, то есть совершенных с 1 сентября 1939 г.

¹ Рез. ГА ООН A/Res. 47/133, 18 декабря 1992 г. (принята без голосования).

² О преступлении против мира см. резолюции ГА ООН о дружественных отношениях: A/Res. 2625 (XXV), 24 октября 1970 г., 1-й принцип, 2-й абзац — и определение агрессии: A/Res. 3314 (XXIX), 14 декабря 1974 г., ст. 5; о преступлении против человечности см. выше, п. 4.193.

³ См. рез. ГА ООН A/Res.: 95 (I), 11 декабря 1946 г.; 177 (II), 21 ноября 1947 и 488 (V), 12 декабря 1950 г., а также дебаты об этой резолюции: DAVID, *Eléments ...*, *op. cit.*, §§ 16.6.76 ss.

⁴ ТРИУ, aff. IT-94-1-T, 7 mai 1997, *Tadic*, §§ 622–623.

⁵ Doc. Off. ONU, A. G., 3^e session, 1^{re} partie, 6^e Comm., P. V., 63^e séance, 30 septembre 1948, p. 6; 67^e séance, 5 octobre 1948, p. 43.

Сегодня, когда понятие преступления против человечности отделилось от контекста, в котором оно сформировалось, можно, не совершая никакого насилия над правом, отнести геноцид к разряду преступлений против человечности. Кстати, показательно, что государства без колебаний квалифицировали апартеид как преступление против человечности (Конвенция 1973 г., ст. 1), хотя апартеид имеет мало общего с преступлениями против человечности, криминализованными в ст. 6, с, Устава Нюрнбергского трибунала. Не так давно Конференция ООН по проблемам расизма и ксенофобии квалифицировала апартеид и геноцид как «преступления против человечности в свете международного права»¹.

*
* * *

4.249. Далее мы рассмотрим сферу применения, содержание и объем криминализации, не вдаваясь при этом в детали ввиду ограниченного объема данной книги.

В. Сфера применения

1. Сфера применения *ratione contextus*

4.250. При беглом прочтении ст. 6, с, Устава Международного военного трибунала в Нюрнберге может создаться впечатление, что преступление против человечности не зависит от существования войны. В действительности же конец статьи показывает, что преступление против человечности рассматривалось исключительно в связи со ст. 6, а, криминализующей развязывание агрессии и подготовку последней.

Обвинительное заключение Нюрнбергского трибунала не оставляет никаких сомнений на этот счет: даже если действия, соответствующие преступлениям против человечности, и были совершены до открытия военных действий, не доказано, что они имели место в рамках агрессивной войны. Однако поскольку Устав криминализовал только действия, совершенные в связи с подготовкой, развязыванием и ведением Второй мировой войны (ст. 6, с)² (см. выше, п. 4.242), только эти деяния могли стать объектом преследования. Юрисдикция Трибунала не распространялась на деяния, совершенные до открытия военных действий.

4.251. Эта ограниченная криминализация подвергалась резкой критике. Говорить, что преступления против человечности не существовали в мирное время, то есть до 1 сентября 1939 г. — дня, когда Германия начала военные действия против Польши, все равно что

¹ Déclaration de Durban, 31 août — 8 sept. 2001, § 15, in *DAI*, 2002, p. 283.

² Jugement du TMI de Nuremberg, *loc. cit.*, pp. 267–268.

«утверждать, что миллионы людей должны покорно принимать бесправие, рабство и смерть, на которые в мирное время их обрекают «на законных основаниях» суверенные власти. Говорить жертвам: «Вот начнется война, и уж тогда за вас отомстят», значит занять позицию, характеризующуюся одновременно лицемерием и бессилием, эгоизмом и невежеством»¹.

В самом деле, это ограничение *ratione temporis* не присутствует в ст. II, п. 1, с. Закона № 10, принятого Контрольным советом союзников в Германии, и хотя иногда случалось, что американские трибуналы все же продолжали учитывать это ограничение², в других делах они его игнорировали³.

В деле Эйхмана окружной суд Иерусалима также высказался за то, чтобы понятие преступления против человечности не связывалось во времени с периодом войны⁴.

Устав МТБЮ ограничивает преступления против человечности только действиями, «совершенными в ходе вооруженных конфликтов, будь то международного или внутреннего характера» (ст. 5). Однако это ограничение, несомненно, объясняется тем, что данное судебное учреждение, созданное в силу существующих обстоятельств, призвано судить лиц, совершивших серьезные нарушения международного гуманитарного права с 1991 г. во время происходивших в Югославии конфликтов.

В ст. 3 Устава МУТР больше не говорится о внутреннем или международном вооруженном конфликте, в ней речь, скорее, идет о преступлениях,

«когда они совершаются в рамках широкомасштабного или систематического нападения на гражданское население по национальным, политическим, этническим, расовым или религиозным мотивам».

При рассмотрении дела Тадича Апелляционная камера МТБЮ заявила:

«В настоящее время одним из установившихся правил обычного международного права является то, что преступления против человечности не требуют увязки с международным вооруженным конфликтом»⁵.

¹ GANSHOF VAN DER MEERSCH, *loc. cit.*, p. 83; см. также: GREEN, *loc. cit.* p. 15; SCHWELB, «Crimes against Humanity», *BYBIL*, 1946, pp. 205–212.

² В деле Флика американский военный трибунал в Нюрнберге заявил в своем обвинительном приговоре от 22 декабря 1947 г.: «Не выраженная явным образом цель всего этого уставного законодательства состоит в том, чтобы обеспечить наказание за преступления, совершенные во время войны и в связи с войной... Преступления, совершенные до войны, и, следовательно, с ней не связанные, не рассматривались», *L.R.T.W.C.*, IX, p. 25–26.

³ *Weizsaecker case, id.*, 14 April 1949, *Ann. Dig.*, 16, 357. *Justice case, id.*, 4 Déc. 1947, *ibid.* 14, 284–285; *Ohlendorf case, id.* 10 Apr. 1948, *ibid.*, 15, 664, где Трибунал высказался следующим образом: «Контрольный совет союзников в своем Законе № 10 устранил это ограничение, так как настоящий Трибунал компетентен судить за все преступления против человечности, как они определяются и понимаются в свете общих принципов уголовного права. Поскольку это право не ограничено преступлениями, совершенными во время войны, оно не ограничено и гражданством обвиняемых или жертв, а также местом их совершения» (*курсив автора*).

⁴ *Eichmann case*, Jerusalem District Ct., 12 Dec. 1961, *ibid.*, 36, p. 49.

⁵ ТРИУ, App., 2 octobre 1995, *Tadic*, p. 76, § 141.

4.252. Таким образом, можно утверждать, что это понятие претерпело некоторую эволюцию и не ограничивается только действиями, совершенными в военное время¹. Мы видели, почему это ограничение было введено в Устав и обвинительный приговор Нюрнбергского трибунала (см. выше, п. 4.242).

Кстати, ни Конвенция о геноциде, ни Конвенция об апартеиде, ни Декларации Генеральной Ассамблеи ООН о ядерном оружии и о насильственных исчезновениях, ни Проекты кодекса преступлений против мира и безопасности человечества Комиссии международного права 1954 г., 1991 г. и 1996 г. не рассматривают состояние войны как элемент признания деяний преступными².

Статут МУС, не возвращаясь в строгом смысле к требованию наличия состояния войны, уточняет все же, что преступление против человечности, чтобы быть подсудным МУС, должно быть совершено

«в рамках широкомасштабного или систематического нападения на любых гражданских лиц» (ст. 7, п. 1).

«Нападение» имеет место, когда население многократно подвергается серьезным актам насилия³

«в целях проведения политики государства или организации, направленной на совершение такого нападения, или в целях содействия такой политике» (ст. 7, п. 2, а).

Таким образом, для того чтобы Международный уголовный суд мог рассматривать дела о преступлениях против человечности, требуется если и не состояние войны, то, по крайней мере, общая ситуация беспорядков и напряженности, характеризующаяся серьезными и многочисленными нарушениями прав человека, совершаемыми в организованном и согласованном порядке.

4.253. Понятие «широкомасштабного и систематического нападения на гражданских лиц» не означает, что должен наличествовать вооруженный конфликт *stricto sensu* (см. выше, п. 1.50 и сл.). МУТР неоднократно заключал, что обвиняемые могли быть уличены в преступлениях против человечности, поскольку совершенные ими действия вписывались в рамки широкомасштабного нападения на гражданских лиц, но не в нарушении ст. 3, общей, или Дополнительного протокола II, поскольку данные факты не были связаны — по мнению МУТР — с вооруженным конфликтом, в котором руандийские вооруженные силы противостояли повстанцам Руандийского патриотического фронта (*Front patriotique rwandais*)⁴. Это заключение представляется спорным (см. выше, п. 4.124), но в теоретическом

¹ ROBERGE, M.-C., «Compétence des Tribunaux *ad hoc* pour l'ex-Yougoslavie et le Rwanda concernant les crimes contre l'humanité et le crime de génocide», *RICR*, 1997, p. 705.

² *Rapport de la CDI*, 1954, art. 2 § 11, p. 12; *ibid.*, 1986, art. 12, pp. 114–116; *ibid.*, 1991, art. 19–21, pp. 268–269, 284–293; *ibid.*, 1996, art. 18, pp. 114 ss., spéc. p. 117; ТПИУ, aff. IT-94-1-T, 7 mai 1997, *Tadic*, §§ 626–627; о случае геноцида, CIJ, arrêt du 11 juillet 1996, *Rec.*, 1996, p. 615, § 31.

³ Ср.: ТПИУ, Aff. IT-96-23 et 23/1-T, *Kunarac et al.*, 22 févr. 2001, § 416.

⁴ ТПИР, Chbre. II, aff. ICTR-95-1-T, *Kayishema et Ruzindana*, 21 mai 1999, §§ 598–623; *id.*, Chbre. I, aff. ICTR-96-3-T, *Rutaganda*, 6 déc. 1999, §§ 442–443; *contra*, Suisse, Tribunal Militaire division 2, *Niyonteze*, 30 avril 1999, p. 125 (inédit).

плане широкомасштабное и систематическое нападение на гражданских лиц представимо и без наличия вооруженного конфликта: именно так обстояло дело для евреев в Германии в 1933 г. и такая же ситуация возникла 1 сентября 1939 г., когда Германия осуществила агрессию против Польши¹.

Данное понятие может охватывать и собственно вооруженные нападения: так, бомбардировку Загреба сербскими силами Хорватии (2–3 мая 1995 г.) одна из Камер МТБЮ квалифицировала как военное преступление и как «преступление против человечности»².

2. Сфера применения *ratione personae*

4.254. К исполнителям преступлений против человечности также можно отнести то, что было сказано по поводу военных преступлений, в том числе замечания, касающиеся лиц, не принимавших непосредственного участия в их совершении, поскольку эти замечания были сформулированы на основе решений, имевших отношение и к преследованию за преступления против человечности (см. выше, п. 4.77 и сл.).

4.255. Как и в случае военных преступлений, непосредственными исполнителями могут быть лишь физические лица (без ущерба для возможности привлекать к уголовной ответственности юридических лиц, предусмотренной некоторыми уголовными кодексами (см. выше, п. 4.66)). Их статус представителей государства или частных лиц не имеет особого значения, поскольку большинство преступлений против человечности может вменяться в вину и тем, и другим. Если Устав Международного военного трибунала в Нюрнберге ограничивал его компетенцию только лицами, «действующими от имени европейских стран оси», то Устав Международного военного трибунала в Токио ограничений такого рода не содержал. Аналогичным образом Конвенции о геноциде (ст. IV) и об апартеиде (ст. 3), а также Декларация о насильственных исчезновениях применяются к *любому* лицу, будь то представитель властей или частное лицо.

По тому же пути пошла Комиссия международного права: «любое лицо» может быть признано виновным в геноциде и преступлении против человечности (ст. 2, 17–18)³. Статут МУС явным образом признает, что преступление против человечности может быть вменено представителям государства, равно как и представителям «организации» (ст. 7, п. 2, а, i), а ст. 25 Статута закрепляет индивидуальную уголовную ответственность «лица, которое совершило преступление, подпадающее под юрисдикцию Суда...»⁴. В Декларации же о ядерном оружии в качестве возможных исполнителей преступлений рассматриваются только государства...

¹ Ср.: TMI Nuremberg, *Procès, doc. Off.*, pp. 267–268.

² TPIY, aff. IT-95-11-T, *Martic*, 12 juin 2007, § 469.

³ *Rapport CDI*, 1996, pp. 38, 110 et 116; voy. aussi *ibid.*, 1991, pp. 284 et 290; также: TPIY, aff. IT-94-1-T, 7 mai 1997, *Tadic*, § 655.

⁴ Ср. также: TPIY, Chbre. I, aff. IT-95-14-T, *Blaskic*, 3 mars 2000, § 205.

4.256. Что касается жертв, в отличие от военных преступлений (см. выше, пп. 4.121/2) преступление против человечности не ограничено действиями, совершенными против лиц, не связанных долгом верности с исполнителями преступления: преступление имеет место независимо от гражданства или иных отношений, которые могут существовать между исполнителем и жертвой¹ (см. выше, п. 4.239). Поскольку преступление против человечности подразумевает нападение на гражданское население, жертва, в принципе, должна быть гражданским лицом. Однако если в ходе такого нападения пострадавшими оказываются военнослужащие, характер преступления от этого не меняется². В этом плане военнослужащие, выведенные из строя или не участвующие в боевых действиях, рассматриваются как гражданские лица³. В случае сомнений относительно статуса жертвы последняя должна считаться гражданским лицом⁴:

«Бесчеловечные действия», проходящие по разряду преступлений против человечности, должны быть совершены в отношении живых людей⁵.

4.257. Спорным остается вопрос, можно ли считать преступлениями против человечности посягательства на имущество. В некоторых судебных решениях в качестве таких преступлений рассматриваются действия, направленные исключительно против личности: так, в деле Флика (американский военный трибунал в Нюрнберге заявил следующее:

«Зверства и преступления», перечисленные там (в Законе № 10 Контрольного совета союзников от 20 декабря 1945 г., где преступление против человечности определялось так же, как в ст. 6, с. Устава Международного военного трибунала в Нюрнберге, за исключением того, о чем было сказано выше (см. выше, п. 4.251), «убийство», «уничтожение» и т. д. являются преступлениями против личности. Имущество не упоминается. В рамках доктрины *eiusdem generis* под такими универсальными словосочетаниями, как «и другие преследования», следует понимать только те, которые затрагивают жизнь и свободу угнетенных людей. Захват промышленной собственности, хотя и является незаконным, в эту категорию не входит»⁶.

Однако в деле Вайцзекера (von Weizsaecker) и других американский военный трибунал в Нюрнберге вынес обвинительный приговор Шверину фон Крозигу (Schwerin von Krosigk), бывшему министру финансов нацистской Германии, возложив на него ответственность за то, что в 1938–1939 гг. еврейская община в этой стране была оштрафована на сумму в миллиард марок; ему также вменили в вину массовую конфискацию имущества, принадлежавшего евреям в Германии и за границей. Поскольку в результате люди пострадали только потому, что были

¹ ТРИУ, aff. IT-94-1-T, 7 mai 1997, *Tadic*, § 619.

² *Ibid.*, §§ 640–643.

³ *Id.*, aff. IT-95-10-T, *Jelusic*, 14 déc. 1999, § 54; *id.*, aff. IT-95-14-T, *Blaskic*, 3 mars 2000, § 643; TPIR, aff. ICTR-96-4-T, *Ayakesu*, 2 sept. 1998, § 582; *id.*, aff. ICTR-95-1-T, *Kayishema*, 21 mai 1999, § 128.

⁴ ТРИУ, aff. IT-96-23 et 23/1-T, *Kunarac et al.*, 22 févr. 2001, § 435.

⁵ *Id.*, aff. IT-94-1-T, *Tadic*, 7 mai 1997, § 748.

⁶ Decision of 22 Dec. 1947, A. D., 1947, 274; в том же смысле, *id.*, 29 July 1948, *Krauch et al. (I. G. Farben trial)*, A. D., 1948, 671.

евреями, эти действия были приравнены к преследованиям по религиозным и расовым мотивам и квалифицировались как преступления против человечности, а именно:

«(...) действия по изъятию собственности, конфискованной у евреев, и распоряжению ею являются частью, причем — важной частью, того преследования, которому евреи подвергались в рейхе, и относятся к нарушениям международного права и соглашений и квалифицируются как преступления, указанные в п. 5 (преступления против человечности)»¹.

Тем не менее в своем особом мнении судья Пауэрс (Powers) заявил, что

«лишение евреев имущества не может рассматриваться как преступление против человечности, так как простое лишение людей их имущества не является подобным преступлением»².

И все же такое решение не было единственным³; вполне резонно видеть в грубых и систематических посягательствах на имущество, обусловленных причинами расового, религиозного или политического характера, формы «преследований», которые относятся к преступлениям против человечности.

По мнению одной из Камер МТБЮ, преднамеренные разрушения, разграбление, разорение религиозных и образовательных учреждений, совершенные в дискриминационных целях и в больших масштабах составляют преступления против человечности⁴.

С. Содержание определения состава преступления

1. Перечень преступлений против человечности

4.258. При сопоставлении текстов различных документов, признающих определенные действия в качестве «преступлений против человечности», можно заключить, что под это определение подпадают следующие действия:

— преднамеренное убийство (Нюрнберг, ст. 6, с; Уставы: МТБЮ, ст. 5, а; МУТР, ст. 3, а), умышленное убийство (Токио, ст. 5, с; Закон № 10, ст. II, п. 1, с; Проект кодекса преступлений против мира и безопасности человечества, ст. 18, а; Статут МУС, ст. 7, п. 1, а); если базовые элементы состава преступления убийства как преступления против человечности идентичны элементам убийства как военного преступления в части, касающейся самого факта (см. выше, п. 4.131)⁵, они все же отличаются друг от друга — как и другие факты, которые

¹ U.S. Mil. Trib. Nur., 11–13 April 1949, «Ministries trials», in *Trials of War Criminals before the Nuremberg Military Tribunals under Control Council Law n° 10*, vol. XIV, 1949, p. 678; см. также p. 676.

² *Ibid.*, p. 930.

³ C. d'App. de Fribourg en Brisgau, 4 août 1946, *Deutsche Rechts-Zeitschrift*, Tübingen, I, 1946, p. 93; TPIY, aff. IT-94-1-T, 7 mai 1997, *Tadic.*, §§ 705–710 et les réf.

⁴ TPIY, aff. IT-95-14/2-T, *Kordic et al.*, 26 févr. 2001, § 195, 205–207; также: *id.*, aff. IT-95-11-T, *Martic*, 12 juin 2007, § 378.

⁵ *Id.*, aff. 97-25-T, *Krnjelac*, 15 mars 2002, § 323.

ниже будут квалифицированы как преступления против человечности — контекстом их совершения: наличие широкомасштабного нападения на гражданское население в первом случае (см. ниже, п. 4.262 и сл.) и наличие вооруженного конфликта во втором случае (см. выше, п. 4.131). Уставы Международных уголовных трибуналов употребляют термин «предумышленное убийство» (*assassinat*) (МТБЮ, ст. 5, а; МУТР, ст. 3, а), однако некоторые Камеры МТБЮ сочли, что этот термин означает просто убийство, а не техническое понятие французского уголовного права (предумышленное убийство — *homicide avec préméditation*)¹. Другие высказывали мнение, что сомнительное толкование может оказаться выгодным для подсудимого и что соответствующее понятие следует толковать ограничительно², то есть ограничивая преступление предумышленным убийством. При этом само собой разумеется, что в случае преступлений против человечности не требуется, чтобы обвиняемый «заранее замыслил убийство того или иного лица»³ — достаточно того, чтобы у него было намерение убивать гражданских лиц в рамках широкомасштабного и систематического нападения по дискриминационным мотивам⁴ (по крайней мере, в конкретном случае Устава МУТР);

- истребление (Нюрнберг, ст. 6, с; Токио, ст. 5, с; Закон № 10, ст. II, п. 1, с; Уставы: МТБЮ, ст. 5, b, и МУТР, ст. 3, b; Проект кодекса преступлений против мира и безопасности человечества, ст. 18, b; Статут МУС, ст. 7, п. 1, b), а именно «широкомасштабное» убийство групп лиц⁵ или части гражданского населения⁶, независимо от этнической, расовой, религиозной или иной принадлежности⁷, причем не имеет значения, что некоторым лицам была сохранена жизнь⁸; отдельный случай убийства может быть квалифицирован как «истребление», если он имеет место в рамках массового убийства, и исполнитель это осознает⁹. Согласно другой концепции преступление истребления может быть вменено в вину только лицам, совершившим большое число убийств¹⁰. Однако какого-то определенного нижнего порога не существует: решать данный вопрос следует, исходя из конкретных обстоятельств и на основе здравого смысла¹¹, причем для каждого конкретного случая отдельно¹². Один из подсудимых был признан виновным в истреблении 486 официально опознанных

¹ TPIR, Chbre. I, aff. ICTR-96-4-T, *Akayesu*, 2 sept. 1998, § 588; TPIY, Chbre. I, aff. IT-95-14-T, *Blaskic*, 3 mars 2000, § 216.

² TPIR, aff. ICTR-97-20-T, *Semanza*, 15 mai 2003, § 335.

³ *Ibid.*, § 339.

⁴ *Ibid.*

⁵ TPIR, aff. ICTR-95-1 C-T, *Rutaganira*, 14 mars 2005, § 50.

⁶ *Id.*, aff. IT-98-33-T, *Krstic*, 2 août 2001, § 502.

⁷ *Ibid.*, §§ 495, 497 et 500.

⁸ *Ibid.*, § 500.

⁹ *Ibid.*, § 498; TPIR, aff. ICTR-95-1-T, *Kayishema et al.*, 21 mai 1999, § 147.

¹⁰ TPIY, aff. IT-98-32-T, *Vasiljevic*, 29 nov. 2002, § 227.

¹¹ TPIR, aff. TPIR-2001-64-T, *Gacumbitisi*, 17 juin 2004, § 309.

¹² TPIY, aff. IT-97-24-T, *Stakic*, 31 juillet 2003, § 640.

лиц¹. Апелляционная камера подтвердила, что истребление не обязательно означает, что должны быть тысячи жертв². Однако данная квалификация была отвергнута в отношении массовых убийств гражданских лиц сербскими силами в разных деревнях Краины в октябре–ноябре 1991 г.: Камера МТБЮ сочла, что даже в совокупности (185 гражданских лиц) эти убийства, совершенные в разное время и в разных местах, не отвечают требуемому критерию «широкомасштабности»³;

- порабощение (Нюрнберг, ст. 6, с; Токио, ст. 5, с; Уставы: МТБЮ, ст. 5, с, и МУТР, ст. 3, с; Закон № 10, ст. II, п. 1, с; Проект кодекса преступлений против мира и безопасности человечества, ст. 18, g; Статут МУС, ст. 7, п. 1, с), а именно «осуществление любого или всех правомочий, связанных с правом собственности в отношении личности»⁴, даже если с порабощенным лицом хорошо обращаются⁵;
- депортация (Нюрнберг, ст. 6, с; Токио, ст. 5, с; Закон № 10, ст. II, п. 1, с) или «незаконная депортация или перемещение населения, осуществляемое в произвольном порядке» (Проект кодекса преступлений против мира и безопасности человечества, ст. 18, g; Статут МУС, ст. 7, пп. 1, d, и 2, d), то есть насильственное перемещение лиц, подвергшихся выселению или иным принудительным действиям, из района, в котором они законно пребывают, в отсутствие оснований, допускаемых международным правом, на территорию, находящуюся под контролем другой стороны. Причем депортация имеет место независимо от того, идет ли речь о перемещении за границы, существующие *de facto*, или международно-признанные границы⁶, естественно, с учетом того, что подвижная линия фронта не образует границы *de facto* по смыслу ст. 49 Женевских конвенций⁷, и независимо от того, имело ли место реальное применение силы или угроза силой⁸ либо просто существовала атмосфера угрозы⁹, существовала ли возможность для перемещенного лица вернуться впоследствии¹⁰. Депортация имеет место, даже если депортированное лицо может впоследствии вернуться на территорию, откуда оно было изгнано¹¹. Однако МТБЮ проводит различие между «насильственным перемещением» и «депортацией», поскольку только первое требует трансграничного перемещения¹². Судьи Шахабуддин и Шомбург очень убедительно обосновали

¹ TPIY, aff. IT-97-24-T, *Stakic*, 31 juillet 2003, § 654; см. также TPIR, aff. ICTR-98-44 A-T, *Kajelijeli*, 3 déc. 2004, § 904, Rec., p. 2137.

² TPIY, aff. IT-97-24-A, *Stakic*, 22 mars 2006, § 261.

³ TPIY, aff. IT-95-11-T, *Martic*, 12 juin 2007, §§ 404–405.

⁴ TPIY, aff. IT-96-23 et 23/1-T, *Kunarac et al.*, 22 févr. 2001, §§ 539–543; *id.*, aff. IT-97-25-T, *Krnjelac*, 15 mars 2002, § 350.

⁵ *Id.*, aff. IT-96-23 et 23/1-T, *Kunarac et al.*, 22 févr. 2001, § 525; см. также: *id.*, то же дело, 12 juin 2002, §§ 116–124.

⁶ TPIY, aff. IT-97-24-T, *Stakic*, 31 juillet 2003, §§ 679 et 684; *id.*, aff. IT-97-24-A, *Stakic*, 22 mars 2006, §§ 278 et 300.

⁷ TPIY, aff. IT-97-24-A, *Stakic*, 22 mars 2006, §§ 300–301.

⁸ TPIY, aff. IT-95-9-T, *B. Simic et al.* 17 oct. 2003, §§ 125–128.

⁹ TPIY, aff. IT-97-24-A, *Stakic*, 22 mars 2006, § 282.

¹⁰ TPIY, aff. IT-95-9-T, *B. Simic et al.* 17 oct. 2003, § 134.

¹¹ TPIY, aff. IT-97-24-A, *Stakic*, 22 mars 2006, § 307.

¹² TPIY, aff. IT-99-36-T, *Brdanin*, 1^{er} sept. 2004, §§ 540 ss., et les réf.

противоположную точку зрения: депортация имеет место даже без пересечения депортированными лицами границы или демаркационной линии¹. Такие квалификации, несомненно, могут охватить и разного рода «этнические чистки». Генеральная Ассамблея ООН пошла еще дальше, охарактеризовав это как «форму геноцида» (см. ниже, п. 4.265). Зато по мнению МТБЮ «самого по себе изгнания группы или части группы недостаточно для квалификации в качестве геноцида»². Нужно, чтобы в «этнической чистке» усматривались акты истребления (или действия, которые к ним ведут) и конкретный умысел. Международный суд подтвердил этот вывод, указав, что:

«ответ на вопрос о том, относится ли та или иная конкретная операция, характеризующаяся как «этническая чистка», к геноциду, зависит от наличия или отсутствия материальных актов, поименованных в ст. II Конвенции о геноциде, и от намерения уничтожить группу как таковую»³.

Тем не менее «этническая чистка» может быть использована для выявления намерения совершить геноцид. Так, Суд уточняет:

«При этом ясно, что акты «этнической чистки» могут осуществляться одновременно с действиями, запрещенными ст. II Конвенции, и позволить выявить наличие конкретного умысла (*dolus specialis*), мотивирующего указанные действия»⁴.

Однако Европейский суд по правам человека признал, что «этническая чистка» может быть приравнена к форме геноцида в свете позиции Генеральной Ассамблеи ООН, немецкой юриспруденции и части доктрины. Таким образом, преследование какого-либо лица за геноцид на основании того, что оно совершило ряд убийств в рамках операций «этнической чистки», не нарушает, следовательно, принципа отсутствия обратной силы у уголовных законов (Европейская конвенция о защите прав человека и основных свобод, ст. 7, п. 1)⁵;

- по поводу конфликта в Южной Осетии в августе 2008 г. следственная комиссия Европейского союза констатировала, что силы Южной Осетии проводили этническую чистку в отношении грузинского населения, но не выявила при этом актов геноцида⁶;
- высылка (Уставы: МТБЮ, ст. 5, d, и МУТР, ст. 3, d). Отметим также резолюции Генеральной Ассамблеи ООН, в которых она тоже «осуждает» подобную практику и «призывает к немедленному аресту и наказанию участвовавших в ней лиц»⁷. Хотя Генеральная Ассамблея ООН не уточняет, идет ли речь о военных преступлениях или преступлениях против человечности, такие действия тем

¹ ТРИУ, aff. IT-98-34-A, *Naletilic*, 3 mai 2006, заявление Шахабуддина и особое мнение Шомбурга.

² ТРИУ, aff. IT-97-24-T, *Stakic*, 31 juillet 2003, §§ 519 et 557; *id.*, aff. IT-99-24-A, *Stakic*, 22 mars 2006, §§ 51–52.

³ *Application de la convention sur le génocide, CIJ, Rec. 2007*, § 190.

⁴ *Ibid.*

⁵ Cour EDH, *Jorgic c/Allemagne*, 12 juillet 2007, §§ 112–114.

⁶ *Rapport de la Commission d'enquête de l'UE*, sept. 2009, I, pp. 26–27, *Sentinelles*, n° 198, 4 oct. 2009, www.sfdi.org.

⁷ Рез. ГА ООН A/Res. 51/116, 12 декабря 1996 г., п. 2; 52/147/, 12 декабря 1997 г. (133-2-27), п. 3.

не менее приравняются к «этническим чисткам» и квалифицируются как «форма геноцида» (см. выше);

- преследование по мотивам политическим, расовым, религиозным (Нюрнберг, ст. 6, с; Токио, ст. 5, с; Закон № 10, ст. II, п. 1, с; Уставы МТБЮ, ст. 5, h,¹ и МУТР, ст. 3, h), этническим (Проект кодекса преступлений против мира и безопасности человечества, ст. 18, e), национальным (Статут МУС, ст. 7, п. 1, h), то есть действия или бездействие, включающие физические и моральные посягательства на личность и ее свободу, совершаемые в дискриминационных целях, осуществляемые по политическим, расовым или религиозным мотивам и приводящие к дискриминационным последствиям². Дискриминационное намерение присутствует даже тогда, когда преследованию подвергается не все население, а лишь его часть³. Кроме этого требуется, чтобы действия или бездействие достигали степени тяжести других действий, составляющих преступления против человечности⁴. Так, в частности, обстоит дело с мерами, принимавшимися в отношении гражданских лиц только в силу их принадлежности к определенной религиозной конфессии или этнической группе: лишение свободы⁵, принудительное перемещение населения⁶, дурное обращение⁷, грабеж⁸, уничтожение имущества⁹, физическое насилие (включающее бесчеловечные условия содержания в переполненных помещениях, лишение воздуха, воды и пищи, содержание при очень низких или высоких температурах и т. д.)¹⁰, унижения¹¹, разрушение культурных и религиозных объектов¹², использование лиц, лишенных свободы, в качестве живых щитов¹³, истребление¹⁴, публичные выступления, содержащие апологию этнической ненависти¹⁵. Субъективный элемент правонарушения состоит в намерении причинить вред лицу в силу его принадлежности к расовой, религиозной или

¹ О содержании этого понятия см.: TPIY, aff. IT-94-1-T, 7 mai 1997, *Tadic*, §§ 694–718; *id.*, aff. IT-95-14/2-T, *Kordic et al.*, 26 févr. 2001, §§ 188–220.

² TPIY, aff. IT-95-16-T, *Kupreskic et al.*, 14 janv. 2000, §§ 567 ss., *id.*, aff. IT-95-14-T, *Blaskic*, 3 mars 2000, §§ 218 ss.; *id.*, aff. IT-95-14/2-T, *Kordic et al.*, 26 févr. 2001, §§ 192 ss., *id.*, aff. IT-97-25-T, *Krnjelac*, 15 mars 2002, §§ 431 ss., *id.*, aff. IT-98-32-T, *Vasiljevic*, 29 nov. 2002, §§ 244 ss.

³ *Id.*, aff. IT-98-34-A, *Naletilic et al.*, 3 mai 2006, § 144.

⁴ TPIY, aff. IT-95-14-A, *Blaskic*, 29 juillet 2004, § 160.

⁵ *Id.*, aff. IT-98-34-T, *Naletilic et al.*, 31 mars 2003, §§ 646, 651, 656, 657.

⁶ *Id.*, §§ 671–672.

⁷ *Id.*, §§ 676, 679.

⁸ *Id.* § 701; *id.*, aff. IT-97-24-T, *Stakic*, 31 juillet 2003, § 764; *id.*, aff. IT-95-14/2-T, *Kordic et al.*, 26 févr. 2001, § 205; *id.*, aff. IT-95-9-T, *B. Simic et al.* 17 oct. 2003, §§ 98–103, 771–773.

⁹ *Id.*, aff. IT-98-34-T, *Naletilic et al.*, 31 mars 2003, § 706.

¹⁰ TPIY, aff. IT-97-24-T, *Stakic*, 31 juillet 2003, § 752.; *id.*, aff. IT-95-9-T, *B. Simic et al.*, 17 oct. 2003, §§ 94–97, 771–773; *id.*, aff. IT-95-14-A, *Blaskic*, 29 juillet 2004, § 155.

¹¹ TPIY, aff. IT-97-24-T, *Stakic*, 31 juillet 2003, §§ 760, 807; *id.*, aff. IT-95-9-T, *B. Simic et al.*, 17 oct. 2003, § 837.

¹² TPIY, aff. IT-97-24-T, *Stakic*, 31 juillet 2003, § 768.

¹³ TPIY, aff., IT-95-14-A, *Blaskic*, 29 juillet 2004, § 155

¹⁴ TPIR, aff. ICTR-99-52-T, *Barayagwiza et al.*, (aff. des médias), 3 déc. 2003, § 1071, *Rec.*, p. 1109.

¹⁵ *Id.*, §§ 1072 et 1078, *Rec.*, pp. 1111 et 1115.

политической группе¹. Здесь речь идет о конкретном умысле², который может быть выявлен с помощью высказывания обвиняемого или его подчиненных³; не были признаны преследованиями:

- государственный переворот или исключение членов этнической или лингвистической группы из правительства, поскольку не была достигнута степень тяжести, требуемая для преступления «преследования»⁴;
- подписание под принуждением не соответствующих действительности заявлений членами политической или этнической группы, если это не сочетается с фактами преследования, такими, например, как лишение свободы⁵.
- геноцид, то есть

«любое из перечисленных действий, совершаемых с намерением уничтожить, полностью или частично, какую-либо национальную, этническую, расовую или религиозную группу, как таковую (...)» Конвенция 1948 г., ст. II; Уставы: МТБЮ, ст. 4, и МУТР, ст. 2; Проект кодекса преступлений против мира и безопасности человечества, ст. 19),

в том числе «этнические чистки» (см. выше), равно как и публичное подстрекательство к геноциду⁶, даже если оно не возымело действия, учитывая тяжесть преступления⁷; призывы к геноциду, передаваемые по радио или через прессу, являются преступлениями подстрекательства к геноциду, влекущие за собой ответственность тех, кто их делает⁸. Геноцид — более специфическая и более ограниченная разновидность преступления против человечности⁹;

- апартеид¹⁰, то есть

«бесчеловечные акты, совершенные в целях установления или поддержания господства одной расовой группы людей над другой расовой группой и систематического ее угнетения» (Конвенция 1973 г., ст. II; аналогичным образом Проект кодекса преступлений против мира и безопасности человечества, ст. 18, f; Статут МУС, ст. 7, пп. 1, j; 2, h);

- произвольное заключение под стражу (Закон № 10, ст. II, п. 1, с; Уставы: МТБЮ, ст. 5, е, и МУТР, ст. 3, е) (Проект кодекса преступлений против мира и безопасности человечества, ст. 18, h), то есть заключение под стражу в нарушение

¹ ТРИУ, aff. IT-95-14/2-A, *Kordic et Cerkez*, 17 déc. 2004, § 111.

² ТРИУ, aff. IT-97-24-A, *Stakic*, 22 mars 2006, § 328.

³ ТРИУ, aff. IT-95-11-T, *Martić*, 12 juin 2007, §§ 378, 383, 398, etc.

⁴ ТРИУ, aff. IT-95-9-T, *B. Simić et al.* 17 oct. 2003, § 55.

⁵ *Ibid.*, § 69.

⁶ ТПИР, Chbre. 1, aff. ICTR-96-4-T, 2 sept. 1998, *Akayesu*, § 574.

⁷ *Ibid.*, § 562.

⁸ ТПИР, aff. ICTR-99-52-T, *Barayagwiza et al.*, (aff. des médias), 3 déc. 2003, § 1015, *Rec.*, p. 1085.

⁹ ТПИР, aff. ICTR-98-44-AR72.4, *Rwamakuba*, 22 oct. 2004, § 16; более подробно по вопросу определения геноцида см.: DAVID, E., *Eléments ...*, *op. cit.*, §§ 16.6.38 ss.

¹⁰ ТПИР, aff. ICTR-99-52-T, *Barayagwiza et al.* (aff. des médias du génocide), 3 déc. 2003, §§ 974 et 977, *Rec.*, pp. 1055 ss.

закона¹ или международного права (Статут МУС, ст. 7, п. 1, е)², а именно факт лишения «индивидуума свободы в нарушение законных форм в рамках широкомасштабного или систематического нападения на гражданское население»³;

- пытки (Закон № 10, ст. II, п. 1, с; Уставы: МТБЮ, ст. 5, f, и МУТР, ст. 3, f, Статут МУС, ст. 7, пп. 1, f; 2, е; Проект кодекса преступлений против мира и безопасности человечества, ст. 18, с);
- изнасилование (Закон № 10 ст. II, п. 1, с; Уставы: МТБЮ, ст. 5, g, и МУТР, ст. 3, g; A/Res. 52/107, резолюция Генеральной Ассамблеи ООН 52/107 «Права ребенка», 1 декабря 1997 г., IV, п. 12), принуждение к проституции и другие формы сексуального насилия (Проект кодекса преступлений против мира и безопасности человечества, ст. 18, j; Статут МУС, ст. 7, пп. 1, g; 2, f)⁴. Поскольку нет смысла проводить различие между понятием изнасилования как преступления против человечности и понятием изнасилования как военного преступления (вне специфического контекста, присущего каждому из преступлений), мы отсылаем читателя к определению, данному в рамках рассмотрения военных преступлений (см. выше, п. 4.100);
- систематическая практика насильственных исчезновений (Декларация Генеральной Ассамблеи ООН о защите всех лиц от насильственных исчезновений, преамбула, мотивировка 4⁵; Проект кодекса преступлений против мира и безопасности человечества, ст. 18, i; Статут МУС, ст. 7, пп. 1, i; 2, i);
- любой другой бесчеловечный акт, совершенный против гражданского населения (Нюрнберг, ст. 6, с; Токио, ст. 5, с; Закон № 10, ст. II, п. 1, с; Уставы: МТБЮ, ст. 5, i, и МУТР, ст. 3, i) и причиняющий сильные физические или моральные страдания (Статут МУС, ст. 7, п. 1, k). Это резидуальное положение, криминализующее гнусные деяния, не подпадающие буквально ни под один другой состав преступления, не нарушает *nullum crimen*⁶; в юриспруденции МТБЮ квалифицируются как «другие бесчеловечные акты», в частности, увечья и другие серьезные повреждения, тяжкие физические и моральные страдания, принудительное перемещение, унижительное обращение, принуждение к проституции, насильственные исчезновения⁷, нанесение побоев⁸, принуждение к участию в военных операциях или привлечение к опасным или унижительным работам⁹, лишение свободы в атмосфере страха (из-за пыток и других злоупотреблений) при нехватке воды и пищи, в неудовлетворительных санитарно-гигиенических условиях, в перенаселенных помещениях и без

¹ ТРИУ, aff. IT-97-25-T, *Krnjelac*, 15 mars 2002, §§ 113–115.

² *Ibid.*, § 114; см. также: *id.*, aff. IT-95-14/2-T, *Kordic et al.*, 26 févr. 2001, §§ 302–303.

³ ТРИУ, aff. IT-95-14/2-A, *Kordic et Cerkez*, 17 déc. 2004, § 116.

⁴ Об этом понятии ТРИУ, aff. IT-96-23 et 23/1-T, *Kunarac et al.*, 22 févr. 2001, §§ 436–464.

⁵ Рез. ГА ООН A/Res. 47/133, 18 декабря 1992 г. (принята без голосования).

⁶ ТРИУ, aff. IT-97-24-A, *Stakic*, 22 mars 2006, § 315.

⁷ ТРИУ, aff. IT-98-30/1-T, *Kvočka et al.*, 2 nov. 2001, § 208 et les réf.

⁸ ТРИУ, aff. IT-95-9-T, *B. Simic et al.* 17 oct. 2003, §§ 77–78.

⁹ *Ibid.*, §§ 84–93, 835.

медицинской помощи¹, использование заключенных «в качестве заложников, живых щитов или для рытья траншей в тяжелых и опасных условиях и в местах боев»², принудительное перемещение³ или любой другой акт, аналогичный по своей тяжести действиям, перечисленным в ст. 5, i, Устава МТБЮ⁴; требуется, чтобы «был причинен серьезный ущерб физической или умственной неприкосновенности жертвы»⁵;

- жестокое и бесчеловечное обращение, фигурирующие в ст. 5, i, Устава МТБЮ в качестве преступлений против человечности и имеющие такие же элементы состава, что и те, которые фигурируют в ст. 2, b, или ст. 3 Устава⁶ как серьезные нарушения Женевских конвенций или нарушения законов и обычаев войны⁷ (см. выше, п. 4.97), а именно:
 - действие или бездействие, аналогичное по своей тяжести таковой других актов, перечисленных в соответствующей статье;
 - действие или бездействие причиняют сильные физические или моральные страдания и составляют посягательство на человеческое достоинство;
 - действие или бездействие, умышленно совершенные обвиняемым или лицами, ответственность за которых он должен нести⁸;
- другие бесчеловечные действия, представляющие собой серьезное посягательство на физическую и умственную неприкосновенность, на здоровье и человеческое достоинство, такие, например, как увечье и тяжкие истязания (Проект кодекса преступлений против мира и безопасности человечества, ст. 18, k), в том числе и посягательства на тела погибших⁹. Жестокое и бесчеловечное обращение считаются менее тяжкими преступлениями, чем пытки¹⁰: первые представляют собой род, а вторые — вид.

Как было сказано выше, Генеральная Ассамблея ООН приравняла применение ядерного и термоядерного оружия к преступлению против человечности (см. выше, п. 4.194).

2. Общие критерии преступлений против человечности

4.259. Многие действия, квалифицируемые как преступления против человечности, можно сравнить с классическими уголовными правонарушениями, но различаются они на основании четырех критериев: тяжесть, массовый характер, наличие согласованного плана или, в некоторых случаях, мотивы либо умысел.

¹ ТРИУ, aff. IT-95-9-T, *B. Simic et al.* 17 oct. 2003, §§ 94–97, 775; *id.*, aff. IT-97-24-T, *Stakic*, 31 juillet 2003, § 752.

² *Id.*, aff. IT-95-14/2-A, *Kordic et Cerkez*, 17 déc. 2004, § 107.

³ ТРИУ, aff. IT-97-24-A, *Stakic*, 22 mars 2006, § 317.

⁴ ТРИУ, aff. IT-98-32-T, *Vasiljevic*, 29 nov. 2002, § 234.

⁵ ТРИУ, aff. IT-95-14/2-A, *Kordic et Cerkez*, 17 déc. 2004, § 117.

⁶ См.: ТРИУ, aff. IT-98-34-T, *Naletilic et al.*, 31 mars 2003, § 228.

⁷ ТРИУ, aff. IT-95-9-T, *B. Simic et al.* 17 oct. 2003, § 74; *id.*, aff. IT-97-25-T, *Krnjelac*, 15 mars 2002, § 131.

⁸ ТРИУ, aff. IT-97-25-T, *Krnjelac*, 15 mars 2002, § 130; *id.*, aff. IT-95-9-T, *B. Simic et al.* 17 oct. 2003, § 74.

⁹ ТРИУ, aff., ICTR-96-14-T, *Nyitegeka*, 16 mai 2003, § 465.

¹⁰ ТРИУ, aff. IT-95-9-T, *B. Simic et al.* 17 oct. 2003, § 71.

а) Тяжесть

4.260. Тяжесть преступлений против человечности обуславливается, с одной стороны, их массовым характером — к этому вопросу мы еще вернемся (см. ниже, п. 4.262), и, с другой — тем, что они затрагивают самое дорогое, что есть у человека — здоровье, физическую неприкосновенность и жизнь.

Это особенно верно в отношении геноцида, в первоначальном проекте соответствующей Конвенции говорилось о культурном геноциде (запрещении использовать язык той или иной этнической группы, уничтожение библиотек, музеев, школ, мест отправления культа группы и т. д.)¹. В окончательном же тексте культурный геноцид исключен из сферы применения Конвенции², которая ограничивается физическим уничтожением членов группы³.

Исключительная тяжесть такого типа поведения объясняет тот факт, что преступлением *stricto sensu* оно впервые признано только в 1945 г. в Уставе Международного военного трибунала в Нюрнберге (см. выше, п. 4.242).

4.261. Основываясь на отдельных заявлениях, сделанных в ходе процесса над военными преступниками после Второй мировой войны⁴, некоторые судьи Апелляционной камеры МТБЮ сочли, что по своей тяжести преступление против человечности превосходит военное преступление⁵.

По мнению этих судей, большая тяжесть преступления против человечности объясняется тем, что в отличие от военных преступлений они не являются изолированными фактами, а вписываются в общую политику насилия, направленную против конкретной группы. Судьи подчеркнули, что:

«преступления против человечности — не изолированные и случайные акты, но акты — и об этом известно их исполнителям, — которые будут иметь гораздо более серьезные последствия в силу того, что они станут оказывать дополнительное содействие реализации более широкой схемы систематического насилия в отношении конкретной группы гражданского населения»⁶.

По правде говоря, эти спекуляции на тему того, являются ли более тяжкими преступления против человечности или военные преступления, вызывают некоторое недоумение. Вопрос этот был окончательно решен Апелляционной камерой МТБЮ в деле Тадича, где она констатировала, что ни Устав, ни Регламент Трибунала, ни Статут МУС не проводят различия в плане назначения наказаний между этими двумя криминали-

¹ Doc. ONU E/794 in *Annuaire des droits de l'homme pour 1948*, NU, 1950, p. 554.

² *Doc. off. de la 3^e sess. de l'A. G., 1^{re} partie, Questions juridiques, 6^e Comm., Comptes rendus analytiques, 93^e séance, 25 octobre 1948*, pp. 193–206.

³ *Application de la convention sur le génocide, CIJ, Rec. 2007, § 344.*

⁴ *Ahlbrecht, Case, Netherlands, Spec. Crt of Cass., 11 Apr. 1949*, цит. по: ТПИУ, App., Aff. n° IT-96-22-A *Erdemovic*, 7 oct. 1997, *op. indiv.* Mc Donald et Vohrah, § 23; *Stalag Luft III Case, n. d.*, цит. по: *ibid.*, § 24; *Ohlendorff case*, Apr. 1949, цит. по: *ibid.*, § 24.

⁵ *Ibid.*, § 22.

⁶ *Ibid.*

зациями и поэтому нет никаких оснований считать, что преступление против человечности — по определению или в гипотетическом плане — является более тяжким, чем военное преступление¹.

Мы разделяем это заключение².

b) Массовый характер

4.262. Многочисленность жертв, несомненно, является одним из самых специфических критериев преступления против человечности. В деле *Justice case*³ американский военный трибунал в Нюрнберге подчеркнул, что *массовость* — один из критериев преступления против человечности. Трибунал, на который было возложено применение Закона № 10, принятого в 1945 г. Контрольным советом союзных держав в Германии (ст. II, п. 1, с, этого Закона в большой степени воспроизводила ст. 6, с, Устава Международного военного трибунала в Нюрнберге), отметил, что признание преступного характера касалось действий, совершенных в отношении «гражданского населения», а не «гражданских лиц». Таким образом, закон не применяется к отдельным случаям бесчеловечного обращения:

«Осуждению подлежит не отдельное преступление, совершенное лицом, имеющим германское гражданство, и не отдельное преступление, совершенное германским рейхом посредством своих должностных лиц в отношении частного лица. Характерно, что в формулировке закона употреблены слова «против любого гражданского населения» вместо слов «против любого гражданского лица». Это положение направлено против нарушений, бесчеловечных действий и преследования по политическим, расовым или религиозным мотивам, систематически организованных и осуществленных правительством или с его одобрения»⁴.

Принцип, согласно которому преступление против человечности должно быть совершено «в рамках широкомасштабного или систематического нападения, направленного против гражданского населения», был воспроизведен в Статуте МУС (ст. 7, п. 1)⁵ и Элементах преступлений, составленных Подготовительной комиссией для Международного уголовного суда⁶. Это не исключает однако, как писал Д. Тиам (D. Thiam), специальный докладчик Комиссии международного права по вопросу о Проекте кодекса преступлений против мира и безопасности человечества, что бесчеловечное действие, совершенное в отношении отдельного лица, может

«содержать состав преступления против человечности, если оно вписывается в систему или совершается согласно плану, либо носит повторяющийся характер, не оставляющий никаких сомнений относительно намерений исполнителя»⁷.

¹ ТРИУ, aff. IT-94-1-*Abis, Tadic*, 26 janvier 2000, § 69.

² Дополнительные подробности об этом спор см.: DAVID, *Eléments...*, op. cit., § 16.6.28; см. также: TURNS, D., «The ICTY: the *Erdemovic Case*», ICLQ, 1998, p. 469.

³ U.S. Milit. Trib., Dec. 4, 1947, *Ann. Dig.* 14, 278 ss.

⁴ *Ibid.*, p. 284; в том же смысле: Neth., Spec. Cr., 11 Apr. 1949, *Ahlbrecht, A. D.*, 1949, 397–398.

⁵ Ср.: TPIR, Chbre. 1, aff. ICTR-96-4-T, 2 sept. 1998, *Akayesu*, § 582.

⁶ Документ ООН PCNICC/2000/1/Add. 2, 1 ноября 2000 г., с. 11 и сл.

⁷ *Rapport CDI*, 1989, p. 147, § 147; в том же смысле: ТРИУ, aff. IT-94-1-T, 7 mai 1997, *Tadic*, §§ 644–649; *id.*, aff. IT-96-23 et 23/1-T, *Kunarac et al.*, 22 févr. 2001, § 431; *id.*, aff. IT-95-14/2-T, *Kordic et al.*, 26 févr. 2001, § 178.

По мнению МТБЮ, критерий нападения, направленного против гражданского населения, подразумевает массовый или систематический характер преступления против человечности. При этом критерии «массовости» и «систематичности» не обязательно должны совмещаться¹.

Понятие «нападения» подразумевает многочисленные факты, такие как военные нападения². Но также подразумеваются и действия, совершенные против лиц, находящихся во власти исполнителя преступления³, такие, например, как дурное обращение и акты насилия в отношении населения⁴. Высылка населения или обмен населением, уничтожение свидетельств культуры населения, убийства, изнасилования, дурное обращение с представителями этого населения — вот проявления систематического нападения, направленного против гражданского населения⁵.

Систематический характер нападения вытекает из «умышленного и регулярного повторения однотипного преступного поведения»⁶. Хотя некоторые части населения могут и не быть им затронуты, нападение все равно может считаться «систематическим»⁷.

4.263. Нападение не зависит от наличия вооруженного конфликта:

«Нападение может длиться дольше, чем вооруженный конфликт, предшествовать ему или разворачиваться параллельно ему и не обязательно является его частью»⁸.

4.264. Подвергающееся нападению население должно состоять — в основном, но не исключительно — из гражданских лиц. Оно может включать и лиц, принимавших участие в военных действиях⁹.

Оно не должно быть идентично всему населению географического района, в котором совершается нападение. Достаточно того, что нападению подвергается определенная его часть¹⁰.

4.265. И для того чтобы имел место геноцид, вовсе не обязательно исчислять жертвы тысячами: в результате расправы христианской милиции над жителями

¹ ТРИУ, Chbre. I, aff. IT-95-10-T, *Jelusic*, 14 déc. 1999, § 53 et les réf.

² ТРИУ, aff. IT-98-29-T, *Galic*, 5 déc. 2003, §§ 582–594, 598, при этом такое обоснование не представляется четким: ср. эти §§ с § 208; см. также особое мнение судьи Р. Ньюто-Навия: §§ 105–106 и § 116.

³ Элементы преступлений, предусмотренных Статутом Международного уголовного суда, документ ООН PCNICC/2000/1/Add. 2, 1 ноября 2000 г., p. 11.

⁴ *Id.*, aff. IT-96-23 et 23/1-T, *Kunarac et al.*, 22 févr. 2001, §§ 415–416; *id.*, app., 12 juin 2002, § 86; *id.*, aff. 03-66-T, *Limaj et al.*, 30 nov. 2005, § 182.

⁵ *Id.*, aff. IT-96-23 et 23/1-T, *Kunarac et al.*, 22 févr. 2001, §§ 577–578.

⁶ *Id.*, aff. IT-95-14/2-A, *Kordic et Cerkez*, 17 déc. 2004, § 94.

⁷ ТРИУ, aff. IT-97-24-A, *Stakic*, 22 mars 2006, § 247.

⁸ *Id.*, aff. IT-97-25-T, *Krnjelac*, 15 mars 2002, § 54.

⁹ *Id.*, § 56 et réf.; *id.*, aff. 03-66-T, *Limaj et al.*, 30 nov. 2005, § 186.

¹⁰ ТРИУ, aff. IT-96-23 et 23/1-A, *Kunarac et al.*, 12 juin 2002, § 90; *id.* aff. IT-98-32-T, *Vasiljevic*, 29 nov. 2002, § 34.

палестинских лагерей Сабра и Шатила в Ливане 16–18 сентября 1982 г. погибли от 700 до 800 человек¹, что не помешало Генеральной Ассамблее ООН квалифицировать ее как «акт геноцида»².

Судебная практика подтверждает эту тенденцию³, если в преступлениях присутствует намерение уничтожить группу как таковую⁴:

«Хотя и нет количественного порога для числа жертв, чтобы установить наличие геноцида, Обвинитель должен доказать — исключив, насколько возможно, сомнения, — что у преступника наличествовало намерение уничтожить группу как таковую — полностью или частично»⁵.

Соответственно, не отдельное *насильственное* исчезновение, а «систематическая практика» насильственных исчезновений «подходит под определение преступления против человечности»⁶.

Политика «этнических чисток», которая практиковалась во время югославских конфликтов также была квалифицирована Генеральной Ассамблеей ООН как «форма геноцида»⁷.

Массовые убийства тутси в Руанде в период с 6 апреля по середину июля 1994 г., жертвами которых стали сотни тысяч человек⁸, также были квалифицированы как геноцид независимой комиссией экспертов, учрежденной согласно резолюции 935 (1994 г.) Совета Безопасности ООН⁹, специальным докладчиком Комиссии по правам человека М. Р. Дени-Сеги¹⁰ и Генеральной Ассамблеей ООН¹¹.

Тем не менее отдельный факт может составить преступление против человечности, если он вписывается в совокупность аналогичных фактов¹².

4.266. Факт нападения на группу гражданских лиц, воспринимаемых как сотрудничающие с неприятелем, не был сочтен отвечающим критерию «широкомасштабного и систематического нападения на гражданское население»¹³.

¹ *Rapport Kahane*, Paris, Le Sycamore, 1983, p. 72.

² Рез. ГА ООН A/Res. 37/123 D, 16 декабря 1982 г., п. 2 (123-0-22).

³ ТПИУ, aff. IT-95-13-R61, 3 avril 1996, «Hôpital de Vukovar», § 30; см. также: CIJ, *Application de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide*, 26 févr. 2007, op. dissid. Mahiou, § 72.

⁴ ТПИУ, aff. IT-98-33-T, *Krstic*, 2 août 2001, § 590.

⁵ ТПИР, aff. ICTR-97-20-T, *Semanza*, 15 May 2003, § 316; ТПИУ, aff. IT-97-24-T, *Stakic*, 31 juillet 2003, § 522; ТПИР, aff. ICTR-95-1 B-T, *Muhimana*, 28 avril 2005, §§ 498 et 514.

⁶ Рез. ГА ООН A/Rés. 47/133 от 18 декабря 1992 г., преамбула, мотивировка 4.

⁷ Рез. ГА ООН A/Rés. 47/121 от 18 декабря 1992 г., преамбула, мотивировка 9 (102-0-57); 48/143, 20 декабря 1993 г., преамбула, мотивировка 6 (консенсус).

⁸ *The U.N. and Rwanda, 1993–1996*, U.N., Blue Books Series, X, N. Y., 1996, p. 4.

⁹ Предварительный доклад Независимой комиссии экспертов, учрежденной в соответствии с резолюцией 935 (1994) Совета Безопасности, документ ООН S/1994/1125, 4 октября 1994 г., с. 31, п. 148.

¹⁰ Третий доклад о положении в области прав человека в Руанде, подготовленный Специальным докладчиком Комиссии по правам человека г-ном Рене Дени-Сеги во исполнение резолюции S-3/1 и решения 1994/223 Экономического и Социального Совета, A/49/508/Add.1 S/1994/1157/Add.1 Russian.

¹¹ Рез. ГА ООН A/Res. 49/206, 23 декабря 1994 г. (принята без голосования), п. 2.

¹² Ср.: ТПИУ, aff. IT-95-16-T, *Kupreskic*, 14 janv. 2000, § 624; *id.*, aff. IT-98-32-A, *Vasiljevic*, 25 févr. 2004, § 113; *id.*, aff. IT-95-14/2-A, *Kordic et Cerkez*, 17 déc. 2004, § 94.

¹³ *Id.*, aff. IT-03-66-T, *Limaj et al.*, 30 nov. 2005, §§ 194–228.

с) Наличие согласованного плана

4.267. К преступлениям против человечности относятся только деяния, совершенные в результате заговора или по согласованному плану. К такому выводу вряд ли можно прийти, знакомясь с преступлениями, указанными в Уставах Нюрнбергского и Токийского международных военных трибуналов или Международных уголовных трибуналов. Однако именно такой критерий был выработан в ходе судебной практики Нюрнбергским международным военным трибуналом (см. извлечение выше, п. 4.242). Французские суды тоже его применяли¹, косвенно он упоминается и в Проектах кодекса преступлений против мира и безопасности человечества, поскольку Комиссия международного права заявляет, что преступление против человечности по определению вменяется в вину представителям государства или лицам, действующим от имени этого государства². Однако Комиссия проявляет меньшую решительность в плане признания того, что преступление против человечности может совершить частное лицо, не получив соответствующих инструкций от государства³.

Статут МУС признает неявным образом согласованный характер преступления против человечности, поскольку он предусматривает, что соответствующее деяние должно быть совершено «в целях проведения политики государства или организации» (ст. 7, п. 2, а). Любая политика предполагает согласованность и предварительное планирование.

Статут позволяет заключить, что преступление против человечности может быть совершено группой частных лиц, став результатом «политики (...) организации». Таким как раз будет случай повстанческого движения, участники которого совершают зверства в рамках своей политики нападения на гражданское население.

По мнению МТБЮ, наличие согласованного плана не является элементом состава преступления против человечности⁴. В самом деле, об этом ничего не говорится в Уставах Международных уголовных трибуналов, однако существование такого плана позволяет выявить систематический характер преступления⁵.

d) Умысел

4.268. Умысел (*mens rea*) является элементом состава преступления против человечности, как и большинства уголовных преступлений. Для того чтобы лицо могло быть обвинено в подобном деянии, нужно, следовательно, чтобы оно

¹ Cass. fr., crim., 3 juin 1988, *Barbie*, *Gaz. Pal.*, 1988, II, p. 761; заключения см.: ROBERT, E. *ibid.*, p. 754; в том же смысле: с. р. fr., art. 212-1 et 212-2.

² *Rapport CDI*, 1954, Doc. ONU A/2693, p. 12; *ibid.*, 1989, Doc. ONU A/44/10, p. 147; *ibid.*, 1995, Doc. ONU A/50/10, p. 53.

³ *Rapport CDI*, 1995, док. ООН A/50/10, с. 53.

⁴ ТРИУ, aff. IT-95-16-T, *Kupreskic*, 14 janv. 2000, § 551; *id.*, aff. IT-98-33-A., *Krstic*, 19 avril 2004, § 225; *id.*, aff. IT-95-14-A., *Blaskic*, 29 juillet 2004, § 126.

⁵ *Id.*, aff. IT-95-14/2-T, *Kordic et al.*, 26 févr. 2001, § 182; *id.*, aff. IT-97-25-T, *Krnjelac*, 15 mars 2002, § 58; *id.*, aff. IT-98-33-A., *Krstic*, 19 avril 2004, § 225.

осознавало «факты и обстоятельства, которые станут результатом его действий в сфере преступления против человечности»¹. Мы проведем различие между умыслом как элементом состава, с одной стороны, преступления против человечности (i) и, с другой — преступления геноцида (ii).

i) Умысел как элемент состава преступления против человечности

4.269. Каково же точное содержание умысла? Согласно Элементам преступлений Статута МУС, достаточно того, чтобы исполнитель преступления осознавал, что его поведение связано с широкомасштабным или систематическим нападением на гражданское население, либо что он намеревался участвовать в рамках подобных действий, причем он не обязательно должен быть осведомлен обо всех характеристиках этого нападения².

Тот факт, что исполнитель действовал в своих личных целях, не связанных с нападением, не отменяет квалификацию его деяния как преступления против человечности, если исполнитель осознает связь своего преступления с контекстом, в котором оно было совершено³.

4.270. Долгое время обсуждался вопрос, включает ли в себя также критерий умысла преступления против человечности политические, расовые или религиозные цели, которые, как правило, лежат в основе таких преступлений. Правда, раньше говорили, скорее, о мотивах, а не о целях. Объясняется это тем, что Уставы Международных военных трибуналов в Нюрнберге (ст. 6, с) и Токио (ст. 5, с), равно как и Закон № 10 Контрольного совета союзников в Германии (20 декабря 1945 г., ст. II, п. 1, с) относили к преступлениям против человечности «преследования по политическим, расовым или религиозным *мотивам*» (*курсив автора*). Хотя и можно, несомненно, попробовать отличить умысел от мотива⁴, это окажется достаточно сложным делом, поскольку тот, кто действует, исходя из какого-либо мотива, действует с умыслом реализовать этот мотив. Поэтому мы предпочитаем считать, что мотивы и умысел суть два аспекта одной и той же реальности. Апелляционная камера МТБЮ заключила, что природа мотивов преступления не имеет значения для установления наличия правонарушения⁵ и что даже если и имеется существенное различие между этими двумя понятиями⁶, остается верным то, что в уголовно-правовой сфере значение имеет только умысел⁷.

¹ Cour Supr. du Canada, 24 mars 1994, *Finta*; per Gonthier, Cory et Major (текст см.: <http://www.droit.umontreal.ca/doc/csc-scc>), цит.: *Ла Роза, Анн-Мари*. Непростая задача для Международных уголовных трибуналов: сочетать требование международного гуманитарного права и справедливой судебной процедуры // МЖКК. 1997. № 19, ноябрь-декабрь. С. 733; ТРИУ, aff. 98-33-Т, *Krstic*, 2 août 2001, §§ 571 ss.

² Документ ООН PCNICC/2000/1/Add. 2, 1 ноября 2000 г., с. 11.

³ ТРИУ, aff. IT-94-1-A, *Tadic*, 15 juillet 1999, § 255; *id.*, aff. IT-96-23 et 23/1-T, *Kunarac et al.*, 22 févr. 2001, §§ 433-434; *id.* aff. IT-95-14/2-T, *Kordic et al.*, 26 févr. 2001, § 187.

⁴ См.: ТНИАМ, D., in *Rapport CDI*, 1989, p. 150, §§ 154-156.

⁵ ТРИУ, aff. IT-94-1-A, *Tadic*, 15 juillet 1999, § 269; а также: *id.*, aff. IT-95-10-A, *Jelusic*, 5 juillet 2001, § 49.

⁶ ТРИУ, app., aff. IT-96-23 et 23/1-A, *Kunarac et al.*, 12 juin 2002, § 153.

⁷ ТРИУ, aff. IT-95-10-A, *Jelusic*, 5 juillet 2001, § 49.

4.271. Но это оставляет открытым вопрос о том, любое ли преступление против человечности совершается в политических, расовых или религиозных целях?

Уставы Международных военных трибуналов в Нюрнберге (ст. 6, с) и Токио (ст. 5, с) и Закон № 10 (ст. II, п. 1, с) четко различают, с одной стороны, разного рода преступные деяния, совершенные против гражданского населения и, с другой — преследования по политическим, расовым или религиозным мотивам. «Дискриминационный» умысел, следовательно, был предусмотрен в плане преступлений против человечности только для преследований, но не для других деяний, подпадающих под данную криминализацию.

Тем не менее судебная практика, несомненно под влиянием контекста нацистских преступлений, довольно быстро позволила сделать вывод, что все преступления против человечности совершаются с дискриминационным умыслом. Так, обвинительное заключение, вынесенное Нюрнбергским военным трибуналом в отношении подсудимых, трактовало преступление против человечности под углом зрения политики преследования, подавления и истребления, проводимой по политическим, социальным или религиозным мотивам.

Действительно, в обвинительном заключении сказано, что, с одной стороны,

«в Германии проводилась политика преследования, подавления и уничтожения гражданских лиц, которые занимали или, как предполагалось, могли занять враждебную позицию по отношению к нацистскому правительству (...)»¹,

и, с другой —

имели место преследования, направленные против евреев, а также против лиц, чьи политические убеждения и духовные устремления считались противоречащими целям нацизма»².

В деле Ментена Верховный суд Нидерландов заявил:

«Понятие преступлений против человечности» требует также, хотя это и выражено не столь многословно в вышеприведенном определении, чтобы данные преступления являлись частью системы, основанной на терроре, или звеном в цепи сознательно проводимой политики, которая направлена против определенных групп людей»³.

4.272. Та же путаница переключалась в Уставы Международных уголовных трибуналов: в то время как Устав МТБЮ проводит различие между преследованиями в дискриминационных целях и остальными преступлениями против человечности (ст. 5)⁴, Устав МУТР ограничивает преступления против человечности теми, которые совершены против гражданского населения «по национальным, политическим, этническим, расовым или религиозным мотивам» (ст. 3).

¹ Procès, Doc. off., T.I, pp. 69.

² Ibid., p. 70.

³ Menten case, Neth. Supr. Crt., Jan. 13, 1981, NYIL, 1983, p. 403.

⁴ В ст. 5, h, Устава МТБЮ говорится о «преследованиях по политическим, расовым и религиозным мотивам» (курсив автора) (в русском тексте «или», а не «и»): «и», конечно, ошибка, и читать следует «или», как это следует из комментария Генерального секретаря ООН к исходному проекту Устава (документ ООН S/25704, 3 мая 1993 г., п. 48) и из судебной практики, например: TPIY, aff. 98-30/1-T, Kvočka et al., 2 nov. 2001, §§ 184 et 194.

Доктрина, практика и юриспруденция положили конец этим колебаниям. Так, в 1996 г., Комиссия международного права в своем Проекте кодекса преступлений против мира и безопасности человечества криминализовала в качестве преступления против человечности, с одной стороны, «преследования по политическим, расовым, религиозным или этническим мотивам» и, с другой, — убийство, пытки, порабощение и т. д. (см. выше, п. 4.258), *независимо* от мотивов, которыми они были продиктованы. То же можно сказать о Статуте МУС: ст. 7, касающаяся преступлений против человечности, не включает в число критериев дискриминационный умысел (за исключением случая преследований, ст. 7, п. 1, h) и не уточняет мотивы, которыми должно быть продиктовано преступление: достаточно того, чтобы оно состояло из совокупности серьезных насильственных действий, направленных против гражданского населения в рамках определенной политики, чтобы быть квалифицированным как преступление против человечности.

4.273. Что касается практики международных уголовных трибуналов, то здесь, после определенных колебаний¹, было решено, что намерение дискриминировать требуется только для «преследований» *stricto sensu*, но не для других составов преступлений против человечности. Квалификация «преступление против человечности» не обусловлена существованием соответствующей интенции, наличием или отсутствием чисто личных мотивов: имеет значение только то, что соответствующее деяние совершено в рамках широкомасштабного или систематического нападения на гражданское население и что его исполнитель осознавал, что его поведение вписывается в этот контекст².

Эта эволюция, несомненно, чрезвычайно важна: она означает, что серьезные и массовые нарушения прав человека, какими бы ни были их мотивы, вполне могут быть приравнены к преступлениям против человечности³.

4.274. Что касается элемента умысла в преследованиях преступлений против человечности, он состоит в нарушении основных прав некоторых лиц в рамках «широкомасштабной или систематической кампании, направленной против гражданского населения», поскольку эти нарушения обусловлены политическими, расовыми, этническими, культурными, религиозными или другими аналогичными мотивами⁴.

¹ ТРИУ, aff. IT-94-1-T, 7 mai 1997, *Tadic*, § 652; TPIR, Chbre. 1, Aff. ICTR-96-4-T, 2 sept. 1998, *Akayesu*, § 583.

² ТРИУ, aff. IT-94-1-A, 15 juillet 1999, §§ 238–305, *spéc.* § 292 [et 252; *id.*, aff. IT-96-23 et 23/1-T, *Kunarac et al.*, 22 févr. 2001, §§ 433–434; *id.* aff. IT-95-14/2-T, *Kordic et al.*, 26 févr. 2001, § 187; *id.*, aff. IT-98-30/1-T, *Kvočka*, 2 nov. 2001, § 128; *id.*, aff. 97-25-T, *Krnjelac*, 15 mars 2002, § 53.

³ Такой широкий взгляд на вещи был принят не всеми. Так, на предложение одного французского сенатора распространить понятие преступления против человечности на убийство заложников министерство иностранных дел Франции ответило следующее: «... в настоящее время понятие преступления против человечности единодушно принимается в международном праве только в двух случаях: с одной стороны, когда речь идет о преступлениях, совершенных во время Второй мировой войны лицами, действовавшими в интересах держав Оси (...), с другой стороны, для преступления геноцида (...). Распространить это понятие (...) на другие случаи невозможно без углубленного исследования, поскольку эти темы (...) сложна и деликатна»: SCHARPENTIER, J., «Pratique française du droit international», *AFDI*, 1986, p. 1019.

⁴ Элементы преступлений, документ ООН, PCNICC/2000/1/Add. 2, 1 ноября 2000 г., с. 17.

ii) Умысел как элемент состава преступления геноцида

4.275. Конвенция о геноциде криминализует действия, совершенные «с намерением уничтожить...»¹. В отсутствие *animus*, требуемого Конвенцией, деяние, которое приведет к уничтожению национальной, этнической или религиозной группы без намерения добиться этого результата, не будет геноцидом: это следует как из текста Конвенции, так и из подготовительных материалов к ней² (см. выше, п. 4.268). Заявление о толковании, приложенное к документу о присоединении США, аналогично по смыслу³. Тут, правда, встает вопрос, можно ли, сохраняя здравый смысл, представить себе, что намеренное уничтожение национальной, этнической или религиозной группы не считается геноцидом, так как, *по словам* совершившего его лица, у него не было намерений, обусловленных национальностью, этнической принадлежностью или религией этой группы людей. Как справедливо заключила одна из Камер МТБЮ,

«особое намерение совершить преступление геноцида не обязательно должно быть ясно выражено. (...) установить его позволяют некоторые факторы, а именно общая доктрина политического проекта, повторяющиеся разрушительные акты дискриминационного характера или совершение актов, посягающих на основы существования группы»⁴.

Иными словами, намерение может быть объективно установлено на основании фактических обстоятельств⁵, что оставляет место для различных интерпретаций, которые будут зависеть от конкретных судей⁶.

В случае массовых убийств в Дарфуре Международная следственная комиссия ООН заключила, что геноцида не было, поскольку выявленные факты не указывали на намерение полностью уничтожить пострадавшие племена: всех мужчин не убивали; хотя условия жизни в лагерях для перемещенных лиц, развернутых правительством, были трудными, но не преследовалась цель обеспечить вымирание перемещенных лиц; некоторые деревни со смешанным населением (африканские и арабские племена) не подвергались нападениям⁷.

¹ Ср.: DRAPER, G.I.A.D., «Le développement du droit international humanitaire», in *Les dimensions internationales ...*, *op. cit.*, p. 106.

² См.: *Genocide Conv., Report of the Committee on Foreign Relations, U.S. Senate*, July 18, 1981, p. 22, cité ci-après U.S. Senate's Report, in *ILM*, 1989, p. 772.

³ *Ibid.* См. критику: VERHOEVEN, *op. cit.*, *RBDI*, 1991, p. 19.

⁴ ТПИУ, aff. IT-95-5 et 18-R61, 11 juillet 1996, *Karadzic et Mladic*, § 94; также: ТПИУ, Chbre. 1, aff. ICTR-96-4-T, 2 sept. 1998, §§ 478 et 728.

⁵ ТПИУ, aff. ICTR-95-1-A, *Kayishema et Ruzindana*, 1^{er} juin 2001, § 159; ТПИУ, aff. IT-98-33-A, *Krstic*, 19 avril 2004, §§ 34–35; ТПИУ, aff. ICTR-99-54 A-A, *Kamuhanga*, 19 sept. 2005, §§ 79–82; *id.*, aff. ICTR-2001-76-T, *Simba*, 13 déc. 2005, § 413; *id.*, aff. ICTR-2001-71-T, *Ndindabahizi*, 15 juillet 2004, §§ 454 ss.; ср.: Консультативное заключение Международного суда относительно угрозы ядерным оружием или его применения, 8 июля 1996 г., п. 26; в том же смысле: CJCE, aff. T-142/89, 6 avril 1995, *Boël*.

⁶ Ср. постановления Судебной камеры первой инстанции и Апелляционной камеры МТБЮ по вопросу о том, может или не может подсудимый Еличич быть осужден за геноцид: aff. IT-95-10-T, 14 déc. 1999, § 139 et aff. IT-95-10-A, 5 juillet 2001, § 72; см. также: *id.*, aff. IT-99-36-T, *Brdanin*, 1^{er} sept. 2004, §§ 979–982.

⁷ Документ ООН S/2005/60, 1 февраля 2005 г., пп. 513–518.

4.276. Осведомленность о том, что совершаются акты геноцида, тоже не может быть приравнена к намерению совершать такие действия¹. Осведомленность о совершаемых действиях и содействие им лица, которое не разделяет при этом намерения основного исполнителя, выступает, напротив, как факт соучастия².

4.277. Документы, криминализирующие геноцид, не требуют, чтобы уничтожение группы было *полным*. «Частичное» уничтожение группы составляет геноцид в полном соответствии с формулировкой ст. II Конвенции, если это уничтожение мотивировано национальностью, расой, религией или этнической принадлежностью группы. И тот факт, что турки в 1915 г., нацисты во время Второй мировой войны или руандийские экстремисты в 1994 г. не планировали уничтожить, соответственно, всех армян, всех евреев или всех цыган, всех гомосексуалистов или всех тутси *на планете*, не означает, что массовые убийства, жертвами которых стали части этих общин, не составляли преступления геноцида. Как заявил МУТР в деле Акайесу, «преступление геноцида не обусловлено фактически полным уничтожением группы»³. По мнению МТБЮ, бойня в Сребренице, осуществленная сербскими силами Боснии и Герцеговины в 1995 г., хотя и ограничилась уничтожением боснийских мусульман мужского пола, была тем не менее актом геноцида, поскольку выражала намерение уничтожить если не всю группу боснийских мусульман, то по крайней мере ее часть:

«Намерение убить всех боснийских мусульман мужского пола призывного возраста соответствует намерению частично уничтожить группу боснийских мусульман по смыслу ст. 4 и, следовательно, должно быть квалифицировано как геноцид»⁴ (ср. выше, п. 4.275).

Кроме этого, нужно, чтобы была уничтожена «значительная» часть группы. Дело в том, что в США слова «уничтожить группу полностью или *частично*...» понимаются как *to destroy in whole or in substantial part ...*» (то есть целиком или значительную часть). Американцы объясняют такое прочтение следующим образом:

«Чтобы быть квалифицирован как геноцид, акт должен преследовать цель уничтожения группы как жизнеспособной общности. Таким образом, изолированные акты насилия в отношении членов группы исключаются»⁵.

Этот критерий — уничтожение «значительной» части группы, позволяющий данное уничтожение квалифицировать как геноцид — был подтвержден доктриной и судебной практикой⁶. Правда, нужно еще определить, что следует считать «значительной» частью.

¹ ТРИУ, aff. IT-98-33-A., *Krstic*, 19 avril 2004, §§ 129 et 134..

² *Ibid.*, § 140.

³ Aff. ICTR-96-4-T, *loc. cit.*, § 497.

⁴ ТРИУ, aff. IT-98-33-T, *Krstic*, 2 août 2001, § 598.

⁵ *Genocide Conv., op. cit.*, ILM, 1989, p. 772.

⁶ Projet de code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité, commentaire de l'art. 17, *Ann. CDI*, 1996, II, 2^e partie, p. 47; ТПИР, aff. ICTR-97-20-T, *Semanza*, 15 mai 2003, § 316; ТРИУ, aff. IT-98-33-A, *Krstic*, 19 avril 2004, § 11; *Application de la Convention sur le génocide, CIJ, Rec. 2007*, § 198.

4.278. По мнению МТБЮ, необходимо учитывать не только число убитых, но и роль соответствующей части группы в выживании последней. В случае резни в Сребренице, речь шла о значительной части группы, поскольку убив 8 тысяч мусульман мужского пола из примерно 40 тысяч жителей Сребреницы, исповедующих ислам, сербы создали угрозу для выживания всей общины в *этом* районе. Таким образом, имел место геноцид¹.

Напротив, в деле Брданина, хотя подсудимый и был признан виновным в гибели 1669 несербов и в действиях, которые должны были обеспечить уничтожение еще 14 тысяч несербов, одна из Камер МТБЮ сочла, что эти действия не составляли геноцида, поскольку убитые составляли лишь 5,34 % несербского населения Краины².

Эта концепция представляется спорной: убийства в Сабре и Шатиле, жертвами которых стали 700 или 800 человек (то есть вряд ли значительная часть палестинского населения Ливана), были сочтены геноцидом (см. выше, п. 4.265).

Если мерить аршином МТБЮ, получится, что убийство 65 миллионов китайцев не будет геноцидом, потому что убитые китайцы составили бы лишь 5 % населения Китая (один миллиард 300 миллионов жителей). Напротив, убийство «последнего из могижан» будет геноцидом, потому что это — могижанин. Если во втором случае возражений не возникает, то первый вызывает большие сомнения.

4.279. Конвенция признает преступными действия, имеющие целью «уничтожить, полностью или частично, какую-либо национальную, этническую, расовую или религиозную группу как таковую»³. Отсюда следует, что Конвенция не применяется к действиям, совершаемым с целью уничтожения группы в связи с *политическими*⁴ или *идеологическими* убеждениями ее членов — ситуация, часто встречающаяся в наши дни в странах, где происходят массовые нарушения прав человека.

Этот недочет Конвенции не был случайностью. Проблема включения или отказа от включения политических групп в категории жертв геноцида стала предметом ожесточенных споров в рамках работ по подготовке Конвенции, в том числе на 74-м и 75-м заседаниях Шестого комитета Генеральной Ассамблеи ООН (14–15 октября 1948 г.).

Сначала сторонники включения политической группы в определение были в большинстве (29 голосов против 13, в том числе Бельгия, при 9 воздержавшихся), однако на 128-м заседании Комитета (29 ноября 1948 г.) было решено при 22 голосах «за» (в том числе Бельгия), 6 голосах «против» и 12 воздержавшихся не включать в определение политические группы. Основной причиной, заставившей несколько стран изменить свое мнение, было опасение, что если в определении понятия «геноцид» останется уничтожение политических групп, от Конвенции отвернутся многие государства⁵.

¹ TPIY, aff. IT-98-33-A, *Krstic*, 19 avril 2004, §§ 12–23; aussi, *Application de la Convention sur le génocide*, CIJ, Rec. 2007, § 200.

² *Id.*, aff. IT-99-36-T, *Brdanin*, 1^{er} sept. 2004, § 974.

³ О трудности определения такой группы (например, в случае геноцида тутси в Руанде), см.: HANNOFF, F., «Le Tribunal international pour le Rwanda: présentation de certains aspects juridiques», *RICR*, 1997, p. 714.

⁴ *Genocide Conv., op. cit.*, ILM, 1989, p. 764.

⁵ Doc. off. de la 3^e sess. de l'A. G., 1^e partie, Questions juridiques, 6 e Comm. Comptes rendus analytiques, pp. 98–120, 661–664.

Как бы там ни было, такое действие все же является преступлением против человечности в свете статей 6, с, Устава Нюрнбергского трибунала, 5, с, Устава Токийского трибунала и II, п. 1, с, Закона № 10, поскольку эти положения признают преступными «преследования по *политическим, расовым или религиозным мотивам*» (*курсив автора*).

4.280. В рамках преследования, возбужденного в 1998 г. в Испании против бывшего чилийского диктатора А. Пиночета, испанская юстиция сочла, что обвинение в геноциде обоснованно, несмотря на то, что Конвенция 1948 г. совершенные в отношении «политической» группы, исключила из определения преступления. Уголовный отдел национального суда (*Audiencia nacional*) решил, что хотя в Конвенции ничего об этом не говорится, это не обязательно означает исключение «политической» группы. Кроме этого, термин «национальная группа», который в Конвенции упоминается, обозначает не только группу лиц, принадлежащих к одной нации, но может использоваться для обозначения любой группы лиц, обладающей определенными характеристиками и являющейся частью более крупной общности. Было бы абсурдом предположить, что составители Конвенции хотели, чтобы систематическое уничтожение группы лиц различных национальностей, но характеризующейся, например, возрастом, состоянием здоровья или принадлежностью к иностранцам, не могло быть квалифицировано как геноцид. Иными словами, Конвенция

«не может исключить те или иные национальные группы, обладающие определенными национальными характеристиками, которые подвергаются дискриминации по отношению к другим. (...) Все фактические или потенциальные чилийские и иностранные жертвы принадлежали к группе, которая обладала конкретными параметрами в стране и которую попытались уничтожить»¹.

В обвинительном приговоре Пиночету испанский следственный судья Б. Гарсон долго развивал этот тезис, доказывая, что уничтожение группы неизбежно мотивировано политическими целями, и тот факт, что это касалось группы, обладающей лингвистическими, историческими, территориальными или иными характеристиками, не исключал квалификации в качестве геноцида: все эти группы принадлежали к «национальной» группе. Он, например, пишет:

«Нет никаких сомнений в том, что полное или частичное уничтожение шотландцев, каталонцев, басков или корсиканцев просто потому, что они ими являются, будет геноцидом национальной, но не обязательно этнической группы, независимо от того, по какой причине это делается: язык, традиции, территориальные претензии или идеология. Ведь решающий фактор таков: основанием для истребления подобной группы является как раз принадлежность этих людей к такой национальной группе, спаянной различными постоянными, общими и дифференцирующими признаками»².

Эти толкования сферы применения Конвенции 1948 г. в части, касающейся статуса жертв, крайне интересны, но они вовсе не соответствуют четко выраженной государствами в 1948 г. воле ограничить понятие геноцида случаями, перечисленными в ст. II.

¹ National Court Criminal Division, Plenary Session, 5 Nov. 1998, point 5, in *YIHL*, 1999, p. 512.

² Indictment Order of Judge Garzon against General Pinochet, 10 Dec. 1998, *ibid.*, p. 520.

Расширение квалификации, за которое ратует испанская юстиция, возможно, и не нужно, поскольку есть преступление против человечности, сфера применения которого легко охватывает правонарушения, не подпадающие под определение геноцида.

4.281. Хотя уничтожение какой-либо группы как таковой в силу ее политических убеждений и не является геноцидом с формальной точки зрения, такое определение тем не менее приемлемо, если группа в действительности идентифицирует себя с какой-либо этнической общностью, а этническая принадлежность группы выступает как подлинная причина ее истребления¹.

4.282. Что касается резни в Сребренице, обвиняемый утверждал, что убийство 8 тысяч мусульман-мужчин призывного возраста не было актом геноцида, но преследовало военную цель (!), а не этническую или религиозную. Апелляционная камера отклонила такую юридическую аргументацию: истребление пятой части мусульманского населения, причем только мужчин, могло со временем поставить под угрозу выживание всего этого населения². На самом деле многие из убитых мужчин не были способны носить оружие (слишком молоды, слишком стары, инвалиды)³. Как бы там ни было, не имеет значения, была ли жертва военнослужащим или гражданским лицом: поскольку человек оказался убит в силу своей принадлежности к социальной, религиозной, этнической или национальной группе, действие было квалифицировано как геноцид⁴.

4.283. Доктрина и юриспруденция уточнили понятие расовой, национальной, этнической и религиозной группы. Если «национальную» группу охарактеризовать довольно просто — это ее идентичность и национальные корни, а религиозная группа характеризуется общим вероисповеданием ее членов, с понятиями расовой и этнической групп возникает больше сложностей. В наши дни понятие расы скорее отвергается: есть одна раса, и это род человеческий. По мнению Европейского суда по правам человека,

«понятие расы коренится в идее биологической классификации человеческих существ на подвиды на основе морфологических характеристик, таких как цвет кожи или черты лица»,

в то время как

«этническое происхождение исходит из идеи, что социальные группы отмечены, в частности, общностью национальности, религии, языка, культурных корней, традиций и жизненной среды»⁵.

¹ TPIR, aff. ICTR-99-52-T, *Barayagwiza et al. (aff. des médias)*, 3 déc. 2003, § 969, *Rec.*, p. 1051.

² TPIY, aff. IT-98-33-A, *Krstic*, 19 avril 2004, §§ 28–29.

³ *Ibid.*, § 27.

⁴ *Ibid.*, § 226.

⁵ Grde. Chbre., *Sedjic et Finci c/Bosnie-Herzégovine*, 22 déc. 2009, § 43; в том же смысле см.: Доклад Международной следственной комиссии ООН по Дарфуру, док. ООН S/2005/60, 1 февраля 2005 г., п. 494; TPIR aff. IT-95-1-T, *Kayishema et Ruzindana*, 21 mai 1999, § 98.

А как быть с «племенными» группами, которые строятся на родственных связях и общем предке?¹ Их истребление может быть квалифицировано как «геноцид», только если эти группы одновременно составляют «отдельную расовую, национальную, этническую или религиозную группу»².

4.284. Однако практика показывает, что истребление группы, которая не характеризуется ни расой, ни национальностью, ни этнической принадлежностью, ни религиозными верованиями, может быть квалифицировано как «геноцид». Так было с истреблением тутси в Руанде в апреле-июне 1994 г. Тутси не отличались от хуту какими-то особыми наследственными характеристиками, языком, религией, культурой или национальными корнями. В конечном счете, то, что отличало тутси от хуту, было сознание принадлежности к другой, иной группе. То есть эти группы существовали за счет само- и гетероидентификации³, что явным и неявным образом привело МУТР к признанию того, что истребление этих людей, обусловленное их принадлежностью к группе тутси, можно квалифицировать как геноцид⁴. И тут нет никакой подтасовки нормы, если вспомнить о том, что изначально геноцид обозначал истребление евреев нацистским режимом в 1940–1945 гг. и что, как писал Жан-Поль Сартр, «еврей — это человек, которого другие люди воспринимают как еврея»⁵.

МТБЮ говорит практически то же самое, когда заключает:

«Поэтому целесообразнее оценивать статус национальной, этнической или расовой группы с точки зрения ее восприятия лицами, которые хотят отличить эту группу от остальной общности»⁶.

В самом деле, Европейский суд по правам человека отмечает:

«В бывшей Югославии решение о принадлежности к этнической группе принималось самими людьми на основе самоклассификации»⁷.

Поскольку это широкое понимание геноцида никогда не оспаривалось государствами, его можно рассматривать сегодня как выражение международного обычая⁸.

4.285. Напротив, не рассматривалось как геноцид намерение истребить группу, идентифицируемую негативно, то есть не обладающую характеристиками,

¹ Доклад Международной следственной комиссии по Дарфуру, документ ООН S/2005/60, 1 февраля 2005 г., п. 495.

² *Ibid.*, п. 496.

³ *Ibid.*, § 498; TPIR, aff. ICTR-95-1-T, *Kayishema et Ruzindana*, 21 mai 1999, § 98.

⁴ *Ibid.*; см. также: TPIR, aff. ICTR-96-4-T, *Akayesu*, 2 sept. 1998, § 702.

⁵ *Réflexions sur la question juive*, Paris, Gallimard, 1954, p. 83.

⁶ TPIY, aff. IT-95-10-T, *Jelisić*, 14 déc. 1999, § 70.

⁷ Grde. Chbre., *Sedjic et Finci c/Bosnie-Herzégovine*, 22 déc. 2009, § 11.

⁸ *Rapport Darfour, op. cit.*, § 501.

присущими группе, к которой принадлежит исполнитель преступления. МТБЮ сформулировал следующее заключение:

«Таким образом, под геноцидом изначально понималось истребление расы, племени, нации или другой группы, обладающей определенной идентичностью, но не уничтожение различных лиц, такой идентичности не имеющих. (...) У негативно определяемых групп нет конкретных характеристик, и идентификация групп от противного пошла бы вразрез с намерениями составителей Конвенции о геноциде (...) Геноцид означает истребление уникальных, положительно определяемых групп, обладающих своей идентичностью»¹.

Международный суд подтвердил, что в намерении уничтожить группу «как таковую»

«имеет значение то, кем эти лица являются, а не то, кем они не являются (...). С правовой точки зрения группа должна определяться позитивно, а не негативно (...)»².

3. Совокупность преступлений

4.286. Как и в случае военных преступлений (см. выше, п. 4.223 и сл.), действия, составляющие преступления против человечности, могут одновременно быть элементами состава других правонарушений: военных преступлений, терроризма, пыток³ и т. д. Во время вооруженного конфликта совпадение преступлений против человечности и военных преступлений происходит достаточно часто. Приговор Нюрнбергского трибунала не всегда проводил четкую границу между этими двумя понятиями: большинство обвиняемых были осуждены за «военные преступления и преступления против человечности». Трибунал не сделал достаточно определенной разбивки их действий по этим статьям обвинения.

Только двое обвиняемых преследовались исключительно за «преступления против человечности» и были признаны виновными в них (Штрайхер и фон Ширах) (Streicher, von Schirach). Одного судили за пропаганду и поощрение уничтожения всех евреев (Штрайхер), другого — за участие в организации депортации тысяч австрийских евреев (фон Ширах)⁴. По всей видимости, здесь критерием преступления против человечности послужили массовый характер совершенных незаконных действий и «политические, расовые или религиозные мотивы».

Совпадение преступлений против человечности и военных преступлений прекрасно иллюстрирует дело Барбье. В своем постановлении от 20 декабря 1985 г., вынесенном по обжалованию гражданских истцов, Кассационный суд Франции заключил, что «ужасные» преступления, которые систематически или коллективно совершались против комбатантов во имя «идеологии», являлись преступлениями против человечности, даже если

¹ TPIY, aff. IT-99-24-A, *Stacic*, 22 mars 2006, §§ 21–22, 24.

² *Application de la Convention sur le génocide, CIJ, Rec. 2007*, §§ 193 et 196.

³ Так, Пиночет был обвинен в геноциде, терроризме и пытках, National Court Criminal Division, Plenary Session, 5 Nov. 1998, points 5, 6 et 7, *YJHL*, 1999, pp. 512–513.

⁴ *Procès, Doc. off.*, T. 1, pp. 322 ss., 341 ss.; sur ces deux cas, *BASSIOUNI, op. cit.*, p. 187.

их можно было квалифицировать и как военные преступления согласно ст. 6, b, Устава Нюрнбергского трибунала. Политическое обоснование этих преступлений идеологией национал-социализма придавало им характер преступления против человечности¹. Иными словами, тот факт, что деяния, в которых обвинялся Барбье, были военными преступлениями, не мешал им быть одновременно преступлениями против человечности (идеальная совокупность преступлений) в силу *мотивов*, которые характеризовали эти преступления против человечности.

Такая совокупность преступлений может стать еще более частой, если мотивы, как мы могли это констатировать, перестанут быть критерием преступлений против человечности.

Так, в 1987 г. Комиссия международного права в конечном счете пришла к заключению, что установленное в Нюрнберге различие между военными преступлениями, совершенными в отношении гражданских лиц, с одной стороны, и преступлениями против человечности — с другой, не было абсолютным и допускало взаимопроникновение, и что по существу жестокость некоторых действий давала достаточно оснований для их квалификации как преступлений против человечности, независимо от расовых или религиозных мотивов²:

«Преступления, совершенные в отношении населения оккупированной территории, очевидно, являются военными преступлениями, но ввиду их жестокости они могут одновременно составлять преступления против человечности, независимо от каких бы то ни было факторов расового и религиозного плана. Следовательно, различие между военными преступлениями и преступлениями против человечности не носит систематического и абсолютного характера»³.

Однако не любое военное преступление составляет преступление против человечности, и наоборот. Каждая из этих двух разновидностей правонарушений обладает собственными характеристиками — например, наличие вооруженного конфликта для военного преступления и существование крупномасштабного нападения, направленного против гражданского населения, для преступления против человечности (см. выше, п. 4.228). И только при условии, что эти конкретные элементы реализуются в одном и том же деянии, имеет место идеальная совокупность преступлений.

4.287. Напомним, что согласно практике международных уголовных трибуналов идеальная совокупность преступлений наличествует, когда одно и то же деяние одновременно подпадает под два разных состава преступления и требуется доказать для каждого из них наличие элемента, который не требуется для другого⁴ (см. выше, п. 4.228 и сл.).

¹ Aff. *Barbie*, JDI, 1986, p. 142, note Edelman; см. также: ТПИУ, aff. IT-95-13-R61, 3 avril 1996, «Hôpital de Vukovar», § 29.

² *Rapport CDI*, 1987, doc. ONU A/42/10, p. 31.

³ *Ibid.*

⁴ ТПИУ, aff. IT-95-16-T, *Kupreskic*, 14 janv; 2000, §§ 682 et 685; *id.*, app., aff. IT-96-21-A, *Celebici*, 20 févr. 2001, §§ 412–413; *id.*, aff. IT-96-23 et 23/1-T, *Kunarac et al.*, 22 févr. 2001, §§ 549; *id.*, app., 12 juin 2002, § 168; ТПИР, aff. ICTR-96-4-T, *Ayakesu*, 2 sept. 1998, § 408.

Совокупность может иметь место даже в случае совершения двух правонарушений, принадлежащих к одной и той же категории преступлений: это относится, например, к изнасилованию и пыткам как военным преступлениям и как преступлениям против человечности. В данном случае для каждого из этих преступлений требуется условие, которое не требуется для другого: сексуальное проникновение для изнасилования и недозволенная цель для пыток¹ (см. выше, пп. 4.134 и 4.140).

В случае совокупности преступлений при назначении наказания учитывается только самое тяжкое преступление или наиболее конкретно определенное² (о последствиях совокупности преступлений см. выше, п. 4.223 и сл.).

Случается и так, что одна из Камер выдвигает совокупность обвинений по одной и той же категории преступлений, не стремясь при этом установить, какая из криминализаций является наиболее тяжелой и конкретной. Так обстоит дело с убийством и истреблением по смыслу ст. 5 Устава МТБЮ³. Совокупность обвинений служит в данном случае не для назначения наказания, а для обеспечения полноты характеристики противоправного поведения подсудимого⁴.

D. Сфера действия криминализации

1. Конвенционные и обычные определения состава преступления

4.288. Подобно криминализации военных преступлений, основанием для которой послужило нюрнбергское и токийское право, криминализация преступлений против человечности носит непосредственный и универсальный характер (см. выше, пп. 4.209 и сл., 4.216 и сл.). С непосредственным характером криминализации иногда возникают, как мы это увидим, определенные сложности, когда нужно будет отличить преступление против человечности (а) от геноцида (б).

a) Преступление против человечности

4.289. Криминализация преступлений против человечности, как она вытекает из ст. 6, с, Устава Международного военного трибунала в Нюрнберге, применялась непосредственно трибуналами союзников не только в первые послевоенные годы⁵, но и сравнительно недавно:

— в деле Эйхмана окружным судом Иерусалима, а затем Верховным судом Израиля в 1961 г.⁶;

¹ TPIY, app., aff. IT-96-23 et 23/1-A, *Kunarac et al.*, 12 juin 2002, § 179.

² *Ibid.*, § 170; TPIY, aff. IT-95-16-T, *Kupreskic*, 14 janv; 2000, §§ 683–692.

³ TPIY, aff. IT-97-24-T, *Stakic*, 31 juillet 2003, § 877.

⁴ *Ibid.*

⁵ Пример из бельгийской практики см.: Conseil de guerre de Bruxelles, 28 déc. 1949, aff. 430, *Siegburg*, inédit; определение «преступления против человечности» не было, однако оно восстановлено в апелляционном порядке, Cour militaire, 7 juin 1950, arrêt 255, *Siegburg*, inédit (автор благодарит г-жу А.-М. Вейзерс (Weisers), докторантку по истории, предоставившую ему эти постановления).

⁶ *ILR*, 36, pp. 39–42, 45–48, 288, 295.

- в деле пакистанских офицеров, выдачи которых Бангладеш требовала у Индии в 1971 г. с целью их уголовного преследования «за акты геноцида и преступления против человечности»¹. Известно, что впоследствии Бангладеш отказалась от своего требования, когда Пакистан признал ее *de jure* как государство, а Индия смогла репатриировать этих пакистанских офицеров в страну происхождения²;
- в деле Ментена Верховным судом Нидерландов в 1981 г.³;
- в деле Барбье, когда французские судьи обосновали применение ст. 6, с, следующими критериями:
 - принадлежностью этого определения к международному правопорядку в области пресечения преступлений, которому понятие граница... чуждо по самой своей сути;
 - присоединением Франции к этому правопорядку, в частности посредством ратификации Лондонского соглашения от 8 августа 1945 г.;
 - закреплением резолюцией Генеральной Ассамблеи ООН от 13 февраля 1946 г. определения преступлений против человечности, данного в Уставе Нюрнбергского трибунала;
 - рекомендацией, которую сделала ООН государствам в той же резолюции, преследовать и выдавать лиц, виновных в совершении этих преступлений;
 - соответствием этих текстов ст. 7, п. 2, Европейской конвенции о защите прав человека и основных свобод и ст. 15, п. 2, Международного пакта о гражданских и политических правах⁴, где утверждается, что принцип отсутствия обратной силы у уголовных законов не препятствует преследованию и осуждению лиц за действия, считающиеся «преступными в свете общих принципов права, признанных всем международным сообществом» (ст. 15, п. 2, приводившаяся выше). Именно на аналогичной основе было возбуждено уголовное преследование лица, обвинявшегося в захвате самолета, хотя данное действие не рассматривалось как преступное законодательством соответствующей страны в момент его совершения⁵;
- в деле Финта Верховным судом Онтарио в 1989 г.⁶;
- в деле Павлова судами городов Полва и Тарту (Эстония) в 2000 г.⁷;
- в процессе над семерыми военнослужащими вооруженных сил ДРК, обвиняемыми в изнасилованиях, которые *in casu* были приравнены к преступлениям против человечности, поскольку, согласно заключению Миссии ООН в Демократической Республике Конго (МООНДРК), военный трибунал гарнизона Мбандаки «непосредственно при-

¹ CJ, *Annuaire 1973–1974*, p. 125.

² *Chronique Rousseau, RGDIP*, 1974, p. 1124.

³ *NYIL*, 1982, pp. 401 ss.

⁴ Ch. d'Acc. App. Lyon, 8 juillet 1983; Cass. fr. Crim., 6 oct. 1983, *Clunet*, 1983, pp. 779 ss., note Edelman; см. также: Cass. fr., Crim., 3 juin 1988, *Gaz. Pal.*, 1988, II, 745; *id.*, 27 novembre 1992, *Touvier, J.C.P.*, 1993, II, 21977.

⁵ Sri Lanka, *Crt. of App.*, 28 May 1986, *Ekanayake, ILLR*, 87, p. 298.

⁶ 10 July 1989, *ILLR*, 82, 438 ss.

⁷ *Jugements du 29 juin et du 5 octobre 2000*, cités et résumés par T. Kerikmäe et A. Parmas, in *YIHL*, 2000, pp. 489–490.

менил Римский статут МУС», использовав определение преступления против человечности, данное в Статуте; кроме того, трибунал приговорил ДРК к выплате компенсации пострадавшим в случае неплатежеспособности осужденных¹;

В двух делах непосредственное применение криминализации оспаривалось:

- В деле Трайковича косовский трибунал считал, что положение Уголовного кодекса Югославии — ст. 142, применимая в данном случае, — позволяет применять непосредственно криминализации обычного международного права, поскольку данная статья криминализует нападения на гражданское население, совершенные в нарушение норм международного права; по мнению трибунала, ссылка в данной статье на международное право охватывает как договорное, так и обычное международное право. На этом основании трибунал осудил обвиняемого за преступления против человечности, хотя данный состав явным образом не присутствует в статье, а фигурирует только в названии главы, содержащей ст. 142. Трибунал, в частности, заявил, что:

«(...) ст. 142 помещена в Главу 16, озаглавленную «Преступные действия против человечности и международного права». (...) Международное право включает в себя как *обычное международное право*. (...) ссылка в ст. 142 (...) на нарушения норм международного права делает возможным обвинение исполнителя действий, перечисленных в тексте, касающемся преступлений против человечности (...)»².

Это постановление было пересмотрено судом Приштины, а дело передали в суд первой инстанции по причинам, связанным в основном с фактической и доказательной базой. Хотя суд не высказался по вопросу о применении обычного международного права в уголовной сфере³, обвинитель заявил о своем несогласии с непосредственным применением, признавая при этом наличие разногласий по данному вопросу и тот факт, что национальные суды то применяли, то отказывались применять международный обычай, а также отсутствие в доктрине единого мнения на этот счет⁴.

- В Нидерландах дело Бутерсе (Bouterse) в 2000–2001 гг. вызвало разногласия между Апелляционным судом Амстердама и Верховным судом. Речь шла о суринамском генерале, который в 1982 г. приказал казнить 15 человек в форте Зеландия в Панамарибо. На основании исков от родственников двух казненных Апелляционный суд Амстердама заключил, что в указанных действиях присутствовал состав преступления пыток и преступления против человечности в свете обычного международного права, которое применялось в момент совершения указанных действий. Таким образом, преследование Бутерсе по одной из этих квалификаций не противоречило ст. 15, п. 2, Международного пакта о гражданских и политических правах. Хотя нидерландское право разрешало преследования только за деяния, наказуемые по нидерландскому законодательству, а преступление пыток было включено в нидерландское законодательство только в 1988 г., посредством Torture Convention Implementation Act, Апелляционный суд считал, что этот закон может толковаться ретроспективно и стать

¹ Communiqué de presse MONUC, 13 avril 2006, www.monuc.org.

² Distr. Crim. of Gjilan (Kosovo), P.Nr 68/2000, 6 March 2001 (inédit).

³ Cour supr. du Kosovo, Pristina, AP.nr. 145/2001, 30 nov. 2001, www.ridi.org/adi/documents/trajkovicsck.pdf.

⁴ Текст заключения обвинителя см.: www.ridi.org/adi/documents/trajkovicopp.pdf.

основанием для преследования¹. Верховный суд Нидерландов отменил это решение, которое, по его мнению, наделяло закон о пытках обратной силой. За неимением в международном праве нормы, которая предусматривала бы это, такое ретроактивное применение положений уголовного права, касающихся пыток, противоречит нормам нидерландского права об отсутствии у законов обратной силы. По мнению Суда, ст. 7, п. 2, Европейской конвенции о защите прав человека и основных свобод и ст. 15, п. 2, Пакта 1996 г. ничего не меняют в этом плане, поскольку отсылают к обычному международному праву, которое, в отличие от международного договорного и производного права, не имеет приоритета над внутригосударственным законодательством².

Эти дела иллюстрируют различие концепций, которые могут существовать даже в рамках одного государства относительно непосредственной применимости обычной криминализации³.

С международными судебными инстанциями все обстоит проще, поскольку данный состав преступления является частью их базового правопорядка. Так, понятие преступления против человечности, предусмотренное Уставами МТБЮ (ст. 5) и МУТР (ст. 3), неоднократно применялось этими Трибуналами⁴.

Правда, нужно еще, чтобы криминализация была четко сформулирована: действие, которое походит на преступление, но не определено как таковое, «преступлением» считаться не будет. Так, было с «посягательствами на жизнь и физическую целостность», предусмотренными ст. 3, общей⁵. Аргументация спорная, поскольку нарушения ст. 3, общей, были приравнены к преступлениям, поименованным в ст. 3 Устава, по заключению другой Камеры МТБЮ⁶.

4.290. Бельгия инкорпорировала преступление против человечности в свое внутреннее право посредством закона от 10 февраля 1999 г. (ст. 1, п. 2)⁷, который был пересмотрен 5 августа 2003 г.: там состав преступления против человечности был сформулирован так же, как в ст. 7 Статута МУС (см. ниже, п. 4.384 и сл.).

¹ Décision du 20 nov. 2000, §§ 5.1–5.4, 6.4, 8.2, 8.3; по этому делу см. замечания: VAN SLIEDREGT, E. et KEIZER, N. in *YIHL*, 2000, pp. 548–550.

² Arrêt du 18 sept. 2001, §§ 4.4.1, 4.4.2, 4.5, 4.6, 4.8, www.rechtspraak.nl/uitspraak.

³ О разногласиях между австралийскими судьями по вопросу о составе преступления геноцида в австралийском праве в отсутствие австралийского закона, который предусматривал бы такую криминализацию, см.: Fed. Cr. of Austr., 1 Sept. 1999, *Nulyarimma et al.*, per Wilcox et Whitlam, spéc. §§ 30–31, 42, per Merkel, §§ 132, 138, 139, 186, *ILM*, 2000, pp. 26 ss.

⁴ ТПИУ, aff. IT-95-13-R61, 3 avril 1996, «Hôpital de Vukovar», §§ 31–37; *id.*, aff. IT-94-1-T, *Tadic*, 7 mai 1997, VIII (chefs d'accusation n° 1, 11, 14, 17, 23, 34); *id.*, aff. IT-95-10-T, *Jeliscic*, 14 déc. 1999 (chefs d'accusation n° 5, 7, 9, 11, 15, 19, 21, 23, 31, 33, 37, 39, 41); *id.*, aff. IT-95-16-T, *Kupreskic et al.*, VIII, 14 janv. 2000, (*Kupreskic M. et V.*, chef d'accusation n° 1; *Josipovic*, chefs d'accusation n° 1 et 16; *Santic*, chefs d'accusation n° 1 et 16); *id.*, aff. IT-95-16-T, *Blaskic*, 3 mars 2000, VI, (chefs d'accusation n° 7 et 10); *id.*, aff. IT-96-23 et 23/1-T, *Kunarac et al.*, VII, (*Kunarac*, chefs d'accusation n° 1, 2, 18, 19; *Kovac*, chefs d'accusation n° 22, 23; *Vukovic*, chefs d'accusation n° 33, 34); *id.*, aff. IT-95-14/2-T, *Kordic et al.*, 26 févr. 2001, V, (chefs d'accusation n° 1, 2, 7, 10, 14, 17, 21, 29); *id.*, aff. IT-98-30/1-T, *Kvočka et al.*, 2 nov. 2001, V, (chefs d'accusation n° 1, 2, 4, 6, 8, 11, 14, 15); *Id.*, aff. IT-00-39 et 40/1-S, *B. Plavsic*, 27 févr. 2003, § 5. ТПИР, aff. ICTR-96-4-T, *Akayesu*, 2 sept. 1998, 8 (chefs d'accusation n° 3; 5, 7, 9, 11, 13, 14); *id.*, app., aff. ICTR-96-4-A, 1^{er} juin 2001, V; *id.*, aff. ICTR-96-3-T, 6 déc. 1999, *Rutaganda*, VI (chefs d'accusation n° 2 et 7); *id.*, aff. ICTR-96-13-T, 27 janv. 2000, *Musema*, VII (chefs d'accusation n° 5 et 7); etc.

⁵ ТПИУ, aff. IT-98-32-T, *Vasiljevic*, 29 nov. 2002, §§ 193–204.

⁶ *Id.*, aff. IT-96-21-T, *Celebici*, 16 nov. 1998, §§ 298–317.

⁷ Loi du 10 février 1999 modifiant la loi du 16 juin 1993, *M. B.*, 23 mars 1999.

Однако позволительно считать, что это преступление в качестве международного обычая присутствовало в бельгийском праве со времени принятия Устава Нюрнбергского военного трибунала (см. выше, п. 4.216). Блестящим подтверждением тому стало распоряжение, выданное бельгийским следственным судьей Д. Вандермеершем для подтверждения своей компетенции в отношении преступлений против человечности, в которых обвинялся Пиночет¹.

По поводу применения обычной криминализации во внутреннем праве распоряжение напоминает, что

«до его кодификации в договорах и законах преступление против человечности было закреплено международным обычаем и принадлежит поэтому к международному *jus cogens*, который включается во внутренний правопорядок с обязательным к исполнению эффектом *erga omnes*»².

Принадлежность криминализации к обычному праву основывается, в частности, на Уставах Международных уголовных трибуналов, которые, — что показательное, — криминализуют «деяния, совершенные до их вступления в силу»³. Что касается наказаний, достаточно применить те, которые предусмотрены общеуголовным правом для пресечения таких деяний, как «разные виды убийства, причинение телесных повреждений, незаконное лишение свободы и пытки, взятие заложника...»⁴.

Пытки тоже были инкорпорированы в качестве отдельного преступления в бельгийское уголовное право в 2002 г.⁵

b) Преступление геноцида

4.291. В случае геноцида криминализация не носит непосредственного характера: в соответствии со ст. V государства должны принимать законодательные меры, необходимые для обеспечения применения Конвенции⁶.

Как и в случае преступлений против человечности, Бельгия включила в свое законодательство этот состав преступления лишь в 1999 г., но, как мы отмечали по поводу военных преступлений, предусмотренных Женевскими конвенциями 1949 г. и Дополнительным протоколом I 1977 г. (см. выше, п. 4.215), не подлежащее непосредственному применению определение действий как преступных, не исключает прямого действия обычного определения, основывающегося на нюрнбергском праве (см. выше, п. 4.209 и сл.).

Так, в деле Эйхмана Верховный суд Израиля четко заявил, что составы преступлений, предусмотренные международным правом, могут быть имплементированы либо путем непосредственного применения международного права, либо посредством соответствующего внутреннего законодательства:

¹ Bruxelles, 1^{re} instance, ord. du 6 nov. 1998, *RDP*, 1999, pp. 278–290, note Labrin et Bosly; *J. T.*, 1999, pp. 308 ss., note Verhoeven.

² *J. T.*, 1999, p. 310.

³ *Ibid.*

⁴ *Ibid.*

⁵ Loi du 14 juin 2002 sur la mise en conformité du droit belge avec la Convention des N. U. du 10 déc. 1984 contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants, *M. B.*, 14 août 2002.

⁶ См. также: *U. S. Senate's Report*, p. 9, *loc. cit.*, p. 765 и заявление США о толковании: *ibid.*, p. 774.

«Действительно, международное право не предписывает четких и градуированных уголовно-правовых санкций. Правда и то, что до сих пор нет Международного уголовного суда, как нет и международного уголовно-правового механизма. Однако в настоящее время международное право преодолевает эти трудности, которое просто отражает его отставание в развитии, разрешая странам назначать наказания за нарушение его положений, либо вводя последние в действие непосредственно, либо через посредство муниципального законодательства, которое их принимает и интегрирует»¹ (курсив автора).

В деле Нульяриммы (Nulyarimma) один из судей федерального суда Австралии счел, что преступление геноцида является частью австралийского права, хотя оно никогда не было в него инкорпорировано². Хотя он оказался в меньшинстве³, его точка зрения была одобрена одним из комментаторов⁴.

Суды не всегда занимают такую позицию. Так, в деле Прибке (Priebke), одного из ответственных за казнь 335 итальянских заложников в пещерах в Риме в 1944 г., итальянские судьи отклонили обвинение в геноциде, поскольку данная криминализация была инкорпорирована в итальянское уголовное законодательство только в 1967 г.⁵ Однако Военный трибунал Рима счел, что речь шла о военных преступлениях и преступлениях против человечности и что эти преступления не имеют срока давности, хотя в итальянском праве нет никаких предписаний на этот счет...⁶

В деле Х. Хабре Кассационный суд Сенегала также счел, что сенегальские суды не могут осуществлять непосредственно универсальную юрисдикцию, предусмотренную Конвенцией ООН 1984 г. против пыток (ст. 5, п. 2) в отношении бывшего чадского диктатора за неимением внутригосударственного закона, который предусматривал бы такую юрисдикцию или имплементировал бы эту Конвенцию⁷. Можно лишь сожалеть об этой нерешительности, свидетельствующей о недостаточном знании соответствующих документов и потенциальных возможностях международного права.

4.292. Вводит ли Конвенция о геноциде универсальную юрисдикцию? Ст. VI предусматривает:

«Лица, обвиняемые в совершении геноцида или других перечисленных в ст. III деяний, должны быть судимы компетентным судом того государства, на территории которого было совершено это деяние, или таким международным уголовным судом, который может иметь юрисдикцию в отношении сторон настоящей Конвенции, признавших юрисдикцию такого суда».

Если оставить в стороне передачу обвиняемого «международному уголовному суду», можно констатировать, что статья лимитирует юрисдикцию государств —

¹ Israël, Supr. Ct., 29 May 1962, *ILR*, 36, p. 292.

² Fed. Ct. of Austr., 1 Sept. 1999, *Nulyarimma et al.*, per Merkel, § 186, *ILM*, 2000, p. 59.

³ Comp. *ibid.*, op. Wilcox J and Whitlam J, §§ 30–31, 42, *ILM*, 2000, pp. 26–30.

⁴ MITCHELL, A. D., «Is Genocide a Crime Unknown to Australian Law? *Nulyarimma v. Thompson*», *YIHL*, 2000, p. 382.

⁵ Решения Военного трибунала Рима от 8 мая 1996 г. и 24 апреля 1997 г., цит. по: MARCHISIO, S., «The Priebke Case before the Italian Military Tribunals: A Reaffirmation of the Principle of Non-Applicability of Statutory Limitations to War Crimes and Crimes against Humanity», *YIHL*, 1998, pp. 348–349.

⁶ Décision du 22 juillet 1997, *ibid.*, p. 352.

⁷ Arrêt du 20 mars 2001, www.hrw.org/french/themes/habre-cour_de_cass.html.

участников Конвенции территорией, на которой было совершено действие. Значит ли это, что Суд предусматривает только территориальную юрисдикцию? Если бы дело обстояло таким образом, сфера действия Конвенции и ее полезность оказались бы сильно урезанными. В действительности это ограничение не означает, что другие государства не могут возбуждать дел об имевшем место нарушении. Просто оно наделяет *приоритетной* компетенцией трибунал того государства, где было совершено преступление, но не исключает компетенции других государств¹.

Анализ подготовительных работ подтверждает это толкование, поскольку в докладе Шестого комитета Генеральной Ассамблеи ООН приводятся следующие уточнения по поводу обязанности, сформулированной в первой части ст. VI:

«Так, она [первая часть ст. VI], в частности, не затрагивает прав любого государства привлекать к ответственности в своих судах любого из своих подданных в связи с действиями, совершенными за пределами собственной территории»² (*курсив автора*).

Выражение «в частности» предусматривает возможность иных экстраэриториальных юрисдикций помимо активной персональной юрисдикции, о которой идет речь в этом отрывке из доклада³.

Испанская Audiencia nacional также считает, что ст. VI никак не препятствует преследованию за геноцид в государстве ином, нежели то, в котором он был совершен. Суд в то же время уточнил, что эту компетенцию следует рассматривать как вспомогательную по отношению к юрисдикции государства, на территории которого было совершено преступление: только в случае, если государство не осуществляет свою юрисдикцию, правосудие третьего государства может принять к рассмотрению дело о таком преступлении. Поэтому Суд допустил возбуждение преследования против Пиночета⁴, но не допустил этого в отношении ряда гватемальских руководителей, поскольку в отличие от Чили еще невозможно было утверждать, что гватемальское правосудие не возбуждает дел по фактам геноцида, совершенным в этой стране⁵.

У германской юриспруденции не было никаких сомнений относительно способности государств осуществлять универсальную юрисдикцию в отношении пресечения геноцида⁶.

Международная юриспруденция подтвердила *право* осуществлять такую юрисдикцию, но — что довольно любопытно — не *обязанность* это делать (см. ниже).

¹ См.: GLASER, S., *Droit international pénal conventionnel*, Bruxelles, Bruylant, 1970, p. 108; см. также: *Eichmann case*, ILR, 36, pp. 303–304; *U.S. Senate's Report*, p. 9, *loc. cit.*, p. 765.

² Doc. off. ONU, 6^e Comm. de l'A.G., 3^e session, 1^e partie, 134^e séance, 2 décembre 1948, p. 717.

³ *Ibid.*, 131–13^e séances, 1^{er} décembre 1948, pp. 685–700, *passim*, *spéc.*, p. 700.

⁴ National Court Criminal Division, Plenary Session, 5 Nov. 1998, *Pinochet*, point 2, *YIHL*, 1999, pp. 507–508

⁵ *Id.*, 13 Dec. 2000, points 2–5, *YIHL*, 2000, pp. 694–697, obs. M. Cottier, pp. 591–594.

⁶ См. обвинительные приговоры за геноцид, вынесенные германскими судами в отношении сербов за действия, совершенные на территории бывшей Югославии: Федеральный суд, 30 апреля 1999 г.; Федеральный конституционный суд, 12 декабря 2000 г.; Региональный верховный суд Дюссельдорфа, 29 ноября 1999 г.; Федеральный суд, 21 февраля 2001 г., цит. по: *RICR*, 2001, pp. 856–857.

4.293. Можно ли сказать, что Конвенция обязывает любое государство преследовать лицо, совершившее акт геноцида, если это преступление было совершено на территории иностранного государства? Д. Тиам (D. Thiam), специальный докладчик Комиссии международного права, так не считает. По его мнению, Конвенция о геноциде, как и Конвенция об апартеиде, устанавливает только обязательство осуществлять чисто территориальную юрисдикцию (за исключением юрисдикции Международного уголовного суда). Таким образом, норма *aut dedere aut judicare*, по-видимому, не существует в этих Конвенциях¹.

В работах по подготовке Конвенции прослеживается та же тенденция: внесенная Ираном поправка, имевшая целью обеспечить применение принципа *aut dedere aut judicare*, была отклонена под предлогом, что во внутреннем уголовном праве практически не встречается принцип универсальной юрисдикции, равно как и экстра TERRИТОРИАЛЬНОЙ (активной и пассивной персональной юрисдикции за границей, а также предметной подсудности). Кроме того, высказывалось мнение, что передача обвиняемых Международному уголовному суду была бы предпочтительнее².

Однако сегодня возникает вопрос, не должны ли все государства-участники, учитывая эволюцию международного уголовного права и исходя из буквы ст. I Конвенции, пресекать такое преступление, невзирая на место его совершения, гражданство исполнителя и жертвы. А *fortiori* дело обстоит так, поскольку геноцид не только является преступлением против человечности, но и может быть приравнен к более масштабной форме терроризма, для которого многие международные конвенции предусматривают универсальную юрисдикцию (см. выше, п. 4.224).

Согласно ст. I,

«Договаривающиеся Стороны подтверждают, что геноцид, независимо от того, совершается ли он в мирное или военное время, является преступлением, которое нарушает нормы международного права и против которого они *обязуются* принимать меры предупреждения и карать за его совершение» (*курсив автора*).

По мнению Международного суда, высказанному в 1993 г. в связи с делом о применении Конвенции о геноциде, эта статья показывает, что

«все стороны приняли на себя обязанность «принимать меры предупреждения и карать за совершение» преступления геноцида»³.

В постановлении по вопросу о его юрисдикции Суд счел, что «права и обязанности, закрепленные в Конвенции, являются правами и обязанностями *erga omnes*»⁴, и сделал вывод, что

¹ *Rapport CDI*, 1987, документ ООН, A/42/10, pp. 12 et 15.

² Doc. off. ONU, 6^e Comm. de l'A. G., 3^e session, 1^e partie, 100^e séance, 11 novembre 1948, pp. 394–407, *passim*.

³ *Application de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide, mesures conservatoires, ordonnance du 8 avril 1993*, CIJ, Rec. 1993, p. 22 § 45.

⁴ *Id.*, arrêt du 11 juillet 1996, Rec. 1996, p. 616, § 31.

«обязательство, налагаемое на каждое государство в отношении предупреждения и пресечения преступления геноцида, Конвенция *территориально* не ограничивает»¹ (курсив автора).

Таким образом, Суд, по всей вероятности, решил, что государства-участники должны осуществлять универсальную юрисдикцию, о чем непосредственно в тексте ст. VI не говорится. В 2007 г. в постановлении, вынесенном по существу, Суд вернулся к строго ортодоксальному и буквальному прочтению ст. VI: Суд допускает, что Конвенция не запрещает осуществлять универсальную юрисдикцию², но тут же добавляет, что Конвенция не обязывает государства ее осуществлять:

«Ст. VI обязывает государства-участники только ввести и осуществлять уголовную территориальную юрисдикцию. Хотя, конечно, государствам не запрещается наделить свои уголовные суды в части, касающейся геноцида, юрисдикцией, основанной на других, нежели место совершения преступления критериях, совместимых с международным правом, в частности гражданстве обвиняемого, он не обязывает их действовать таким образом»³.

4.294. Можно только поражаться этой близорукости Международного суда, которая граничит с юридической слепотой. Есть сколько угодно причин критиковать Международный суд:

- 1° В 1948 г. ст. VI имела смысл только в контексте создания «международного уголовного суда», который компенсировал бы отсутствие принципа типа *aut dedere aut judicare*⁴. Если государство, на территории которого было совершено преступление, не стало бы выполнять свою обязанность пресечения, такой суд, так сказать, принял бы эстафету. Поскольку никакой суд так никогда и не был создан в конкретных рамках Конвенции 1948 г., обязанности государств как в прошлом, так и сейчас определяются ст. I, гласящей, что государства обязуются «предупреждать и карать» преступление геноцида. Указанное постановление Суда делает это крайне проблематичным.
- 2° Международный суд, по-видимому, забыл, что сейчас уже не 1948 г. и что в наши дни, когда государства непрерывно декларируют необходимость борьбы с «безнаказанностью» (см. ниже, п. 4.380), попытки толковать Конвенцию таким образом, словно в мире не произошло никаких изменений, выглядят, по меньшей мере, как анахронизм!.. Тот факт, что в деле «Босния и Герцеговина против Сербии» компетенция Суда основывалась только на Конвенции 1948 г., не оправдывает ее толкования, настолько несовместимого с целью Конвенции и настолько не учитывающего эволюцию международного права. Похоже, что Суд забыл о том, что при толковании договора должна учитываться «последующая практика применения договора, которая устанавливает соглашение участников относительно его толкования» (Венская конвенция о праве международных договоров, ст. 31, п. 3, b)?

¹ *Application de la Convention sur le genocide, CIJ, arret du 11 juillet 1996, Rec. 1996, p. 616, § 31.*

² Также: *Cour EDH, Jorgic c/Allemagne, 12 juillet 2007, §§ 69–70.*

³ *Application de la Convention sur le genocide, CIJ, Rec. 2007, § 442.*

⁴ Ср.: *doc. off. ONU, 6^e Comm. de l'A. G., 3^e session, 1^e partie, 100^e séance, 11 nov. 1948, pp. 394–407, passim.*

3° Практика, однако, идет вразрез с преувеличенно осторожной позицией Суда. Реакция международного сообщества на геноцид в Руанде показательна в этом отношении. Генеральная Ассамблея ООН заявила, что лица, которые совершают геноцид или другие грубые нарушения международного гуманитарного права, «несут личную ответственность за эти нарушения» и что государства должны «привлечь к суду виновных лиц (...) в соответствии с международными принципами надлежащего разбирательства». Она «призывает государства выполнять свои обязательства по международному праву, *особенно* обязательства, вытекающие из Конвенции о предупреждении преступления геноцида и наказании за него»¹ (*курсив автора*). Генеральная Ассамблея ООН не указала, что преследованием виновных лиц должна заниматься одна Руанда, а остальным государствам надлежит только сотрудничать с ней. Однако именно это она должна была бы заявить, если бы придерживалась буквального толкования Конвенции.

Заявив аналогичную общую позицию, Конференция ООН против расизма и апартеида (Дурбан, 2001 г.), заявила, что апартеид и геноцид должны быть осуждены, «где бы и когда бы они ни осуществлялись», и что необходимо «воспрепятствовать их повторению»². В рамках последующих мер по исполнению Декларации Генеральная Ассамблея ООН повторила, что государства обязаны «стремиться к тому, чтобы преступления (мотивированные расизмом, расовой дискриминацией, ксенофобией и нетерпимостью) не оставались безнаказанными»³.

Как Генеральная Ассамблея ООН, так и Дурбанская конференция не сделали никаких уточнений относительно компетенции, которой Конвенция 1948 г. наделяет государство, на территории которого были совершены акты геноцида. Общий характер формулировок, использованных как Генеральной Ассамблеей ООН, так и Конференцией в части, касающейся обязанности пресечения, в сочетании с хранимым ими молчанием относительно «территориальности» Конвенции, позволяют заключить, что в отношении фактов геноцида все государства могут и *должны* осуществлять универсальную юрисдикцию, подобно тому, что Генеральная Ассамблея ООН заявила ранее по поводу пересечения военных преступлений и преступлений против человечности⁴. Эти позиции государств — членов ООН, которые, кроме этого, все являются участниками Конвенции 1948 г., отражают толкование, которое следовало ей давать. Хотелось бы понять, почему Международный суд их проигнорировал.

4° Позиция Международного суда нелогична в отношении ценностей, на которых основывается состав преступления геноцида: в самом деле, как понять, что международное право обязывает государства осуществлять универсальную компетенцию, например в отношении единичного случая пыток военно-

¹ Рез. ГА ООН A/Res. 49/206, 23 декабря 1994 г., пп. 4 и 6; 50/200, 22 декабря 1995 г., пп. 6–7; 51/114, 12 декабря 1996 г., п. 4.

² Durban, 31 août — 8 sept. 2001, § 15, *in DAI*, 2001, p. 286.

³ Рез. ГА ООН A/Res. 61/149, 19 декабря 2006 г. (179–2–4).

⁴ Рез. ГА ООН A/Res. 3 (I), 170 (II), 2312 (XXII), 2840 (XXVI), 3074 (XXVIII).

пленного (Женевская конвенция III, ст. 129–130), и в то же время не обязывает государства осуществлять такую же компетенцию в отношении лиц, ответственных за истребление целого народа? Толкование ст. VI Конвенции, данное Международным судом, «приводит к результатам, которые являются явно абсурдными или неразумными» (Венская конвенция о праве международных договоров, ст. 32, b), и потому от него следует отказаться.

4.295. Примеры признания геноцида немногочисленны, но их число растет в последние годы, благодаря практике международных уголовных трибуналов. Помимо уже упоминавшихся случаев, можно назвать:

- просьбу Бангладеш о выдаче пакистанских офицеров, укрывшихся в Индии после отделения Бангладеш в 1971 г. (см. выше, п. 4.289);
- дело Пол Пота и Иенг Сари, соответственно бывших премьер-министра и вице-преьера Демократической Кампучии (Камбоджи), которые после вьетнамской интервенции в 1979 г. преследовались за «геноцид» и были заочно приговорены к смертной казни¹. В этом деле Народно-революционный трибунал, созданный декретом-законом № 1 от 15 июля 1979 г., применил установленное ст. 1 того же декрета определение, внесенное в него на основании Конвенции ООН от 9 декабря 1948 г. о геноциде. Эту Конвенцию Камбоджа ратифицировала 14 октября 1950 г. Пол Пот так и не был арестован и оставался на свободе до самой своей смерти в апреле 1998 г.², а Иенг Сари в сентябре 1996 г. воспользовался королевской амнистией³;
- процессы по делам о геноциде, начатые в Руанде в декабре 1996 г., и обвинительные приговоры, вынесенные судами этой страны⁴;
- осуждение в Латвии в 2000 г. советского агента за действия, совершенные в годы Второй мировой войны⁵;
- осуждение МУТР Ж.-П. Акайесу (J. P. Akayesu)⁶, Ж. Камбанды (J. Kambanda)⁷, Кл. Кайишемы (Cl. Kayishema) и О. Рузинданы (O. Ruzindana)⁸, Ж. Рутаганды (G. Rutaganda)⁹, А. Муземы (A. Musema)¹⁰, Е. и Ж. Нтакирутиманы (E. et G. Ntakirutimana)¹¹;

¹ Постановление от 19 августа 1979 г., Док. ООН A/34/491, 20 сент. 1979 г.

² <http://perso.wanadoo.fr/patrick.guenin/cantho/infovn/polpot.htm>.

³ http://fr.encyclopedia.yahoo.com/articles/st_46_p0.html.

⁴ Cissé, C., «The End of a Culture of Impunity in Rwanda?», *YIHL*, 1998, pp. 184–185.

⁵ Kuzeme Reg. Crt., 7 July 2000, *Y. Savenko*, résumé par A. McDonald et J. Kleffner, *YIHL*, 2000, p. 547.

⁶ TPIR, Chbre. 1, aff. ICTR-96-4-T, 2 octobre 1998; sur la motivation, *id.*, 2 sept. 1998, §§ 698–734 (chef d'accusation n° 1); app., aff. ICTR-96-4-A, 1^{er} juin 2001, V.

⁷ *Id.*, aff. ICTR-97-23-S, 4 sept. 1998, IV (Chefs d'accusation n°1–4).

⁸ *Id.*, aff. ICTR-95-1-T, 21 mai 1999, VIII (chefs d'accusation n° 1, 7, 13, 19); *id.*, app., 1^{er} juin 2001, § 371.

⁹ *Id.*, aff. ICTR-96-3-T, 6 déc. 1999, VI (chef d'accusation n° 1); *id.*, app. 26 mai 2003, XIV.

¹⁰ *Id.*, aff. ICTR-96-13-T, 27 janv. 2000, VII (chef d'accusation n° 1); *id.*, app., 16 nov. 2001, VI.

¹¹ *Id.*, Aff. ICTR-96-10 et 17-T, 21 févr. 2003, Chap. IV (chef d'accusation n° 1).

- осуждение МТБЮ генерала Р. Крстича (R. Krstic) 2 августа 2001 г.¹;
- констатация МТБЮ того, что массовые убийства в Сребренице составляли геноцид², и осуждение Благоевича (Blagojevic) за соучастие в геноциде в январе 2005 г.³

4.296. Конвенция об апартеиде предусматривает непрямую криминализацию — каждое государство обязано принять необходимые законодательные меры для пресечения нарушений Конвенции, и устанавливает универсальную юрисдикцию (ст. 4).

2. Определение преступления в производных международно-правовых нормах

а) Принцип признания деяния преступным

4.297. Можно предположить, что юридическое значение деклараций Генеральной Ассамблеи ООН, признающих преступным применение ядерного оружия и насильственные исчезновения (см. выше, п. 4.246), будет меньше, чем значение надлежащим образом заключенных договоров, потому что речь идет о резолюциях Генеральной Ассамблеи ООН.

Было бы ошибочно так считать. Резолюция — международно-правовой акт производного права, сам по себе он необязательно имеет меньшее юридическое значение, чем договор, на основании которого его приняли. В чем следует удостовериться, так это в том, был ли акт принят компетентным органом и обязателен ли он для тех, кому предназначен, в соответствии с учредительной хартией организации. Следует также проверить, излагаются ли в нем принципы существующего или формирующегося права и, во втором случае, имеет ли акт нормативную форму или принимает ли его государство, в отношении которого он действует⁴.

Обе вышеупомянутые декларации были приняты Генеральной Ассамблеей ООН в рамках ее компетенции по поддержанию мира и гуманитарным вопросам (Устав, ст. 10, в сочетании, в частности, со ст. 1). Однако, согласно Уставу, эти резолюции не носят обязательного характера: в ст. 10 говорится только о «рекомендациях», то есть об актах, не являющихся обязательными с формальной точки зрения⁵. Тем не менее можно утверждать, что эти резолюции отражают существующее право в той мере, в какой все они основываются на запрещениях,

¹ ТРИУ, aff. IT-98-33-T, *Krstic*, 2 août 2001, § 727; см.: SHABAS, W., «Was Genocide Committed in Bosnia and Herzegovina? First Judgments of the ICTY», *Fordham I. L.J.*, 2001, pp. 23–53.

² *Id.*, Aff. IT-02-60-T, *Jokic et Blagojevic*, 17 janv. 2005, §§ 671 ss.

³ *Ibid.*, § 797; подтверждение квалификации в качестве геноцида массовых убийств в Сребренице Международным судом см.: aff. *relative à l'application de la convention sur la prévention et la répression du génocide*, 26 févr. 2007, §§ 278–297.

⁴ Более полную информацию и ссылки на международную судебную практику см.: DAVID, E., *Droit des organisations internationales*, PUB, 2006–2007, pp. 203 ss.

⁵ О значении слова «рекомендация» см.: *Détroit de Corfou*, op. individ. commune, *CIJ, Rec. 1947–1948*, pp. 31–32.

сформулированных ранее во многих документах, относящихся к правам человека¹ или к праву вооруженных конфликтов².

Кроме того, поскольку эти резолюции сформулированы с использованием нормативной лексики (термины «заявляет» и «провозглашает», основная часть резолюции 47/133, оформленная в виде статей, употребление настоящего времени и повествовательного наклонения...), можно сказать, что они обязательны для тех, кому предназначены.

4.298. Конечно, такая точка зрения будет оспариваться в отношении резолюций, касающихся ядерного оружия, которые всегда принимались при наличии большинства и меньшинства (см. выше, п. 2.183), и, следовательно, должны были бы быть обязательными только для принявшего их большинства. Мы придерживаемся противоположного мнения. Запрещение, содержащееся в этих резолюциях, отражает существующее право. Кроме того, оно призвано защитить такие неотъемлемые и основополагающие гуманитарные ценности, что его, по нашему мнению, можно приравнять к норме *jus cogens* (см. выше, п. 1.34 и сл.). Западные государства, голосующие против запрещения применения ядерного оружия, связаны этим запрещением не только в отношении государств, голосующих «за», но даже между собой. Неявным образом сформировавшееся среди западных государств согласие считать законным применение ядерного оружия, не может служить основанием для отступления от нормы, запрещающей такое применение. Так что государства не могут под предлогом *lex specialis* со спокойной — в правовом смысле — совестью обмениваться ядерными ударами.

Из ст. 53 Венской конвенции о праве международных договоров следует, что норма *jus cogens* не может быть изменена путем особого соглашения — только новая норма *jus cogens*, то есть норма, признанная как таковая «международным сообществом государств в целом» (ст. 53, *курсив автора*), может внести изменение в ныне действующее запрещение.

Поскольку такой новой нормы, которая оправдывала бы отступление, не существует (это доказывают резолюции, подтверждающие действующее право), государства находятся под властью классических запретов права вооруженных конфликтов, и ядерное оружие не является исключением...

Известно, что это рассуждение не убедило Международный суд, но его собственная аргументация, изложенная в Консультативном заключении от 8 июля 1966 г., подвергается критике (см. выше, п. 2.191).

4.299. Единственное ограничение действия резолюций Генеральной Ассамблеи ООН, которое могло бы возникнуть в результате несогласия меньшинства государств с этими резолюциями, затронуло бы только определение, сформулированное в этих резолюциях. Если *запрещение* применения ядерного оружия — всего лишь частное приложение к этому оружию общих норм с универсальной сферой

¹ Рез. ГА ООН A/Res. 47/133, преамбула, мотивировки 6–11.

² Рез. ГА ООН A/Rés. 1653 (XVI), преамбула, мотивировки 3–5.

действия, тогда *криминализация* будет общей нормой, связывающей только государства, которые ее признают.

Все же это ограничение остается в высшей степени теоретическим, поскольку невозможно себе представить такого применения ядерного оружия, которое не могло бы быть приравнено к одному из типов поведения, признаваемых уже как военные преступления или преступления против человечности (идеальная совокупность преступлений).

b) Способы признания деяния преступным

4.300. Резолюции Генеральной Ассамблеи ООН, признающие преступным применение ядерного оружия, в этом смысле сведены к самому простому выражению. Они гласят, что это — преступление против человечности, и ни слова не говорят о мерах его пресечения.

Этот лаконизм необязательно умаляет правовое значение определения. У Международного военного трибунала в Нюрнберге было не больше источников и оснований для понятия «преступления против мира», что не помешало ему приговорить обвиняемых на этом основании и отвести возражение, которое основывалось на отсутствии обратной силы у уголовных законов¹. Сегодня, как и тогда, чудовищность деяния оправдывает такое решение.

4.301. Что касается насильственных исчезновений, документ более детализирован, но все же остается не вполне ясным, какое определение — прямое или не прямое — он вводит. Согласно ст. 4, п. 1, Декларации,

«любое действие, ведущее к насильственному исчезновению, является преступлением, карающимся соответствующим образом...».

Однако в соответствии со ст. 3

«каждое государство примет законодательные меры... для предупреждения и искоренения действий, ведущих к насильственным исчезновениям...»

Если толковать эти акты с точки зрения других классических документов международного уголовного права², можно, по-видимому, говорить о не прямом признании деяний преступными, и именно государства должны признать такие действия преступными в своем уголовном законодательстве, если оно оказывается недостаточным.

*

* *

¹ См. об этом: DAVID, «L'actualité juridique de Nuremberg», *loc. cit.*, pp. 95–96.

² См., например, Конвенцию ООН от 14 декабря 1973 г. о предотвращении и наказании преступлений против лиц, пользующихся международной защитой, в том числе дипломатических агентов, ст. 2, п. 2; Конвенцию ООН от 13 декабря 1979 г. о борьбе с захватом заложников, ст. 2; Венскую и Нью-Йоркскую конвенцию от 3 марта 1980 г. о физической защите ядерного материала, ст. 7, п. 2; Римскую конвенцию от 10 марта 1988 г. о пресечении незаконных актов против безопасности морского судоходства, ст. 5; см. также Женевские конвенции от 12 августа 1949 г. о защите жертв войны, общие ст. 49, 50, 129, 146; Гаагскую конвенцию от 14 мая 1954 г. о защите культурных ценностей в случае вооруженного конфликта, ст. 28.

IV. СПОСОБЫ ПРЕСЕЧЕНИЯ ВОЕННЫХ ПРЕСТУПЛЕНИЙ И ПРЕСТУПЛЕНИЙ ПРОТИВ ЧЕЛОВЕЧНОСТИ

А. Пресечение на международном уровне

4.302. До недавнего времени существовало всего два случая международного пресечения военных преступлений: речь идет о мерах, принятых сразу после Первой мировой войны в соответствии с Версальским договором, и мерах, принятых Нюрнбергским и Токийским международными военными трибуналами, а также другими военными трибуналами, созданными союзниками с этой целью (1). Теперь же к этим случаям следует добавить репрессивную практику международных уголовных трибуналов, потенциальные возможности МУС (2), равно как таковые внутригосударственных уголовных судов с международной составляющей (3).

1. Опыт прошлого

4.303. Версальский договор от 28 июня 1919 г. предусматривал преследование в Германии, а также в союзных и ассоциированных державах «лиц, обвиняемых в совершении действий, противных законам и обычаям войны». Хотя речь шла о пресечении на «национальном» уровне, из ст. 230 можно было понять, что исполнители преступлений, совершенных против подданных нескольких союзных держав, должны предстать перед военными трибуналами международного состава, поскольку в них надлежало включить «представителей военных трибуналов заинтересованных держав».

В данном случае союзники составили список, включающий 896 лиц, обвиняемых в военных преступлениях. Германия отобрала только 45 из них и привлекла к ответственности всего 12 человек, чьи дела рассматривались в Верховном суде в Лейпциге. По завершении этих 12 процессов шесть человек были оправданы, а остальные шесть были приговорены к символическим мерам наказания...¹

4.304. Нюрнбергский и Токийский процессы выступают, конечно, как события, соотносимые с определенным историческим периодом, но право, выработанное на этих процессах, остается в силе, и именно это представляет интерес с юридической точки зрения (см. выше, п. 4.104).

4.305. Что касается наказаний, назначенных Международными военными трибуналами в Нюрнберге и Токио, было предусмотрено:

«Трибунал имеет право приговорить подсудимого, признанного виновным, к смертной казни или любому другому наказанию, которое Трибунал признает справедливым» (Устав Нюрнбергского трибунала, ст. 27; аналогично ст. 16 Устава Токийского трибунала).

¹ ALFARO, R.J., «Question of international Criminal Jurisdiction», *Ybk of the ILC*, 1950, II, p. 3; pour certains cas significatifs jugés à Leipzig, см.: *The Dover Castle*, 4 June 1921; *Heynen's case*, 26 May 1921; *The Llandovery Castle*, 16 July 1921, *Ann. Dig.*, 2, 429–433, 436–438.

4.306. Формулирование определений состава военных преступлений и мер наказания не вызвало больших проблем в том, что касается обратной силы уголовных законов применительно к военным преступлениям, так как Нюрнбергский трибунал ограничился указанием, что в международном праве подобные дела рассматривались уже в течение длительного времени¹. Конечно, Трибунал дал более пространные разъяснения, отводя исключение, основывающееся на отсутствии обратной силы у международно-правовых актов, относящихся к преступлениям против мира, но мы не будем здесь касаться этой темы.

По поводу же преступлений против человечности Трибунал обошел, как мы видели, проблему обратной силы путем связи «по смежности» (см. выше, п. 4.242).

4.307. Действовали и другие международные уголовные трибуналы. В результате оккупации Германии в 1945 г. союзники учредили, Законом № 10 и постановлением № 7, военные трибуналы для пресечения преступлений против мира², военных преступлений и преступлений против человечности, в которых обвинялись многие немцы. Эти трибуналы, как правило, рассматривали себя как международные, поскольку они были учреждены по решению международного органа: Контрольного совета союзников.

4.308. Следует упомянуть и попытки создать международную уголовную юрисдикцию, в том числе с помощью двух Женевских конвенций от 16 ноября 1937 г. о пресечении терроризма и создании международного уголовного суда над исполнителями террористических актов, но эти конвенции так и не вступили в силу.

С другой стороны, некоторые многосторонние конвенции содержат ссылки на некий международный уголовный орган — см., например, Конвенцию ООН от 9 декабря 1948 г. о преступлении геноцида и Конвенцию ООН от 30 ноября 1973 г. о преступлении апартеида и т. д., но в течение долгого времени этот судебный орган оставался мифическим и неуловимым, как лохнесское чудовище.

4.309. Вопрос о создании международного уголовного суда долго изучался в ООН в 1950-х гг., и хотя Комиссия международного права и специальный комитет, состоящий из представителей государств-членов и созданный Генеральной Ассамблеей ООН, высказались в пользу учреждения такого органа, он так и не был создан. В 1954 г. Генеральная Ассамблея ООН решила отложить рассмотрение этого вопроса, тесно связанного с Проектом кодекса преступлений против мира и безопасности человечества и определением агрессии³.

Сегодня у нас есть определение агрессии (резолюция Генеральной Ассамблеи ООН 3314 (XXIX) от 14 декабря 1974 г., а в 1982 г. возобновилась работа Комиссии международного права по подготовке Проекта кодекса преступлений против мира и безопасности человечества. В 1989 г. Генеральная Ассамблея ООН обратилась к Комиссии междуна-

¹ *Procès*, doc. off., pp. 232–233.

² *Ibid.*, pp. 230 ss.

³ Рез. ГА ООН 898 (IX), 14 декабря 1954 г.

родного права с просьбой разработать проект создания международного уголовного суда в рамках вышеупомянутого Проекта кодекса (резолюция Генеральной Ассамблеи ООН 44/39 от 4 декабря 1989 г.)¹. В 1994 г. Комиссия представила проект², который послужил основой для обсуждения данной темы государствами в рамках сначала комитета *ad hoc*, а затем «Комитета по подготовке к созданию Международного уголовного суда»³ и, наконец, Дипломатической конференции, которой удалось принять в Риме 17 июля 1998 г. окончательную редакцию Статута этого Суда.

2. Международные уголовные трибуналы по бывшей Югославии и по Руанде и Международный уголовный суд

4.310. Ужасы конфликта, в котором на территории бывшей Югославии с 1991 г. противостояли друг другу сербы, хорваты и мусульмане, и возмущенная реакция на него со стороны международной общественности побудили Совет Безопасности постановить, что

«должен быть учрежден международный трибунал для преследования лиц, ответственных за серьезные нарушения международного гуманитарного права, совершенные на территории бывшей Югославии с 1991 г.» (резолюция Совета Безопасности S/Rés. 808, 22 февраля 1993 г., п. 1).

Устав Трибунала⁴ был принят 25 мая 1993 г. резолюцией 827 Совета Безопасности ООН.

Менее чем через год руандийская армия и военизированные формирования приняли участие в массовых и систематических убийствах тутси, а также хуту, придерживавшихся умеренных взглядов. Это привело к гибели от 500 тысяч до миллиона человек⁵, что вынудило Совет Безопасности создать 8 ноября 1994 г. еще один специальный Трибунал, Устав которого практически полностью аналогичен Уставу МТБЮ. Этот Трибунал

«полномочен в соответствии с положениями настоящего Устава осуществлять судебное преследование лиц, ответственных за геноцид и другие серьезные нарушения международного гуманитарного права, совершенные на территории Руанды, и граждан Руанды, ответственных за геноцид и другие подобные нарушения, совершенные на территории соседних государств в период с 1 января 1994 года по 31 декабря 1994 года»⁶.

¹ О первых дискуссиях на эту тему в Комиссии см.: *Rapport CDI*, 1990, Doc. ONU A/45/10, pp. 29–43; GRAEFRATH, B., «Universal Criminal Jurisdiction and an International Crim. Ct.», *EJIL*, 1990, pp. 67–88; BENOÛNA, M., *loc. cit.*

² *Report of the ILC*, 1994, doc. ONU A/49/10, pp. 43–161.

³ См., например: *Rapport du Comité ad hoc pour la création criminelle internationale*, док. ООН A/50/82, 6 сентября 1995 г., с. 62; *Rapport du Comité préparatoire pour la création d'une Cour criminelle internationale*, док. ООН A/51/22, 13 сентября 1996 г., том 2.

⁴ Текст в Докладе Генерального секретаря, представленном во исполнение п. 2 резолюции 808 (1993) Совета Безопасности, док. ООН S/25704, 3 мая 1993 г.

⁵ S/1994/1125, письмо Генерального секретаря от 1 октября 1994 г. на имя Председателя Совета Безопасности, 4 октября 1994 г., с. 12, п. 43; Положение в области прав человека в Руанде. Записка Генерального секретаря. Добавление, Док. ООН A/49/508, 13 октября 1994 г., с. 7, п. 24.

⁶ Рез. СБ ООН S/Rés. 955, 8 ноября 1994 г., с. 3.

Эти Уставы послужили как бы испытательным стендом для Статута МУС, принятого в 1998 г.

Эти учреждения достаточно важны, и на них следует остановиться более подробно, рассмотрев хотя бы бегло¹:

- правовую базу учреждения Трибуналов;
- их компетенцию;
- организационную структуру;
- процедуру;
- меры наказания;
- будущее Трибуналов.

а) Правовая база для создания обоих Международных трибуналов и Международного уголовного суда

4.311. Международные уголовные трибуналы могут быть приравнены к вспомогательным органам Совета Безопасности, образованным в соответствии со ст. 29 Устава ООН². Учреждение этих Трибуналов решением международной организации, а не путем принятия международной конвенции имеет то преимущество, что орган, сформированный таким образом, может немедленно приступить к работе и не зависит от ограничений и превратностей, присущих классической договорной формуле (громоздкость Дипломатической конференции, а также, возможно, недостаточное количество ратификаций и присоединений, затянутость этого процесса и т. д.; ср. для МУС ниже, п. 4.313)³.

4.312. Естественно, сразу же возникает вопрос, полномочен ли Совет Безопасности учреждать органы такого типа в свете компетенций, признанных за ним Уставом ООН. По мнению одного автора, эти полномочия

«явно превышены по сравнению с функциями и полномочиями Совета, как они регламентированы ст. 24–26 Устава⁴.

Во время дискуссии на заседании Совета Безопасности по вопросу о создании Трибуналов Бразилия также выразила сомнение в правомочности этого органа ООН учреждать подобные судебные инстанции⁵.

И все же эта компетенция не вызывает сомнений в *конкретном* случае конфликтов в Югославии и Руанде, поскольку они представляют объективную угрозу

¹ Более подробно см.: DAVID, *Eléments ...*, *op. cit.*, §§ 14.2.1 ss.

² Доклад Генерального секретаря ООН, *op. cit.*, с. 9, п. 28.

³ Доклад Генерального секретаря ООН, *op. cit.*, с. 8, п. 19–22.

⁴ ANDRIES, A. «Les aléas juridiques de la création du Tribunal international pour les crimes de guerre commis depuis 1991 sur le territoire de l'ex-Yougoslavie», *Journal des Procès* (Bruxelles), n° 239, 14 mai 1993, p. 17.

⁵ Рез. СБ ООН S/Res. 955, 8 ноября 1994 г., п. 1.

для поддержания мира и международной безопасности. Оказавшись перед лицом ситуации, когда счет жертв (убитых, раненых, беженцев) ведется на сотни тысяч, а внутренние конфликты иногда перерастают в межгосударственные (как было в Югославии), Совет Безопасности имел полное право сослаться на главу VII Устава¹ в качестве основания для учреждения Трибунала, а Генеральный секретарь совершенно справедливо усматривал в этом одну из мер принуждения².

Члены Апелляционной камеры МТБЮ практически не сомневались в законности его создания; не возражая против того, что Совет Безопасности не является судебным органом, они сочли, что он мог утвердить этот Трибунал как орган, предназначенный помогать ему выполнять его основную функцию — поддержание мира и международной безопасности. Ведь согласились же с тем, что Генеральная Ассамблея ООН учредила чрезвычайные вооруженные силы ООН и административный трибунал ООН, хотя в Уставе не говорится, что она обладает такими судебными полномочиями и что на нее возлагаются подобные военные функции³.

Камера II МУТР также отменила подобное возражение и признала за Советом Безопасности дискреционное полномочие устанавливать наличие угрозы для мира и международной безопасности и избирать средства для того, чтобы ее отвести. Учреждение Трибунала входит в число таких средств⁴.

В этих условиях и учитывая, что Трибуналы были созданы путем принятия соответствующих *решений*, их Устав и вытекающие из него правовые последствия обязательны для всех государств в соответствии с юридической действительностью, которую следует обеспечивать решениям Совета Безопасности согласно ст. 25 Устава ООН.

Таким образом, каждое государство — член ООН обязано оказывать Трибуналам судебное содействие⁵ вплоть до выдачи, в случае необходимости, разыскиваемых лиц. Отсюда следует, что если в очень специфическом контексте югославской и руандийской трагедий какое-либо государство решит поставить выдачу того или иного лица в зависимость от различных условий, предусмотренных его внутренним законодательством, оно все равно будет обязано выдать данное лицо Трибуналу, который этого требует. В соответствии со ст. 58 Правил процедуры и доказывания (R), принятых МТБЮ 11 февраля 1994 г. и МУТР 29 июня 1995 г. (тексты Правил практически идентичны),

«обязательства, изложенные в ст. 29, Устава, имеют приоритет над любыми препятствиями юридического характера, которые могут возникнуть из текста национального законодательства или соглашений о выдаче, участниками которых являются заинтересованные государства, и помешать выдаче или передаче обвиняемого Трибуналу».

¹ Рез. СБ ООН S/Rés.827 (1993), преамбула, последний абзац.

² Доклад Генерального секретаря, с. 8–9, пп. 22–23, 27–28.

³ ТРИУ, Арр., 2 oct. 1995, *Tadic*, p. 19 § 38; также: p. 22, § 44.

⁴ TPIR, aff. ICTR-96-15 T, 18 juin 1997, *Kanyabashi*, §§ 20 ss.

⁵ Доклад S/1995/134, § 6; ср. также: резолюция Совета Безопасности 1088, 12 декабря 1996 г., п. 7.

Абсолютный характер обязанности выдать такое лицо вытекает из приоритета международного права над внутренним, а также из отсутствия в Уставе оговорок со ссылкой на право государства, которому направляется просьба о выдаче, — в противовес тому, что предусматривается многими конвенциями по международному уголовному праву в случае экстрадиции¹.

Обязанность сотрудничать с международными уголовными трибуналами действует также в отношении международных организаций в силу принципов применимости международного права к этим организациям. Ст. 59bis Правил процедуры и доказывания МТБЮ иллюстрирует эту обязанность и гласит: «Постановление об аресте обвиняемого, выданное в отношении обвиняемого, передается властям или *компетентному международному учреждению*» (курсив автора). Это положение на самом деле касалось сил по поддержанию мира (IFOR) в Боснии и Герцеговине².

Совет Безопасности также подтвердил это, заявив о «необходимости безусловного сотрудничества государств и образований» с МТБЮ (курсив автора)³.

4.313. Если учреждение международных уголовных трибуналов носит, так сказать, вертикальный характер (они были учреждены властным решением Совета Безопасности, связывающим непосредственным образом все государства, являющиеся членами ООН), создание МУС выступает как горизонтальное, поскольку его Статут имеет форму конвенции, связывающей только государства, которые ее принимают. Статут вступил в силу 1 июля 2002 г. и связывает на сегодняшний день 76 государств.

Обязанность сотрудничать с МУС вменяется только государствам — участникам Статута, равно как и государствам, признающим его компетенцию (Статут, ст. 12, п. 3). По-другому будет обстоять дело только в том случае, если обращение к МУС поступает от Совета Безопасности (Статут, ст. 13, б), и последний решает, что все государства — члены ООН должны сотрудничать с Судом.

4.314. По всей видимости, ничто не препятствует и прямому применению Уставов международных уголовных трибуналов во внутреннем правопорядке государств — членов ООН⁴, однако на практике государственным властям придется преодолеть немало трудностей.

В случае международных уголовных трибуналов большинство государств приняла законодательные меры *ad hoc*⁵. Так, Бельгия приняла специальный закон «о судебном сотрудничестве с Международным трибуналом по бывшей

¹ DAVID, *Eléments ...*, *op. cit.*, § 13.2.10.

² Например, ТРИУ, *aff. IT-95-11-R61*, 8 mars 1996, *Martic*, § 32 et dispositif *in fine*.

³ Рез. СБ ООН S/Rés. 1074, 1 октября 1996 г., мотивировка 7.

⁴ ТРИУ, *aff. IT-95-14-T*, 3 avril 1996, *Blaskic*, § 8, где приводятся примеры Республики Корея, Венесуэлы, Сингапура и России.

⁵ Исчерпывающий анализ см.: JOSIPOVIC, I., «Implementing Legislation for the Application of the Law of the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia and Criteria for its Evaluation», *YJIL*, 1998, pp. 35–68.

Югославии и Международным трибуналом по Руанде», который определяет процедуру передачи Трибуналу затребованного им лица и прекращения полномочий бельгийской юстиции в случае, если против этого лица в Бельгии уже возбуждено уголовное преследование¹. 29 марта 2004 г. его текст был включен в новый закон, «касающийся сотрудничества с Международным уголовным судом и международными уголовными трибуналами»². 1 июля 2006 г. в закон были внесены поправки с целью включения в него некоторых механизмов сотрудничества со Специальным судом по Сьерра-Леоне³ и Чрезвычайными судебными палатами для Камбоджи⁴.

4.315. Государство (или международная организация), которое не соблюдает обязательство сотрудничать с Международными уголовными трибуналами, несет ответственность согласно международному праву. При рассмотрении дела о вуковарской больнице обвинитель даже заявил, что правительство, укрывающее преступников и отказывающееся передать их Международному уголовному трибуналу, само совершает преступное действие, «а именно так поступает в данном случае правительство Белграда»⁵.

4.316. Между Международными уголовными трибуналами и Международным уголовным судом существует принципиальное различие в плане компетенции, которую можно было бы охарактеризовать как *ratione gentis*. В то время как Международные уголовные трибуналы могут осуществлять свою юрисдикцию в отношении всех государств — членов ООН, МУС пользуется аналогичной привилегией только в случае передачи ему Советом Безопасности ООН ситуации, связанной с совершением преступлений, подпадающих под его юрисдикцию *ratione materiae* (ст. 13, п. 1, b).

Международная следственная комиссия ООН по Дарфуну предложила Совету Безопасности передать Международному уголовному суду дела о массовых убийствах в соответствии со ст. 13, b, Статута⁶, что и было сделано после отказа США прибегнуть к своему праву вето. Совет Безопасности официально передал Прокурору МУС «ситуацию в Дарфуре с 1 января 2002 г.»⁷.

Напротив, когда на рассмотрение МУС преступление передается либо Прокурором, либо государством — участником Статута, МУС может принять к производству соответствующее дело только при условии, что либо государство, на территории которого было совершено правонарушение, либо государство,

¹ М.В., 27 avril 1996; см.: DAVID, *Éléments ...*, op. cit., § 14.2.129.

² М.В., 1^{er} avril 2004; commentaires in *La Belgique et la Cour pénale internationale: complémentarité et coopération*, Actes du colloque du 17 mai 2004, Bruxelles, Bruylant et SPF Justice, 2005, 329 pp.; см. также: *Circulaire relative à la coopération avec la Cour pénale internationale et les tribunaux pénaux internationaux*, MB, 22 juin 2005.

³ М.В., 28 juillet 2006.

⁴ М.В., 2 août 2006.

⁵ ТРИУ, aff. IT-95-13-R61, 3 avril 1996, «Hôpital de Vukovar», § 40.

⁶ Док. ООН S/2005/60, 1 февраля 2005 г., п. 571 и сл.

⁷ Рез. СБ ООН S/Res. 1593, 1 апреля 2005 г., п. 1.

гражданином которого является предполагаемый исполнитель преступления, или участник Статута или, по крайней мере, признало компетенцию МУС (ст. 12). Именно в этом смысле можно говорить о компетенции *ratione gentis*, то есть о компетенции в зависимости от государства. Такое ограничение компетенции, присущее МУС, не существует для Международных уголовных трибуналов. Оно вызывает сожаление и, кстати, плохо согласуется с системой, в которой подсудными являются отдельные лица, а не государства, в отличие от Международного суда ООН, где система признания юрисдикции Суда государствами имеет определенные рациональные основания¹.

Эта система признания компетенции МУС государствами, к сожалению, стала политической ценой, которую пришлось заплатить за максимально широкий консенсус.

4.317. По состоянию на 31 октября 2007 г. участниками Статута были 105 государств. А 15 февраля 2005 г. государство, не являющееся участником Статута, впервые признало компетенцию МУС на определенный период. Речь идет о Кот-д'Ивуар — эта страна признала компетенцию Суда в отношении преступлений, совершенных на ее территории с 19 сентября 2002 г., когда 800 военнослужащих попытались захватить власть. С тех пор Кот-д'Ивуар разделена на две части: юг контролируется правительственными силами, а север — повстанцами.

b) Компетенция Международных уголовных трибуналов
и Международного уголовного суда

4.318. Компетенция *ratione materiae* МТБЮ включает в себя военные преступления и преступления против человечности, в том числе геноцид (ст. 2–5) (см. выше, п. 4.103 и сл., 4.239 и сл.).

Она одновременно и шире, и уже, чем компетенция Международных военных трибуналов в Нюрнберге и Токио.

Она является более широкой — потому что военные преступления, предусмотренные Уставом, вовсе не ограничиваются серьезными нарушениями женеvского права, но распространяются и на серьезные нарушения гаагского права, которые не затрагивались Уставами Нюрнбергского и Токийского трибуналов. Кроме того, она даже шире того, что предусматривалось ст. 85 Дополнительного протокола I в смысле признания преступными ряда нарушений гаагского права, поскольку перечень серьезных нарушений, приводимый в ст. 3 Устава МТБЮ, носит характер примера и включает к тому же действия, не оговоренные в ст. 85.

Компетенция Трибунала шире и потому, что кроме преступлений против человечности *stricto sensu* (ст. 5), в нее входит и геноцид (ст. 4). «Этнических чисток» среди предусмотренных деяний нет, но они подходят под определение либо преступления против человечности, поскольку речь идет о «депортации», «преследованиях по политическим, расовым или

¹ Ср.: DAVID, E., «The International Criminal Court: What is the Point?», in *International Law: Theory and Practice, Essays in Honour of Erik Suy*, ed. by K. Willems, The Hague, Nijhoff, 1998, p. 644.

религиозным мотивам» или «других бесчеловечных актах»¹, либо геноцида — поскольку Генеральная Ассамблея ООН квалифицировала «этнические чистки» как «форму геноцида» (Резолюция ГА ООН A/Res. 47/121, 18 декабря 1992 г., преамбула, мотивировка 9).

В то же время *ratione materiae* МТБЮ более узкая, чем у Нюрнбергского и Токийского трибуналов, поскольку она не распространяется на преступления против мира.

4.319. Компетенция *ratione materiae* МУТР отличается от таковой МТБЮ тем, что «серьезные нарушения Женевских конвенций 1949 г.» (Устав МТБЮ, ст. 2) и нарушения законов и обычаев войны (*ibid.*, ст. 3) были заменены на нарушения общей для Женевских конвенций ст. 3 и Дополнительного протокола II (Устав МУТР, ст. 4). Совет Безопасности пожелал принять во внимание тот факт, что преступления, имевшие место в Руанде, были совершены в рамках вооруженного конфликта, носившего исключительно внутренний характер (ср. выше, п. 4.111).

4.320. Компетенция *ratione materiae* МУС шире и четче, чем таковая обоих Международных уголовных трибуналов. Она охватывает агрессию, геноцид, преступления против человечности и военные преступления (ст. 5–8).

При этом следует уточнить, что МУС сможет рассматривать дела о преступлении агрессии только тогда, когда оно будет определено Ассамблеей государств-участников и не раньше чем через 7 лет после вступления Статута в силу (ст. 5 в сочетании со ст. 121 и 123)! Как будто государства пожелали оставить за собой право еще в течение нескольких лет безнаказанно совершать преступление, по поводу которого Нюрнбергский трибунал не без пафоса заявил:

«Таким образом, развязывание агрессивной войны является не только преступлением международного характера: это — тягчайшее международное преступление, отличающееся от других военных преступлений только тем, что включает их все»².

Что касается преступлений против человечности и военных преступлений, отметим, что Статут определяет первые гораздо более четко и включает в число вторых те, что составляют правонарушение в случае немеждународного вооруженного конфликта (см. выше, пп. 4.116 и сл., 4.258 и сл.).

4.321. Как для Международных уголовных трибуналов, так и для Международного уголовного суда компетенция *ratione personae* ограничивается *физическими* лицами: исполнителями вышеперечисленных преступлений, их сообщниками и теми, кто подстрекал к их совершению (МТБЮ, ст. 6–7; МУТР, ст. 5–6; МУС, ст. 25 и 28). Их уставные документы не содержат положений, которые предусматривали бы возможность подвергнуть уголовному преследованию юридических лиц публичного или частного права или даже объявить преступными те или иные группы или организации подобно тому, как это было предусмотрено в Нюрнберге (Устав, ст. 9).

¹ Приведенный выше доклад Генерального секретаря ООН, S/25704, с. 14, п. 48.

² *Procès, doc. off.* p. 197.

4.322. Компетенция *ratione loci* и *ratione temporis* МТБЮ ограничена только действиями, совершенными на территории бывшей Югославии «между 1 января 1991 г. и датой, которую определит Совет [Безопасности] после восстановления мира (ст. 8 и резолюция Совета Безопасности 827 от 25 мая 1993 г., п. 2). Эта дата так и не была определена. Что касается Трибунала по Руанде, данная его компетенция распространяется на действия, совершенные в период с 1 января по 31 декабря 1994 г. как в самой Руанде, так и на территории соседних государств (МУТР, ст. 1 и 8). Введя это положение в текст Устава, Совет Безопасности хочет показать, что Трибунал может рассматривать дела, связанные с:

- планированием и подготовкой геноцида до 6 апреля 1994 г.;
- действиями, совершенными на территории Руанды с 6 апреля 1994 г.;
- действиями, совершенными в лагерях для беженцев, находящихся на территории соседних государств¹.

Совет Безопасности может, конечно, пересмотреть дату 31 декабря 1994 г., если сочтет это необходимым для того, чтобы учесть события, происшедшие после нее².

Руандийское правительство считает, что компетенцию *ratione temporis* Трибунала необходимо было установить с 1 октября 1990 г., что позволило бы ему рассматривать дела, связанные с массовыми убийствами, совершенными уже в тот период, а также с планированием действий, имевшим место до 1 января 1994 г.³ Именно это предусматривает органический закон Руанды № 8/96 от 30 августа 1996 г., касающийся судебного преследования преступления геноцида и преступлений против человечности, совершенные с 1 октября 1990 г.⁴

Таким образом, Международные уголовные трибуналы, как и Международные военные трибуналы в Нюрнберге и Токио, являются судебными органами, функционирующими только в определенных обстоятельствах, и должны прекратить свое существование вместе с событиями, вызывавшими их к жизни. Показательно, что п. 2 резолюции 827 Совета Безопасности (в соответствии с которой и был учрежден Трибунал по бывшей Югославии) воспроизводит формулировку п. 2 резолюции 808 (принципиальное решение создать Трибунал). Однако имеется одно различие, ясно показывающее ограниченную сферу действия Трибунала — в этой резолюции указывается, что он был создан «с единственной целью судить лиц, которые, как предполагается, виновны и т.д...» (*курсив автора*) (ср. с исходным текстом резолюции 808, см. выше, п. 4.310).

В географическом плане компетенция обоих Международных уголовных трибуналов более ограничена, чем у Международного военного трибунала в Нюрнберге, созданного «для суда над военными преступниками, преступления которых не связаны с определенным географическим местом» (Лондонское соглашение от 8 августа 1945 г., ст. 1), но это различие объясняется, с одной стороны, мировым характером войны 1940–1945 гг. и, с другой, — территориальной ограниченностью югославского и руандийского конфлик-

¹ См. выступление французского представителя 8 ноября 1994 г. на 3453-м заседании Совета Безопасности ООН, посвященном обсуждению резолюции 955.

² *Id.*, *ibid.*

³ Rwanda, *ibid.*

⁴ J.O. n° 17, 1.IX.1996, pp. 26 ss.

тов. Токийский трибунал также не вводил каких-либо ограничений географического характера.

4.323. Что касается МУС, его компетенция *ratione temporis* позволяет ему рассматривать только дела о преступлениях, совершенных после вступления Статута в силу (ст. 11, п. 1). Если государство присоединяется к Статуту после его вступления в силу и если Суду ситуация не была передана Советом Безопасности, Суд сможет заняться разбирательством деяний, совершенных на территории этого государства или гражданами этого государства, только при условии, что соответствующие действия были совершены после вступления Статута в силу для данного государства (ст. 11, п. 2).

Если все эти условия соблюдены, нужно еще проверить — в отношении того, что касается военных преступлений, — не сделало ли соответствующее государство в момент присоединения к Статуту заявления о своем намерении отложить на 7 лет с момента вступления в силу Статута компетенцию МУС в отношении военных преступлений, совершенных на его территории (ст. 124). Это ли не пример недоверия некоторых государств к Международному уголовному суду! Франция воспользовалась этой возможностью, когда ратифицировала Статут МУС 9 июня 2000 г.¹

4.324. В случае конкуренции юрисдикций каждый из Трибуналов имеет *приоритет* над национальными судебными органами — хотя они и могут рассматривать дела о вышеупомянутых фактах, но обязаны передавать их производство Трибуналу, если получают соответствующий запрос (МТБЮ, ст. 9; МУТР, ст. 8). Этот вопрос не был конкретно оговорен в Уставах Международных военных трибуналов в Нюрнберге и Токио.

4.325. В противоположность Международным уголовным трибуналам МУС не пользуется никаким приоритетом в части преследования предполагаемых исполнителей преступлений, предусмотренных Статутом, и рассмотрения их дел. Скорее, ситуация иная: Статут основан на принципе *дополнительности* МУС по отношению к национальным судебным органам (преамбула, абзац 10). МУС не должен принимать к производству любое дело, переданное ему Прокурором, если по нему уже проводилось или проводится расследование, возбуждено преследование или вынесено судебное решение (ст. 17, п. 1, и ст. 20, п. 3, а *contrario*).

Однако если начатые государством процессуальные действия носят, как представляется, символический характер или не отражают реального намерения обеспечить пресечение соответствующих действий, МУС имеет основания взяться за рассмотрение подобных дел (ст. 17, п. 2, и ст. 20, п. 3).

Это ограничение способности Суда заниматься разбирательством дел о преступлениях, предусмотренных Статутом, лишает его символической власти, которая является атрибутом учреждения, призванного пресекать преступления, которые в силу своей тяжести затрагивают все международное сообщество. Поэтому МУС используется, так сказать, для затыкания дыр в организации международного сообщества.

¹ См. сайт Французской коалиции за МУС: www.ccf.asso.fr/actualite/breves53.html.

4.326. В то время как Международные уголовные трибуналы являются вспомогательными органами Совета Безопасности, поскольку они были учреждены по его решению (Устав ООН, ст. 29), МУС выступает как международная организация¹, созданная посредством договора и обладающая внутренней и международной правосубъектностью (Статут, ст. 4), которая позволила ему заключить соглашение о связи с ООН (ст. 2) в 2004 г.².

Несмотря на свою автономность, МУС находится под опекой Ассамблеи государств-участников, функции которой состоят, среди прочего, в определении бюджета Суда, обозначении для Президиума, Прокурора и Секретаря общих направлений администрирования Суда (ст. 112), увеличении числа судей, если того требует работа (ст. 36, пп. 1–2) и т. д.

Бюджет Международных уголовных трибуналов выделяется из регулярного бюджета ООН (Устав, ст. 32/31), бюджет МУС формируется из взносов государств-участников в соответствии с согласованной шкалой начисленных взносов, основанной на шкале, принятой Организацией Объединенных Наций для ее регулярного бюджета, и скорректированной в соответствии с принципами, на которых эта шкала основывается (ст. 115 и 117), а также из средств, предоставляемых ООН, особенно когда ситуация передается МУС Советом Безопасности (ст. 115, b).

4.327. Устав МТБЮ (ст. 31) и Статут МУС (ст. 3, п. 1) устанавливают местопребывание этих учреждений в Гааге, а в Уставе МУТР не указывается место проведения его заседаний. Резолюция 955 (п. 6) уточняет только, что Генеральный секретарь должен выбирать место работы Трибунала

«на основании критериев справедливости, а также экономии и организационной эффективности».

При этом Совет Безопасности должен будет одобрить этот выбор, но Трибунал может заседать и в другом месте, если сочтет это необходимым для того, чтобы эффективно выполнять свои функции.

Руандийские власти высказали пожелание, чтобы Трибунал заседал в Руанде³, но ООН, несомненно, опасалась, что это повлияет на нормальный ход его работы⁴. В конечном счете было решено, что Трибунал будет заседать в городе Аруша в Танзании⁵.

¹ ROLF LÜDER, S., «The legal nature of the ICC and the emergence of supranational elements in international criminal justice», *RICR*, 2002, pp. 79–92.

² Док. ООН A/58/874, приложение.

³ См. выступление представителя Руанды 8 ноября 1994 г. на 3435-м заседании Совета Безопасности ООН.

⁴ См. предварительный доклад Комиссии независимых экспертов: документ ООН S/1994/1125, 4 октября 1994 г., с. 30, п. 138.

⁵ Рез. СБ ООН S/Rés. 977, 21 февраля 1995 г.

с) Организационная структура Международных уголовных трибуналов и Международного уголовного суда

4.328. В состав каждого из Трибуналов входят 16 судей (Уставы, ст. 11–12/10–13*bis* с изменениями, внесенными резолюциями 1165, 1166, 1329 и 1431 Совета Безопасности, 30 апреля и 13 мая 1998 г., 30 ноября 2000 г., 14 августа 2002 г.).

Нюрнбергский трибунал состоял из 4 судей и 4 запасных судей, назначавшихся четырьмя державами, подписавшими Лондонское соглашение от 8 августа 1945 г. — Францией, США, Великобританией и СССР (Устав Международного военного трибунала, ст. 2). Токийский трибунал мог включать в себя от 6 до 11 членов, выбиравшихся главнокомандующим вооруженными силами союзных держав из списка лиц, представленного странами, подписавшими акт о капитуляции, а также Индией и Филиппинами (Устав Международного военного трибунала, ст. 2)¹.

4.329. Кандидаты на должность судьи МУТ выбираются Генеральной Ассамблеей ООН из списка, представленного Советом Безопасности, в который каждое государство-участник имеет право внести две кандидатуры; эти лица должны иметь разное гражданство (Уставы, ст. 13/12). Таким образом, двойное голосование — в Совете Безопасности и на Генеральной Ассамблее не производится, как при выборах членов Международного суда (Статут Международного суда, ст. 4–14).

Судьи могут переизбираться (Уставы, ст. 13, п. 4/12, п. 4).

Кроме того, Совет Безопасности предоставил МТБЮ в 2000 г. и МУТР в 2002 г.² соответственно 27 и 18 запасных судей *ad litem*, назначаемых на четырехлетний срок в соответствии с той же процедурой, что и другие судьи, чтобы принимать участие в нескольких процессах в течение периода, не превышающего трех лет (Уставы, ст. 12–13*quater*/11–12*quater*). Это нововведение призвано ускорить судопроизводство.

4.330. МУС включает 18 судей, избираемых Ассамблеей государств-участников из списка кандидатов, представленных государствами-участниками, при этом, естественно, требуется, чтобы каждый кандидат имел гражданство государства-участника (ст. 36, п. 4, b).

Судьи избираются на один девятилетний срок (ст. 36, п. 9).

4.331. 16 судей каждого Международного уголовного трибунала распределены таким образом: в трех судебных Камерах по 3 судьи в каждой и в одной Апелляционной камере — 7 судей (но заседает она с участием 5 судей; Уставы, ст. 12–13/11–13).

Это дает возможность и лицу, признанному виновным, и прокурору (см. ниже) обжаловать решения первой инстанции, но апелляция принимается, только если неправосудное решение вынесено на основании фактической ошибки, порождающей отказ в правосудии (Уставы, ст. 25/24). Правила процедуры исключают тем не менее любую апелляцию

¹ Трибунал состоял из 11 судей, причем каждый из них имел гражданство одного из государств, участвовавших в войне с Японией: Австралии, Канады, Китая, Великобритании, Франции, Индии, Нидерландов, Новой Зеландии, Филиппин, США и СССР; *The Tokyo Judgement, op. cit.*, I, p. XI.

² Рез. СБ ООН: S/Res. 1329, 30 ноября 2000 г. и S/Res. 1431, 14 августа 2002 г.

по вынесенному Трибуналом решению, касающемуся предварительных возражений, за исключением того случая, когда решение не допускает возражения по вопросу компетенции (ст. 72 В); в этом случае апелляция может быть принята, так как считается, что для того чтобы разбирательство было справедливым, обвиняемому следует незамедлительно сообщить, может ли Трибунал рассматривать его дело¹. Это же относится и к возражению, основанному на незаконном характере учреждения Трибунала².

МУТР и МТБЮ имеют одну и ту же Апелляционную камеру (МУТР, ст. 12, п. 2), что позволяет обеспечить определенное единообразие судебной практики обеих инстанций³, ограничивая при этом расходы Трибуналов.

4.332. Как и Международные уголовные трибуналы, МУС включает Судебные палаты по 3 судьи в каждой, Апелляционную палату, состоящую из 5 судей (ст. 34 и 39). В то же время Статут предусматривает и две другие инстанции: Президиум и Палату предварительного производства. Президиум, состоящий из председателя и двух вице-председателей, обеспечивает надлежащее управление делами Суда и его инстанций (ст. 38, п. 3; см. также ст. 35, п. 3; 56, п. 2, о, ii; 41, п. 1; 42, п. 6; 74, п. 1).

Палата предварительного производства включает, в зависимости от конкретного случая, от одного до трех судей и принимает промежуточные решения по вопросам и инцидентам, возникающим до открытия процесса, то есть до подтверждения обвинений (ст. 61, п. 8).

Роль Палаты предварительного производства очень велика: она дает разрешение Прокурору начать расследование (ст. 15, пп. 3–4, ст. 18, п. 2), проводить следственные действия на территории государства (ст. 54, п. 2, в) и собирать доказательства (ст. 56, см. также ст. 57, п. 3). Она выносит решение о компетентности Суда и приемлемости дела до подтверждения обвинений (ст. 14, п. 6), контролирует решение Прокурора об отказе от преследования (ст. 53, пп. 2–3). Она же выдает приказы о явке и ордера на арест (ст. 58), выносит решения о продолжении содержания обвиняемого под стражей или его освобождении (ст. 60), утверждает обвинения или снимает их (ст. 61).

4.333. В МУС условия для апелляции сформулированы более широко, чем в Международных уголовных трибуналах. Обвиняемый и Прокурор могут обжаловать постановление, вынесенное по существу на основании процессуального нарушения, фактической или юридической ошибки, несоразмерности наказания совершенному преступлению (ст. 81).

Апелляция может касаться решения о виновности, оглашения меры наказания (ст. 81, п. 1), а также целого ряда промежуточных решений (ст. 82, пп. 1–2).

4.334. Идет ли речь о Международных уголовных трибуналах или о Международном уголовном суде, создание двухуровневого судебного органа является нововведением

¹ ТРИУ, App., 2 octobre 1995, *Tadic*, p. 3, § 5.

² *Ibid.*, pp. 3–4, 6, §§ 5–6, 12.

³ *Антель, Сесиль*. О Международном уголовном трибунале по Руанде // МЖКК. 1997. № 19, ноябрь–декабрь. С. 781.

по сравнению с Нюрнбергом, где вынесенное решение считалось «окончательным и не подлежащим обжалованию» (Устав Международного военного трибунала в Нюрнберге, ст. 26). В Токио ограничились тем, что предусмотрели для Верховного главнокомандующего союзными силами право смягчать приговор (Устав Международного военного трибунала в Токио, ст. 17).

4.335. Каждый из Трибуналов включает также обвинителя, назначаемого Советом Безопасности (Уставы, ст. 16/15) и канцелярию, члены которой назначаются Генеральным секретарем ООН (Уставы, ст. 17/16). Обвинитель МУТР выполняет ту же функцию в МТБЮ (МУТР, ст. 15, п. 3), однако он располагает заместителем и дополнительными сотрудниками (*ibid.*). Наличие одного обвинителя для обоих Трибуналов позволяет обеспечить единый подход к выбору критериев, на основании которых начинается процедура судебного преследования. В 2003 г. Совет Безопасности создал отдельный пост обвинителя только для МУТР¹.

В Нюрнберге и Токио также существовала международная прокуратура, ее члены назначались, соответственно, государствами, подписавшими Лондонское соглашение от 8 августа 1945 г. (Устав Международного военного трибунала в Нюрнберге, ст. 14), и каждым из государств, принимавших участие в войне с Японией (Устав Токийского военного трибунала, ст. 8, b).

4.336. Прокурор МУС и его заместители избираются Ассамблеей государств-участников сроком на девять лет и не могут быть переизбраны (Статут, ст. 42, п. 4). Секретарь и, при необходимости, заместитель Секретаря избираются судьями на пятилетний срок полномочий и могут переизбираться один раз (ст. 43, пп. 4–5).

Прокурор и Секретарь назначают в их соответствующие органы такой квалифицированный персонал, какой может потребоваться (ст. 44, п. 1).

d) Процедура

4.337. Процедура Международных уголовных трибуналов и МУС включает три фазы:

- предварительное следствие и изучение дела;
- выдвижение обвинений;
- судебный процесс.

4.338. В случае Международных уголовных трибуналов предварительное следствие и изучение дела поручаются обвинителю, которому надлежит провести расследование и высказаться о целесообразности уголовного преследования (Уставы, ст. 16, п. 1, и 18, п. 1/15, п. 1, и 17, п. 1).

¹ Рез. СБ ООН S/Rés. 1503, 28 августа 2003 г., п. 8.

Таким образом, в отличие от того, что существует в бельгийском или французском праве, на этой стадии нет разделения обязанностей в осуществлении уголовного правосудия между, с одной стороны, прокуратурой, на которую возлагаются задачи, связанные с уголовным преследованием, и, с другой — следователем, выясняющим наличие правонарушения и возможность его вменения в вину обвиняемому.

4.339. Однако было бы ошибкой считать, что судья не играет никакой роли до начала самого процесса. В действительности, когда следствие завершено, обвинитель делает вывод о том, нужно или нет возбуждать уголовное дело. Если принимается решение в пользу возбуждения дела, он составляет обвинительное заключение и представляет его судье Камеры первой инстанции, который, изучив материалы, решает, следует ли начать рассмотрение дела (Уставы, ст. 18–19/17–18). Таким образом, роль судьи аналогична той, которая в уголовном судопроизводстве многих стран (например, в бельгийском праве, Уголовно-процессуальный кодекс, ст. 127 и сл., 218 и сл.) отводится суду, куда дело направляется на новое рассмотрение.

Эта стадия принятия решения о выдвижении обвинения не была предусмотрена в Уставах Международных военных трибуналов в Нюрнберге и Токио. Конечно, она представляет собой дополнительную гарантию для возможных обвиняемых, ордер на арест или привод которых обвинитель имеет право выдать лишь тогда, когда судья Камеры первой инстанции принял его обвинительное заключение (МТБЮ, ст. 19, п. 2; МУТР, ст. 18, п. 2), иначе процесс не может состояться.

4.340. Как и в случае с Нюрнбергским и Токийским трибуналами, начало производства предварительного следствия относится исключительно к ведению обвинителя: если публичный иск не может быть сделан гражданским истцом или с помощью прямого вызова к судье, рассматривающему дело по существу (так в бельгийском праве, Уголовно-процессуальный кодекс, ст. 31, 63–65)¹, любой (жертва или правопреемник², государства, международные организации, неправительственные организации и третьи лица) может представить «информацию обвинителю, который тогда «принимает решение в отношении того, достаточно ли оснований для разбирательства» (Уставы, ст. 18, п. 1/17, п. 1). Таким образом, речь идет о классической системе целесообразности преследования.

4.341. Что касается МУС, Прокурор может начать расследование при передаче ситуации Советом Безопасности, по жалобе государства-участника или по своей инициативе (Статут, ст. 13; 15, п. 1; 53, пп. 1–2). Но в двух последних случаях всегда надо следить за тем, чтобы условия компетенции Суда были соблюдены, а именно чтобы государство, на территории которого было совершено преступление, или государство, гражданином которого является правонарушитель, являлись участниками Статута или признали компетенцию Суда (ст. 12).

¹ Об этих процедурах и условиях их осуществления в бельгийском праве см.: FRANCHIMONT, M., JACOBS, A., et MASSET, A., *Manuel de procédure pénale*, Liège, Faculté de Droit et Jeune Barreau, 1989, pp. 152 ss.; BOSLY, H-D et VANDERMEERSCH, D., *Droit de la procédure pénale*, Brugge, la Charte, 2001, pp. 215 ss.

² О понятии жертвы см.: WALLEYN, L., «Victimes et témoins de crimes internationaux: du droit à une protection au droit à la parole», *RICR*, 2002, pp. 51–77.

Как и в случае Международных уголовных трибуналов, начало расследования подчинено, следовательно, принципу целесообразности, но в отличие от Трибуналов решение Прокурора не открывать расследования или не начинать преследования в связи с преступлением, предусмотренным Статутом, может в некоторых условиях быть пересмотрено Палатой предварительного производства (ст. 53, п. 3).

Если свобода Прокурора не начинать расследование или уголовное преследование находится под контролем Суда, его свобода проводить расследование или преследование контролируется Советом Безопасности. Последний, действуя на основании главы VII Устава ООН, согласно Статуту имеет право запретить Прокурору начать расследование или уголовное преследование в течение 12 месяцев после того, как Совет Безопасности в резолюции, принятой на основании главы VII Устава Организации Объединенных Наций, обращается в Суд с просьбой на этот счет; эта просьба может быть повторена Советом Безопасности при тех же условиях (ст. 16).

Это ограничение свободы Прокурора осуществлять преследование показывает, что международному уголовному праву предстоит пройти еще долгий путь, чтобы достичь уровня развития внутреннего права, поскольку принцип разделения властей и независимости судебной власти, действующий с XVIII или XIX века в любом демократическом государстве, еще не утвердился в международном сообществе, где политический орган может навязать свою волю судебной власти!

Долго дожидаться применения ст. 16 не пришлось. Едва Статут МУС вступил в силу, США в нарушение самых элементарных норм Устава ООН (преамбула, второй абзац; ст. 1 и ст. 2, п. 5), выступили 1 июля 2002 г. с угрозой заблокировать продолжение миротворческих операций, если США не получат гарантии того, что военнослужащих из состава американского контингента, участвующих в таких операциях, не передадут в руки Суда в случае совершения ими преступления, предусмотренного Статутом. Логика в таких опасениях, прямо скажем, не просматривается. Ведь достаточно того, чтобы США выполнили свою обязанность по пресечению подобных преступлений, чтобы в соответствии с принципом дополнительности (см. выше, п. 4.325) Суд никогда не рассматривал бы таких дел. Но, может быть, американцы сочли чрезмерным, что от них требуют соблюдать и заставлять соблюдать нормы, которые они сами приняли? Как бы там ни было, Совет Безопасности в конечном счете уступил этому требованию, сильно напоминающему шантаж, и в своей резолюции 1422 от 12 июля 2002 г.

«просит, согласно положениям ст. 16 Римского статута, чтобы в случае возникновения дела, касающегося нынешних или бывших официальных лиц или персонала любого предоставляющего контингент государства, не являющегося участником Римского статута, в отношении действий или бездействия в связи с учрежденными или санкционированными Организацией Объединенных Наций операциями МУС в течение 12-месячного периода, начинающегося 1 июля 2002 г., не начинал и не проводил расследования или уголовного преследования в связи с любым таким делом, если только Совет Безопасности не примет решения об ином».

Поскольку такого рода решение может быть принято только в рамках главы VII Устава ООН, то есть при наличии угрозы миру и международной безопасности, получается, что в глазах Совета Безопасности обязанность мощной державы соблюдать международное право таит в себе угрозу миру и международной безопасности...

В 2003 г. США удалось продлить еще на год действие этой резолюции¹, правда, большинство государств заявили, что это плохо согласуется с целью ст. 16². Это «злоупотребление доминирующим положением» прекратилось только в июне 2004 г., после скандала, связанного с жестоким обращением, которому американские силы подвергали узников иракской тюрьмы Абу-Грейб. Сознывая, что Совет Безопасности больше не пойдет у них на поводу, США даже не стали добиваться продления срока действия резолюции³.

4.342. Влияние англосаксонского уголовного права обнаруживается в том, что, как и в Международных уголовных трибуналах, в МУС нет следственного судьи: Прокурор руководит расследованием и изучением дела, но одновременно обнаруживается и влияние континентального права — уточняется, что Прокурор в равной мере расследует обстоятельства, свидетельствующие как о виновности, так и о невиновности (ст. 54, п. 1), как это делал бы следственный судья.

4.343. Что касается ареста обвиняемого и его присутствия в одном из Международных уголовных трибуналов, все государства — члены ООН *обязаны* оказывать содействие соответствующему Трибуналу в опознании и поиске лиц, предоставлении доказательств, отправке документов и в особенности в задержании и препровождении в Трибунал лиц, в отношении которых обвинитель отдал приказ о приводе или выдал ордер на арест (Уставы, ст. 29/28).

Так как местопребыванием МТБЮ является Гаага, а МУТР — Аруша, на Нидерланды и Танзанию, естественно, ложатся особые обязанности, связанные с арестом и охраной обвиняемого.

4.344. В случае МУС государствам также вменяется обязанность сотрудничать с ним. Однако конвенционный характер Статута и принцип дополнительности имеют следствием то, что эта обязанность распространяется только на государства — участники Статута и те государства, которые признали компетенцию Суда, равно как и на ситуации, когда на национальном уровне не были приняты эффективные меры по судебному преследованию (Статут, ст. 86–87, 89 и сл.). Например, государство, которому МУС направил требование о передаче лица в его распоряжение, одновременно получает от третьего государства требование о выдаче того же лица, вовсе не обязано отдать предпочтение МУС, поскольку требование о выдаче, поступившее от третьего государства, свидетельствует о реальном намерении привлечь соответствующее лицо к судебной ответственности (ср. ст. 90, пп. 6–7).

4.345. В МУС, как в Международных уголовных трибуналах, процедура является публичной, если Камера не решает проводить судебные заседания при закрытых дверях

¹ Рез. СБ ООН S/Res. 1487, 12 июня 2003 г.

² Док. ООН S/PV. 4772, 12 июня 2003 г., *passim*; см. также: при принятии резолюции 1497, два месяца спустя, близкие по смыслу заявления Мексики, Германии и Франции, док. ООН S/PV. 4803, 1 августа 2003 г.

³ <http://fr.news.yahoo.com/040623/2023x00h.html>.

(МТБЮ, ст. 20, п. 4, и ст. 22; МУТР, ст. 19, п. 4, и ст. 21; МУС, ст. 64, п. 7). Согласно ст. 14, пп. 1–3, Пакта о гражданских и политических правах 1966 г. обвиняемому должны быть предоставлены все соответствующие гарантии: презумпции невиновности и т. д. (МТБЮ, ст. 21; МУТР, ст. 20, МУС, ст. 66, п. 1, 67, п. 1)¹.

4.346. Ст. 21, п. 4 (МТБЮ), ст. 20, п. 4 (МУТР) и ст. 63, п. 1 (МУС) гласят, что любое лицо, против которого выдвинуты обвинения

«имеет право (...)

d) быть судимым в его присутствии и защищать себя лично...»

В своем докладе об Уставе МТБЮ Генеральный секретарь ООН считал, что это положение (исходящее из ст. 14, п. 3, d, Пакта о гражданских и политических правах 1966 г.) исключает процедуру заочного рассмотрения дела².

Такое толкование, как нам кажется, не вполне следует из текста: тот факт, что обвиняемый имеет *право* присутствовать на процессе, не исключает возможности судить его и заочно или в его отсутствие, лишь бы у него была *возможность осуществить право* присутствовать на своем процессе³.

4.347. В случае Международных уголовных трибуналов заочному рассмотрению дела мешают два препятствия юридического характера, преодоление которых связано с более значительными сложностями:

- отсутствие в Уставе какого бы то ни было положения, указывающего на возможность такого рассмотрения. Тут следует учитывать, что судебное учреждение никогда не имеет права осуществлять какую-либо компетенцию, кроме той, которой оно было явным образом наделено. Показательно в этом смысле, что Уставы Нюрнбергского (ст. 12) и Токийского (ст. 12, с) трибуналов явным образом предусматривали возможность судить обвиняемых в их отсутствие;
- неприменимость некоторых положений при заочном рассмотрении дела, например невозможность спросить у обвиняемого, признает ли он себя виновным или нет, что предусмотрено Уставами Международных уголовных трибуналов (ст. 20, п. 3/19, п. 3).

С другой стороны, в пользу возможности выносить судебное постановление при заочном рассмотрении дела можно было бы сослаться на принцип придания полезного действия ст. 1 Устава, которая наделяет Трибунал правом «осуществлять судебное преследование лиц, ответственных... и т. д.» (см. выше, п. 4.310). Кроме того, подчеркнем, что правосудие не должно страдать от того, что обвиняемый скрывается или отказывается осуществить признанные за ним права. Так, в английском праве, где применяется система «guilty» (виновен) или «non guilty» (невиновен), все же допускается возможность «над-

¹ Более подробно см.: *Ла Роза, Анн-Мари*. Непростая задача для Международных уголовных трибуналов: сочетать требования международного гуманитарного права и справедливой судебной процедуры // МЖКК. 1997. № 19, ноябрь–декабрь. С. 733.

² Приводившийся выше доклад Генерального секретаря S/25704, с. 27, п. 101.

³ Более подробно об этом см.: *DAVID, Eléments...*, *op. cit.*, § 12.2.142 ss.

лежащим образом судить и приговаривать обвиняемого, скрывающегося от суда, в его отсутствие»¹.

Тем не менее то, что в Уставе нет положения о заочном рассмотрении дел, делает весьма гипотетичным право Трибуналов выносить судебное постановление в этих условиях (за исключением особых случаев, предусмотренных Правилами процедуры Трибуналов, ст. 61², 102 В и 118 В).

4.348. Случай МУС несколько сложнее. Здесь нужно различать фазу, предшествующую процессу и фазу собственно процесса.

В рамках первой фазы проблема присутствия соответствующего лица возникает на стадии утверждения обвинений, то есть в ходе слушаний в Палате предварительного производства, которая решает, должно ли лицо предстать перед Палатой первой инстанции в случае утверждения обвинений или не должно предстать перед ней, если обвинения не утверждены (ст. 61). Предусмотрено, что на этой стадии процедуры, если лицо отказалось от своего права присутствовать на разбирательстве или же его не могут найти, несмотря на все усилия, предпринятые для обеспечения его явки, Палата предварительного производства может проводить свои слушания и в отсутствие обвиняемого. Однако последний может быть представлен своим защитником, если Палата сочтет, что это соответствует интересам правосудия (ст. 61, п. 2).

На стадии собственно процесса обвиняемый присутствует на судебном разбирательстве (ст. 63, п. 1). Если обвиняемый, присутствующий в Суде, нарушает ход судебного разбирательства, Судебная палата может удалить обвиняемого и предоставляет ему возможность следить за ходом разбирательства и давать указания защитнику, находясь за пределами зала заседаний (ст. 31, п. 2).

Поскольку разбирательство в отсутствие обвиняемого никак по-другому не прописано в Статуте, отсюда можно заключить, что именно для таких случаев предусмотрено, что

«приговор оглашается публично и, когда это возможно, в присутствии обвиняемого» (курсив автора).

Так же должно обстоять дело в случае побега обвиняемого или когда, находясь на свободе, он решает больше не принимать участия в разбирательстве. Важно, чтобы обвиняемый присутствовал на открытии процесса, в дальнейшем же его отсутствие не препятствует доведению разбирательства до конца, что может стать предметом апелляции, поскольку в Статуте сказано:

«Апелляционная палата может оглашать свои решения в отсутствие лица, которое было оправдано или которое было признано виновным» (ст. 83, п. 5).

То есть речь идет о компромиссе между полным отказом от судебного разбирательства в отсутствие ответчика и его полным принятием.

¹ НАМПТОН, С., *Criminal Procedure*, London, Sweet and Maxwell, 1977, p. 150.

² О процедуре ст. 61 см.: DAVID, *Eléments ...*, *op. cit.*, §§ 12.2.159 ss.

е) Средства защиты обвиняемого

4.349. Естественно, обвиняемый может использовать все фактические и юридические средства, чтобы противодействовать обвинению. Однако некоторые средства защиты исключены или ограничены.

Так же, как в случае с Нюрнбергским (ст. 7) и Токийским (ст. 6) трибуналами, официальный статус обвиняемого, будь то глава государства, глава правительства или должностное лицо высокого ранга, не мешает привлечению его к ответственности и, конечно же, не является смягчающим обстоятельством (МТБЮ, ст. 7, п. 2; МУТР, ст. 6, п. 2; МУС, ст. 27 (см. ниже, п. 4.407 и сл.).

Кроме того, так же, как и в Уставах Нюрнбергского (ст. 9) и Токийского (ст. 6) трибуналов (см. ниже, п. 4.418 и сл.), приказ вышестоящего лица не может считаться обстоятельством, освобождающим от ответственности. Самое большее, он способен послужить основанием для смягчения наказания, если этого требует правосудие (МТБЮ, ст. 7, п. 4; МУТР, ст. 6, п. 4) (см. ниже, п. 4.420 и сл.).

4.350. В случае МУС приказ начальника может послужить оправданием для обвиняемого только при соблюдении трех условий:

- это лицо было юридически обязано исполнять приказы данного правительства или данного начальника;
- это лицо не знало, что приказ был незаконным; и
- приказ не был явно незаконным (ст. 33, п. 1).

Там же уточняется, что приказы о совершении преступления геноцида или преступлений против человечности являются явно незаконными (ст. 33, п. 2).

Но как быть с военными преступлениями? Среди тех, которые приводятся в Статуте, лишь немногие не выглядят явно незаконными, особенно если учесть, что все государства обязаны распространять знания о международном гуманитарном праве среди личного состава своих вооруженных сил и населения (см. выше, п. 3.5 и сл.).

4.351. Статут МУС предусматривает и другие основания освобождения от уголовной ответственности: психическое заболевание или расстройство, состояние интоксикации, которые лишают лицо возможности осознать противоправность или характер своего поведения, бедственное положение или состояние непреодолимой силы (ст. 31, п. 1, с–d). В связи с двумя последними основаниями освобождения от ответственности необходимо сделать несколько замечаний.

4.352. Ст. 31, п. 1, с, Статута МУС исключает уголовную ответственность лица, если оно:

«действовало разумно для защиты себя или другого лица или, в случае военных преступлений, имущества, которое является особо важным для выживания данного лица или другого лица, либо имущества, которое является особо важным для выполнения задачи военного характера,

от неизбежного и противоправного применения силы способом, соразмерным степени опасности, угрожающей этому лицу или другому защищаемому лицу или имуществу».

Довольно трудно понять, как государства, представленные на Дипломатической конференции в Риме, могли принять, даже в ограниченных рамках МУС, положение, которое на основании бедственного положения (необходимость спасения своей жизни или жизни другого лица) или даже во имя военной необходимости (защита имущества, необходимого для выполнения военной задачи) позволяет ставить под вопрос запреты, которые, по определению, уже учитывают эти переменные. Возврат к равновесию — право вооруженных конфликтов представляет собой равновесие между требованиями гуманности и военной необходимостью — разрушает первые в пользу второй и ставит под сомнение всю философию этого права¹.

Не ставя прямо под вопрос действенность ст. 31, п. 1, с, одна из Камер МТБЮ подчеркнула по поводу этого положения, что

«военные операции, проводимые в порядке самозащиты, не являются оправданием для нарушений международного гуманитарного права»².

По мнению Апелляционной камеры МТБЮ,

«отсутствие состояния необходимой обороны не является элементом состава преступления, которое Обвинение должно установить, устранив любые разумные сомнения на этот счет»³.

Аналогичным образом Европейский суд по правам человека заявил:

«Даже в самых сложных обстоятельствах, таких, например, как борьба с терроризмом или организованной преступностью, Европейская конвенция (о защите прав человека и основных свобод) категорически запрещает пытки, бесчеловечные или унижающие достоинство обращение и наказания»⁴.

4.353. Позволительно ли утверждать, что исключение, предусмотренное в ст. 31, п. 1, касается применения только одной криминализации и не затрагивает соответствующих абсолютных *запретов*, содержащихся в международном гуманитарном праве. Этот аргумент представляется необидительным.

Прежде всего составы преступления, установленные правом вооруженных конфликтов, органически ему присущи: интегрированные в это право, они подчиняются его принципам и ограничениям. Однако это право не оставляет места для бедственного положения и состояния необходимости (см. выше, п. 4.27 и сл.; ниже, п. 4.430 и сл.). В таких условиях было бы противно духу этого права вводить исключения из абсолютных запретов посредством уголовно-правовых средств, которые предназначены для их усиления, а не для их ослабления.

¹ Углубленный анализ этого положения см.: «L'art. 31, § 1, c du Statut de la Cour pénale internationale — Travaux de l'atelier organisé par la Commission consultative de droit international humanitaire de la Corix-Rouge de Belgique, Communauté francophone», *RBDI*, 2000, pp. 359–488.

² Aff. IT-95-14/2, *Kordic et al.*, 26 févr. 2001. § 452.

³ TPIY, aff. IT-95-14/2-A, *Kordic et Cerkez*, 17 déc. 2004, § 838.

⁴ Aff. *Khachiev et Akaïeva c/Russie*, arrêt du 24 févr. 2005, § 170.

Далее, различие между запретами, установленными правом вооруженных конфликтов, и соответствующими запретами и составами преступлений, предусмотренными уголовным правом, часто представляется искусственным. Известно, что в условиях вооруженного конфликта совершаются многочисленные уголовные правонарушения: умышленные убийства, преднамеренное причинение телесных повреждений, посягательства на свободу лиц и имущество. Однако эти нарушения теряют свой противоправный характер, пока соответствующие действия остаются в рамках права вооруженных конфликтов (см. выше, п. 4.126). Зато они снова становятся уголовно наказуемыми деяниями, когда они совершаются в нарушение права вооруженных конфликтов (см. ниже, п. 4.383 и сл.).

Однако если применяется основание для освобождения от уголовной ответственности, соответствующее поведение утрачивает свой преступный характер и можно считать, что гуманитарная норма соблюдена. То есть обнаруживается определенное смещение гуманитарных и уголовно-правовых предписаний.

Утверждать, что уголовное право со своими средствами защиты и исключениями применяется к праву вооруженных конфликтов, независимо от того, что эти средства и исключения могут оказаться несовместимыми с нормами права вооруженных конфликтов — все равно, что впустить волка в овчарню или запустить вирус в компьютер. Например, хорошо известно, что во внутреннем уголовном законодательстве уголовное право как бы поддерживает гражданское. Поэтому судебные постановления по уголовным делам обязательны для судьи, рассматривающего гражданские иски¹. Если бы праву вооруженных конфликтов пришлось бы «импортировать» эту норму, получилось бы, что лицо, освобожденное от ответственности за военное преступление или преступление против человечности на основании необходимости или бедственного состояния, считалось бы не нарушившим право вооруженных конфликтов.

4.354. Есть и еще одно основание считать абсурдной попытку проводить различие между оправданием какого-либо действия с уголовно-правовой точки зрения и его запрещением в гуманитарном плане и утверждать при этом, что первое не влияет на второе.

Многие действия, считающиеся дозволенными в праве вооруженных конфликтов, составили бы уголовные преступления, будь они совершены в мирное время (убийство, преднамеренное нанесение телесных повреждений и т. д.). Именно наличие вооруженного конфликта устраняет их противоправный характер. Если соответствующие действия одновременно составляют преступления в свете права вооруженных конфликтов, допускать, что они могут быть оправданы только с уголовно-правовой точки зрения, но в то же время остаются запрещенными гуманитарным правом, равносильно признанию, что они снова становятся уголовными правонарушениями по внутригосударственному законодательству. Если и существует основание для освобождения от ответственности в свете международного уголовного права, оно a fortiori должно быть применимым и ко внутреннему уголовному законодательству. Соответствующие действия не были бы тогда наказуемы ни в международном, ни во внутреннем плане и de facto запрет, установленный правом вооруженных конфликтов, потерял бы свою действенность, и это было бы равносильно утверждению, что международное гуманитарное право не было нарушено. Вряд ли можно

¹ FRANCHIMONT, M., JACOBS, A., MASSET, A. *op. cit.*, pp. 946 ss.; BOSLY, H-D et VANDERMEERSCH, D., *op. cit.*, pp. 224 ss.

себе представить, что таковым было намерение государств, когда они вырабатывали право вооруженных конфликтов. Государствам не нужно право, которое можно было бы игнорировать по прихоти стратега. Утверждать обратное — все равно, что говорить, что запрещения, установленные правом вооруженных конфликтов, носят чисто условный характер для тех, кто ведет военные действия, а это было бы полным абсурдом.

Трудно себе представить, чтобы у составителей Статута имелось намерение оправдать военные преступления или преступления против человечности во имя защиты «имущества, необходимого для выполнения боевой задачи», иначе придется признать, что можно разместить школу со всеми учениками и учителями рядом с военным аэродромом: использование такого «живого щита», рассматриваемое Статутом как преступное (ст. 8, 2, b, xxii), уже не будет военным преступлением, поскольку это позволит прикрыть военный аэродром и находящиеся на нем самолеты, ведь разве это не «имущество, необходимое для выполнения боевой задачи»?

Даже если помнить о том, что нормы Статута должны толковаться таким образом, чтобы они согласовывались с правами человека (Статут, ст. 21, п. 3), признание одновременно бедственного состояния и даже военной необходимости как обстоятельства, освобождающего от ответственности за одно из преступлений, предусмотренных Статутом, все равно остается своего рода ящиком Пандоры, несовместимым с аксиомами права вооруженных конфликтов. Применение этой нормы привело бы «к результатам, которые являются явно абсурдными или неразумными» (Венская конвенция о праве международных договоров, ст. 32, b).

Можно пойти еще дальше: позволяя оправдывать самые тяжкие преступления, которые только существуют в праве, данная норма выступает как нарушение *jus cogens* и потому недействительна и влечет за собой недействительность всего Статута МУС (Венская конвенция о праве международных договоров, ст. 44, п. 5, в сочетании со ст. 53). Поскольку это явно не входило в намерения составителей Статута, остается только считать ст. 31, п. 3, «несуществующей»...

Некоторые государства не преминули на это отреагировать посредством заявлений о толковании, сделанных в момент ратификации Статута. Так, Бельгия уточнила, что ст. 31, п. 1, с, может применяться и толковаться только в соответствии с нормами международного гуманитарного права¹. Новая Зеландия сделала близкое по смыслу заявление, напомнив, что международное гуманитарное право применяется как к агрессору, так и к жертве агрессии и что его применение не зависит от того, осуществляет ли государство или нет право необходимой обороны².

4.355. Ст. 31, п. 1, d, включает принуждение в число оснований для освобождения от уголовной ответственности, предусмотренных Статутом. Последний опровергает, следовательно, вызывающее удивление решение Апелляционной камеры МТБЮ, которая в деле Эрдемовича тремя голосами против двух заключила, что принуждение не может служить оправданием для преступления против человечности или военного преступления³.

¹ М.В., 1^{er} déc. 2000 et *YIHL*, 2000, p. 427.

² Ratification et déclaration du 7 sept. 2000, *YIHL*, 2000, p. 699.

³ ТРИУ, App., aff. n° IT-96-22-A, 7 oct. 1997, § 19.

Данное дело касалось военнослужащего сербских сил Боснии и Герцеговины, обвиняемого в том, что 16 июля 1995 г., после взятия города Сребреница, он участвовал в убийстве сотен гражданских лиц. Обвиняемый заявлял в свое оправдание, не встречая возражений со стороны обвинения, что принял участие в этой резне только под угрозой того, что в случае его отказа стрелять в гражданских лиц он сам и его ближайшие родственники будут убиты.

В своем особом мнении двое судей из числа большинства разъяснили, что международное обычное право не возводит принуждение в ранг оснований освобождения от ответственности — это не так (см. ниже, пп. 4.418, 4.430) — и что право государств, принадлежащих к англосаксонской правовой системе (*common law*), исключают принуждение как обстоятельство, освобождающее от ответственности за убийство¹. Судьи, оказавшиеся в меньшинстве, высказывали несогласие с такой трактовкой и доказывали, что прецеденты, относящиеся к *common law*, не подходят к данному случаю².

Статут МУС разобрался с этим в высшей степени заслуживающим критики прецедентом³ (интересно, как бы повели себя судьи из числа большинства, окажись они на месте обвиняемого), уточнив, что;

«лицо не несет уголовной ответственности, если в момент совершения им деяния:

(...)

d) деяние, которое предположительно представляет собой преступление, подпадающее под юрисдикцию Суда, является вынужденной ответной реакцией на угрозу неминуемой смерти либо неминуемого причинения тяжких телесных повреждений или продолжения причинения таких повреждений для него самого или для другого лица, и это лицо принимает необходимые и разумные меры для устранения этой угрозы, при условии, что это лицо не намерено причинить больший вред, чем тот, который оно стремилось предотвратить (...) (ст. 31, п. 1).

Это положение все равно остается двусмысленным. Отбрасывая исключение, когда лицо «намерено причинить больший вред, чем тот, который оно стремилось предотвратить», данное положение вводит критерий «интенции», несовместимый с понятием «принуждения». Поскольку последнее уничтожает *mens rea* действующего лица, уже не может быть речи о намерении. На самом деле, в данном положении, вероятно, присутствует смешение принуждения и состояния необходимости, хотя последнее уже принимается во внимание в предыдущем абзаце того же положения (см. выше, п. 4.352).

При этом должно быть ясно, что принуждение по определению полностью исключает саму идею интенции и собственной воли действующего лица, поскольку речь идет о

«событии, которое уничтожает волю действующего лица и непреодолимо толкает его на совершение материального деяния, криминализованного законом»⁴.

¹ TPIY, App., aff. n° IT-96-22-A, 7 oct. 1997, op. indiv. McDonald et Vorah, §§ 43–87.

² Op. diss. Cassese, §§ 16 ss.; op. diss. Stephens, §§ 14 ss.; обобщение аргументов см.: DAVID, E., *Eléments ...*, op. cit., §§ 13.2.34 ss.; см. также: ROWE, P., «Duress as a Defence to War Crimes after Erdemovic: a Laboratory for a Permanent Court?», *YJHL*, 1998, pp. 213 ss.

³ ...но прецедент все же был создан, TPIY, aff. IT-98-33-T, *Krstic*, 2 août 2001. § 714; *id.*, aff. IT-02-59-S, *Mrda*, 31 mars 2004, § 66; TPIR, aff. ICTR-95-16-T, *Rutaganira*, 14 mars 2005, § 81.

⁴ TULKENS, Fr. et van de KERCHOVE, M., op. cit., Bruxelles, Kluwer Ed. jurid. Belgique, 1997, p. 305; ср. также: HENNAU, Chr. et VERHAEGEN, J., op. cit., pp. 280 ss.

Следовательно, непреодолимое принуждение должно рассматриваться как абсолютно освобождающее от ответственности, если речь идет действительно о ситуации, когда воля индивидуума уничтожена.

4.356. В случае Международных уголовных трибуналов норма *non bis in idem* не позволяет национальному судебному органу судить лицо, которое уже предстало перед Трибуналом за то же деяние. В то же время она не препятствует тому, чтобы Трибунал судил лицо, уже судимое за то же деяние в том или ином государстве, если данное деяние в этом государстве было сочтено уголовным правонарушением или если судопроизводство имеет единственной целью освободить обвиняемого от международной уголовной ответственности (Уставы, ст. 10/9). Речь идет о недопущении того, чтобы обвиняемый использовал в качестве прикрытия чисто формальные национальные процессы.

А *fortiori* на принцип *non bis in idem* не может ссылаться обвиняемый, подвергшийся судебному преследованию в своем государстве до того, как он предстал перед Трибуналом¹. По тем же причинам в бельгийском праве норма *non bis in idem* применяется в случае преследования за действия, совершенные за границей и там же ставшие предметом судебного разбирательства, если эти действия не имели места в военное время (Уголовно-процессуальный кодекс, вводный раздел, ст. 13).

В случае МУС исключение, не являющееся логическим следствием дополнительной, препятствует преследованию, когда подсудимый уже предстал перед другим судом, который вынес независимое и беспристрастное решение, не пытаясь при этом его освободить от уголовной ответственности (ст. 20). Условия применения принципа *non bis in idem* аналогичны тем, которые предусмотрены Уставами Международных уголовных трибуналов.

f) Меры наказания

4.357. Справедливо учитывая стремление международного сообщества добиться отмены смертной казни², Уставы Международных уголовных трибуналов предусматривают только те меры наказания, которые связаны с лишением свободы и возвращением законным владельцам всего имущества, которым незаконно завладело осужденное лицо (МТБЮ, ст. 24, пп. 2–3; МУТР, ст. 23, пп. 2–3).

В этом смысле Уставы Международных уголовных трибуналов носят более ограничительный характер, чем Уставы Международных военных трибуналов в Нюрнберге (ст. 27–28) и Токио (ст. 16), позволявшие приговаривать обвиняемых к смертной казни или «любой другой мере наказания, которая будет сочтена справедливой (Трибуналом)». Они также более ограничительны, чем Конвенция 1937 г., допускавшая вынесение Судом приговоров, устанавливающих любые меры наказания, предусмотренные правом государства, передавшего дело к производству в Суд, или правом государства, где было совершено

¹ ТРИУ, aff. IT-94-1-T, 14 novembre 1995, *Tadic*, §§ 11 ss.

² С 1971 г. Генеральная Ассамблея ООН утверждает, что «желательная цель» состоит в «полной отмене» смертной казни. Резолюция 2857 (XXVI) п. 3; 32/61, п. 1; см. также Протокол № 6 от 28 апреля 1984 г. к Европейской конвенции о защите прав человека и основных свобод и Факультативный протокол № 2 от 15 декабря 1989 г. к Пакту о гражданских и политических правах.

соответствующее деяние. В случае же конкуренции законов Суду надлежало применить «наименее строгий закон» (ст. 21).

Уставы не предусматривают наказаний имущественного характера или субституции. Даже судебные издержки не относятся на счет осужденного. Расходы Трибуналов включены в общий бюджет ООН (МТБЮ, ст. 32; МУТР, ст. 30).

4.358. Что касается продолжительности наказаний в виде лишения свободы, Уставы предусматривают использование общей сетки сроков тюремного заключения, практикуемой судами бывшей Югославии (ст. 24, п. 1) и Руанды (ст. 23, п. 1). Таким образом, к деяниям, признанным международными преступлениями, применяются уголовные санкции внутреннего права. Решение классическое (см. выше, п. 4.210 и сл.) и рациональное, поскольку оно позволяет избежать ловушки *nullum crimen, nulla poena*, так как наказаниями являются санкции, используемые обычно в праве, которое применяется на территории государства, где было совершено правонарушение¹.

4.359. У МУС спектр мер наказания гораздо шире: тюремное заключение на различные сроки (до 30 лет даже в случае осуждения за несколько преступлений) или пожизненное, штрафы, конфискация имущества, в том числе доходов, полученных в результате преступления (ст. 77 и ст. 78, п. 3). Суд может распорядиться передать денежные средства и другое имущество, изъятое посредством штрафов или конфискации, в Целевой фонд (ст. 79).

Не предусмотрено относить судебные издержки на счет осужденного — они покрываются за счет бюджета Суда (ст. 114).

В отличие от того, что предусматривается Международными уголовными трибуналами, меры наказания не зависят от уголовного законодательства соответствующих государств. Для МУС не должно возникать никаких проблем, связанных с обратной силой, поскольку его Статут применяется только к деяниям, совершенным *после* его вступления в силу (ст. 11).

И даже в гипотетическом случае передачи Суду Советом Безопасности ситуации, связанной с преступлениями, совершенными на территории государства, не являющегося участником Статута, или гражданами такого государства, проблема обратной силы также не должна возникать, поскольку

- большинство деяний, криминализованных Статутом, соответствуют правонарушениям, уголовно наказуемым во всех государствах;
- Статут может рассматриваться как выражение обычных норм материального права в плане устанавливаемых им составов преступлений.

Кроме того, Суд обязан учитывать личность осужденного (ст. 78, п. 1), что может означать необходимость для Суда учитывать меры наказания, применяемые либо на тер-

¹ См.: SHABAS, W.A., «Sentencing by the International Tribunal for a Humanitarian rights approach», p. 3, in *Justice in Cataclysm, Criminal Tribunal in the Wake of Mass Violence*, Acts of the Duke School of Law Conference, Brussels, 20–21 July 1996.

ритории государства, где было совершено преступление, либо в государстве, гражданином которого является правонарушитель.

4.360. В гражданском плане Уставы Международных уголовных трибуналов предусматривают, что Камеры «могут отдавать приказ о возвращении любого имущества и доходов», которыми осужденное лицо завладело незаконно (МТБЮ, ст. 24, п. 3; МУТР, ст. 23, п. 3).

4.361. Так же, как Уставы Нюрнбергского и Токийского военных трибуналов, Уставы Международных уголовных трибуналов не предусматривают права для потерпевшего предъявить гражданский иск и выступать в суде по поводу возмещения убытков. Однако поскольку Трибуналы могут распорядиться о возвращении собственности потерпевшим (ст. 24, п. 3/23, п. 3), было бы логично разрешить им предъявлять свои требования обвинителю либо непосредственно Трибуналу в качестве «свидетелей» (допрос свидетелей предусмотрен, в частности, ст. 21, п. 4, е, и ст. 22 — МТБЮ; 20, п. 4, е, и ст. 21 — МУТР).

4.362. Большим отличием от Международных уголовных трибуналов и уступкой системе римского гражданского права является то, что Статут МУС признает за потерпевшими право высказывать свои «мнения и опасения», возможно, через своих законных представителей (ст. 68, п. 3), а также требовать возмещения понесенного ущерба (ст. 75, пп. 1–3).

Речь не идет об официальном праве предъявлять «гражданские иски», поскольку это могло бы иметь следствием возбуждение уголовного дела, что является прерогативой Прокурора. Однако потерпевшим разрешается высказывать свои мнения на различных стадиях судебного разбирательства (ст. 15, п. 3; 19, п. 3; 68, п. 3), и за ними признается право на «соответствующее возмещение» в виде «реституции» (ст. 75, пп. 1–2). Однако это право на возмещение должно быть предметом специальной процедуры, отдельной от уголовного аспекта процесса¹.

4.363. В отношении исполнения наказания следует заметить, что международных тюрем пока нет. Места лишения свободы, предоставленные в распоряжение Международных уголовных трибуналов Нидерландами и Танзанией, используются для предварительного заключения обвиняемых. Таким образом, именно государствам надлежит информировать Совет Безопасности или МУС о своей готовности принять осужденных, а Трибуналу или МУС выбрать среди них то, которое обеспечит тюремное заключение осужденного (МТБЮ, ст. 27; МУТР, ст. 26; МУС, ст. 103), что более или менее соответствует системе, предусмотренной Конвенцией 1937 г. (ст. 40).

4.364. Нужно отметить, что в противовес сказанному в конвенциях о судебной взаимопомощи в области переноса уголовного преследования на территорию другого государства, исполнения постановлений иностранных судов и перевода заключенных туда, где закон государства, к которому обращено требование, замещает закон требующего

¹ Более подробно см.: DAVID, *Eléments ...*, *op. cit.*, § 14.4.112.

государства, закон государства, принимающего заключенного, регулирует его тюремное заключение только «при надзоре со стороны Международного трибунала» (МТБЮ, ст. 27)¹ или при его контроле (МУТР, ст. 26). Следовательно, любое помилование или уменьшение наказания, применимое к заключенному согласно закону государства, на территории которого он содержится под стражей, возможно только с разрешения соответствующей международной инстанции (МТБЮ, ст. 28; МУТР, ст. 27; МУС, ст. 110) или «под надзором Суда» (МУС, ст. 106, п. 1).

g) Будущее Международных уголовных трибуналов
и Международного уголовного суда

4.365. Трибуналы не создавались как судебные органы, которым предстоит существовать длительное время, и у них есть недостатки, но они не должны тем не менее затмевать их достоинства. Рассмотрим эти недостатки и достоинства.

1) Недостатки Международных военных трибуналов

4.366. С философской и концептуальной точки зрения можно только сожалеть, что:

- эти Трибуналы потворствуют пассивности государств; в условиях, когда государства не очень-то стремятся осуществлять свою универсальную юрисдикцию, Трибуналы провоцируют бездействие государств по отношению к ужасным преступлениям, совершаемым по всему миру;
- судебные решения носят избирательный характер — особенно это касается МУТР, который пытается сохранить жизнь крупным преступникам, обеспечивая им лучшие условия содержания под стражей по сравнению с теми лицами, которые подвергаются судебному преследованию и осуждению в самой Руанде;
- слишком дорогое это правосудие, которое, в принципе, должно осуществляться самими государствами и с меньшими издержками².

2) Преимущества Международных уголовных трибуналов

4.367. С технической точки зрения можно отметить следующее:

- устранены недостатки в области пресечения преступлений, недостатки, обусловленные отказом того или иного государства выдать подозреваемых лиц стране, которая требует выдачи, или самому вести судебное разбирательство, независимо от причин (юридических и (или) политических);
- Международные уголовные трибуналы могут преследовать и предавать суду подозреваемых лиц, где бы они ни находились;

¹ *Ibid.*, § 14.2.251.

² Ср.: *Пейич, Елена*. Ответственность за международные преступления: от гипотезы — к реальности // *Международный журнал Красного Креста*. — М.: МККК, 2002. С. 5.

— существует возможность официально применить санкции к тому государству, которое отказывается сотрудничать с Международными уголовными трибуналами.

В концептуально-философском плане надо отметить следующее:

- все государства признали, что некоторые преступления настолько чудовищны, что от них страдает все человечество и что оно вправе требовать наказания за них;
- преследование лиц, виновных в серьезных нарушениях, стало носить, безусловно, более рациональный характер, так как Международные уголовные трибуналы являются централизованными судебными органами, которые могут вести расследование в любой стране и собирать все необходимые свидетельские показания, позволяющие возбуждать уголовное преследование;
- правосудие осуществляется в нормальных условиях и не зависит от обстоятельств политического или географического характера при рассмотрении дел, связанных с самыми серьезными из серьезнейших нарушений;
- происходит отказ от смертной казни, даже когда речь идет о страшных преступлениях, несмотря на ряд отрицательных последствий, которые могут при этом возникнуть (существование двойного стандарта — в отношении тех, кто предстает перед Международным уголовным трибуналом, и тех, кого предадут суду в государстве, где применяется смертная казнь);
- события, вошедшие в историю, подвергаются правовому освещению, и можно предотвратить попытки их ревизии и фальсификации.

4.368. Эти Трибуналы являются второй большой «премьерой» после Нюрнберга и Токио.

Конечно, как и аналогичные внутригосударственные судебные органы, они не искоренят преступления, которые совершаются и будут совершаться, однако есть основания надеяться, что они внесут вклад, пусть даже очень скромный, в попытки покончить с нетерпимым положением, когда исполнители этих преступлений остаются безнаказанными.

4.369. Того же можно ожидать и от Международного уголовного суда. Являясь их наследником и продолжателем, пусть и не по прямой линии, МУС ставит перед собой более значительные задачи и находится под большим контролем.

Его миссия представляется более значительной, потому что он будет иметь возможность рассматривать дела о преступлениях, совершенных не в какой-то определенной стране или гражданами какого-то определенного государства, но и в любом государстве и гражданами любого государства, присоединившегося к Статуту или признавшего компетенцию Суда, или даже гражданами вообще любого государства, которое в своем решении укажет Совет Безопасности.

Более контролируемым МУС является потому, что осуществление его деятельности зависит от доброй воли, с которой государства и Совет Безопасности будут к нему обращаться. Поэтому важно, чтобы все государства решили выполнять требования, содержащиеся в Статуте. Это — еще один шаг по пути борьбы с безнаказанностью.

4.370. Неожиданное следствие — критерием полезности Суда будет частота обращений к нему. Если исходить из того, что МУС должен быть задействован только тогда, когда государства не справляются со своими обязанностями по пресечению (принцип дополнителности), бездействие Суда будет означать, что либо преступления, предусмотренные Статутом, больше не совершаются, либо что соответствующие государства сами пресекают их надлежащим образом. И настоящим триумфом Суда стало бы состояние, когда он окажется невостребованным, но это, к сожалению, невозможно — ни в ближайшем, ни в более отдаленном будущем.

Таким образом, МУС призван внести свою лепту в борьбу с безнаказанностью самим своим существованием и своей конкретной деятельностью.

4.371. Подобная безнаказанность соответствует, скорее, фактическому состоянию дел, чем юридической неизбежности. Государства уже давно взяли на себя обязательство пресекать преступные деяния, рассмотрением которых занимаются Международные уголовные трибуналы и МУС (см. ниже, п. 4.380 и сл.), но известно и то, что выполнение этого обязательства носит в высшей степени теоретический характер.

Может быть, создание этих международных судебных инстанций позволит государствам лучше осознать свой долг «соблюдать и заставлять соблюдать» международное гуманитарное право (Женевские конвенции 1949 г., ст. 1, общая). Особенно это касается Международного уголовного суда, который не предназначен для латания дыр в национальных судебных системах.

В этом смысле данные международные уголовно-правовые инстанции являются как бы констатацией неэффективности универсальной юрисдикции, признанной за государствами, поскольку речь идет о преступности, скорее, государственного, чем индивидуального происхождения. Правоохранительные органы того или иного государства вообще проявляют гораздо больше рвения, когда нужно преследовать воздушного пирата, захватившего самолет где-нибудь в другом полушарии, чем когда к ответственности следует привлечь палача или командира вооруженного формирования, который в одной из соседних стран с согласия своего правительства принимал участие в пытках и истреблении десятков, сотен или даже тысяч людей!

Если при разбирательстве гражданских дел в некоторых третьих странах потерпевшим иногда удается одерживать впечатляющие победы (см. выше, п. 4.54)¹, то в сфере уголовного судопроизводства предстоит решить еще много вопросов. Однако в некоторых странах потерпевшим удастся убедить прокуратуру возбудить преследование. Здесь можно вспомнить о том, какой ход был дан в Бельгии жалобам руандийских жертв геноцида 1994 г. на других руандийцев по поводу фактов, имевших место в Руанде. Результатом этого стали процесс и осуждение четырех человек (процесс «Бутаре», 8–9 июня 2001 г.). Правда, пресечению в данном случае способствовало очень прогрессивное законодательство в этом вопросе (см. ниже, п. 4.389).

¹ HUYGHEBAERT, P., «Karadzic poursuivi à New York», *Situations*, n° 22, sept. — oct. 1993, p. 31; U.S. Distr. Ct., S. D., N. Y., 8 April 1996, Barayagwiza, n° 76410, inédit.

4.372. Тот факт, что Международные уголовные трибуналы побуждают государства к своего рода лености в применении универсальной юрисдикции, не должен отрицательно сказаться на системе МУС: наоборот, принцип дополнительности должен побуждать к осуществлению этой юрисдикции. Государство, которое не хочет быть на плохом счету у международного сообщества в связи с нежеланием преследовать преступников, должно принимать предусмотренные Статутом необходимые меры для пресечения преступлений, независимо от гражданства исполнителя и жертвы, равно как и от места совершения преступления.

3. *Внутригосударственные уголовные трибуналы, обладающие международным измерением*

4.373. Это новое явление в международных отношениях: вместо того чтобы поручить пресечение серьезных нарушений международного гуманитарного права международным уголовно-правовым учреждениям или внутригосударственным трибуналам, их пресечение поручается судам страны, где было совершено преступление, либо (в случае материальной разрухи или развала местной юстиции) — судам, назначенным с помощью ООН. Такие суды состоят из национальных судей, назначенных местными властями или ООН, с одной стороны, и иностранных судей, назначенных ООН, — с другой. Так обстоит дело в Камбодже, Тиморе, Сьерра-Леоне и Косово¹.

а) Камбоджа²

4.374. В 1997 г. Генеральная Ассамблея ООН сочла «желательным», чтобы Организация Объединенных Наций принимала «конструктивные меры» для оказания содействия усилиям по расследованию обстоятельств трагической истории Камбоджи, в том числе по установлению ответственности за совершенные в прошлом международные преступления, такие как акты геноцида и преступления против человечности³. Камбоджа и ООН приняли в 2000 г. Меморандум о понимании, который предусматривал учреждение судебной инстанции, специально предназначенной для рассмотрения дел о преступлениях, совершенных в период существования Демократической Кампучии (17 апреля 1975 г. — 6 января 1979)⁴, а именно преступлениях геноцида, преступлениях против человечности, военных преступлениях и преступлениях, которые должны быть определены камбоджийским законом о «чрезвычайных палатах» для преследования лиц, несущих за них ответственность (Меморандум, ст. 8) (см. выше).

Речь идет о трехуровневом учреждении (1-я инстанция, апелляционное отделение и верховный суд). Оно будет состоять из «международных» судей, назначенных Генеральным секретарем ООН, и камбоджийских судей, которые будут в большинстве

¹ BOUTRUCHE, Th., «Les tribunaux pénaux internationalisés ou l'émergence d'un modèle de justice 'hybride'», in www.weblaw.ch/jusletter/Artikel.jsp?ArticleNr=1587&Language=1.

² О сложностях, связанных с преследованием красных кхмеров, см.: RAJAGOPAL, B., «The Pragmatics of Prosecuting the Khmer Rouge», *YJIL*, 1998, pp. 189–204.

³ Рез. ГА ООН A/Res. 52/135, 12 декабря 1997 г., преамбула, мотивировка 5.

⁴ Опубликовано: *Phnom Penh Post*, Issue 9/22, October 27 — November 9, 2000, in www.ridi.org/boyle/unmou.htm.

на всех уровнях (Меморандум, ст. 2). Окончательное заключение Меморандума, однако, было обусловлено принятием камбоджийским правительством вышеуказанного закона о «чрезвычайных палатах» (Меморандум, ст. 1). Этот закон, принятый 10 августа 2001 г.¹, по мнению одного автора² по некоторым вопросам расходился с Меморандумом. В частности, создавалось ощущение, что процессуальные нормы не вполне соответствовали стандартам справедливого судебного разбирательства. Именно это побудило ООН отказаться в феврале 2002 г. от участия в запланированном репрессивном процессе³. В результате последний полностью потерял свой международный характер, но Камбоджа, похоже, полна решимости продолжить начатое дело даже без помощи ООН⁴.

b) Восточный Тимор

4.375. После выбора в пользу независимости, сделанного народом Тимора в сентябре 1999 г., и серьезных волнений, последовавших за референдумом⁵, Совет Безопасности разрешил развернуть многонациональные силы МООНВТ, в том числе и для восстановления мира и безопасности на этой территории⁶. Затем была создана Временная администрация Организации Объединенных Наций в Восточном Тиморе (ВАООНВТ), которая должна нести общую ответственность за административное управление в Восточном Тиморе и которая будет наделена всеми законодательными и исполнительными полномочиями, включая отправление правосудия⁷. Именно в этих рамках и в соответствии со своим Регламентом 2000/15 (6 июня 2000 г.) ВАООНВТ создала «специальные группы, обладающие исключительной компетенцией в отношении тяжких преступлений»⁸, а именно преступлений геноцида, преступлений против человечности, военных преступлений, умышленных убийств, сексуального насилия и пыток, совершенных Тиморе в период с 1 января по 25 октября 1999 г.⁹ Учрежденные в рамках окружного трибунала и апелляционного суда в Дили эти группы состоят из тиморских и «международных» судей (причем последних было большинство), и все они назначались ВАООНВТ¹⁰. Данные группы применяют уголовно-процессуальные нормы, позаимствованные из Статута МУС, а также нормы процедуры, установленные регламентирующими актами ВАООНВТ¹¹. Первый обвинительный приговор за преступление против человечности был вынесен одной из таких групп 11 декабря 2001 г.¹²

¹ www.derechos.org/human-rights/seasia/doc/krlaw.html.

² LINTON, S., «New approaches to international justice in Cambodia and East Timor», *RICR*, 2002, p. 97.

³ *Ibid.*, pp. 97 et 113; более подробно см.: с. 97–103, 113.

⁴ *Ibid.*, pp. 98 et 114.

⁵ GOY, R., «L'indépendance du Timor oriental», *AFDI*, 1999, p. 219.

⁶ Рез. СБ ООН S/Res. 1264, 15 сентября 1999 г., п. 3.

⁷ Рез. СБ ООН S/Res. 1272, 25 октября 1999 г., п. 1 и сл.

⁸ САНИН, G., «L'action internationale au Timor oriental», *AFDI*, 2000, p. 173.

⁹ *Ibid.*, p. 174; LINTON, S., *loc. cit.*, p. 107.

¹⁰ *Ibid.*

¹¹ *Ibid.*

¹² LINTON, S., *loc. cit.*, p. 93.

с) Сьерра-Леоне

4.376. Так называемая алмазная война, разразившаяся в Сьерра-Леоне в 1990-е гг. после либерийского конфликта, повлекла за собой большое число ужасающих преступлений против человечности, которые не оставили равнодушным международное сообщество. 14 августа 2000 г. Совет Безопасности обратился к Генеральному секретарю ООН с просьбой о заключении с правительством Сьерра-Леоне соглашения об учреждении специального суда, который будет заниматься исключительно рассмотрением дел о тяжких преступлениях в свете международного гуманитарного права, которые были совершены в этой стране¹.

Заключенное 16 января 2002 г.² соглашение³ предусматривает учреждение двухуровневого суда (первая инстанция и апелляция) (Устав, ст. 11–12, 20) с местопребыванием в Сьерра-Леоне (Соглашение, ст. 9). Суд должен состоять из местных судей, назначенных Сьерра-Леоне, и иностранных судей (их большинство), назначенных Генеральным секретарем ООН по предложению, в частности, государств — участников Содружества государств Западной Африки и Британского Содружества (Соглашение, ст. 2). Обвинитель назначается Генеральным секретарем ООН после консультации со Сьерра-Леоне, а его заместитель — Сьерра-Леоне после консультации с Генеральным секретарем ООН (Соглашение, ст. 2)⁴. Издержки Суда покрываются за счет добровольных взносов государств (Соглашение, ст. 6).

Компетенция *ratione materiae* Суда более или менее соответствует компетенции МУТР, за исключением того, что она была распространена на ряд других нарушений гуманитарного права (нападения на гражданское население и на участников операций по оказанию гуманитарной помощи или по поддержанию мира, вербовка в вооруженные силы детей, не достигших 15 лет), а также на преступления по сьерра-леонскому праву (надругательства над девочками, умышленные поджоги) (Устав, ст. 3–5).

Компетенция *ratione loci, temporis* и *personae* ограничены преступлениями, совершенными на территории Сьерра-Леоне с 30 ноября 1996 г. лицами, несущими наибольшую ответственность за эти преступления (Устав, ст. 1).

Специальный суд обладает приоритетом юрисдикции над судами Сьерра-Леоне и даже других государств (Устав, ст. 8, п. 2). Правда, есть одна особенность, которая несколько напоминает систему, действующую в рамках МУС, и обструкционистские маневры США, стремящихся не допустить судебного преследования своих граждан (см. выше, п. 4.341): если соответствующие преступления были совершены военнослужащим из состава сил по поддержанию мира, приоритетная юрисдикция в рассмотрении таких дел принадлежит государству, предоставившему соответствующий контингент (Устав, ст. 1).

Принципы ответственности и процедуры аналогичны тем, которые действуют в Международных уголовных трибуналах. Правила процедуры и доказывания

¹ Рез. СБ ООН S/Res. 1315, 14 августа 2000 г., пп. 1–2; об этом трибунале см.: DENIS, C., «Le Tribunal spécial pour la Sierra Leone — Quelques observations», *RBDI*, 2001, pp. 236–272; McDONALD, A., «Sierra Leone's shoestring Special Court», *RICR*, 2002, pp. 121–144.

² DENIS, *loc. cit.*, p. 239; McDONALD, *loc. cit.*, p. 121.

³ Текст Соглашения и Устав см.: DENIS, *loc. cit.*, pp. 273–287.

⁴ Судьи, прокуроры и секретарь были назначены к 25 июля 2002 г., UN Press Release, 16–31 July 2002, p. 13.

Международного уголовного трибунала по Руанде, существующие в момент учреждения Специального суда, применяются для проведения юридических процессов в Специальном суде. Судьи Специального суда в целом могут вносить в Правила процедуры и доказывания поправки или принимать дополнительные правила (Устав, ст. 14).

d) Косово

4.377. После интервенции НАТО в Косово в мае 1999 г.¹ Совет Безопасности решил обеспечить «международное гражданское присутствие» в Косово в целях создания временной администрации этой территории²: то есть развернуть Промежуточную миссию ООН в Косово (ЮНМИК)³. ЮНМИК должна была «осуществлять основные гражданские административные функции»⁴, это включало не только осуществление законодательных и исполнительных полномочий, но и организацию правопорядка⁵. На этой основе специальный представитель Генерального секретаря ООН сначала учредил консультативную комиссию, призванную собрать рекомендации относительно структуры и отправления правосудия в Косово⁶, а затем принял положение о назначении и отзыве судей и прокуроров⁷.

Поскольку большинство судей были косоварами, быстро стало ясно, что для того чтобы люди, в том числе преследуемые сербы, поверили в существование справедливого и беспристрастного правосудия, в нем должны присутствовать сербские и (или) «международные» судьи⁸. 15 февраля 2000 г. ЮНМИК принял регламент, позволяющий назначать «международных» судей и прокуроров в окружной суд Митровицы⁹. Регламент, принятый впоследствии, предусматривал назначение международных судей и прокуроров по просьбе обвиняемого или прокурора при департаменте судебных дел ЮНМИК, который может рекомендовать такое назначение специальному представителю Генерального секретаря. В таком случае Камера может включать в себя большинство иностранных судей¹⁰. На практике же существуют и Камеры с большинством национальных судей¹¹.

4.378. Интернационализация правосудия в Косово не обусловлена теми же соображениями, которыми были продиктованы аналогичные эксперименты в Камбодже, Тиморе

¹ Критический анализ см.: CORTEN, O. et DUBUISSON, F., «L'hypothèse d'une règle émergente fondant une intervention militaire sur une 'autorisation implicite' du Conseil de sécurité», *RGDIP*, 2000, pp. 873–910.

² Рез. СБ ООН S/Rés. 1244, 10 июня 1999 г., п. 10.

³ Об этой миссии см.: LAGRANGE, E., «la Mission intérimaire des N. U. au Kosovo, nouvel essai d'administration directe d'un territoire», *AFDI*, 1999, pp. 335–370.

⁴ Рез. СБ ООН S/Res. 1244, 10 июня 1999 г., п. 11 (b).

⁵ Положение № 1999/1, разд. 1, 12 августа 1999 г., в Докладе Генерального секретаря о ЮНМИК, док. ООН S/1999/87, 16 сентября 1999 г.

⁶ Положение № 1999/6, 7 сентября 1999 г., *ibid.*

⁷ Положение № 1999/7, 7 сентября 1999 г., *ibid.*

⁸ Ср.: Доклад Генерального секретаря о ЮНМИК, док. ООН S/2000/538, 6 июня 2000 г., пп. 59–60.

⁹ Положение № 2000/6, Доклад Генерального секретаря о ЮНМИЛ, док. ООН S/2000/177/Add.2, 28 марта 2000 г.

¹⁰ Положение № 2000/64, 15 дек. 2000 г., *ibid.*, док. ООН S/2001/218/Add.1, 26 марта 2001 г.

¹¹ Доклад Генерального секретаря о ЮНМИК, док. ООН S/2008/878, 18 сентября 2000 г., п. 47.

и Сьерра-Леоне: в этих случаях международное сообщество утверждало свою решимость положить конец безнаказанности самых тяжких преступлений по международному гуманитарному праву посредством процесса пресечения международного характера. В Косово же речь шла, скорее, об обеспечении независимости правосудия для любого типа правонарушений, хотя в первое время «международные» судьи рассматривали по большей части «военные преступления, преступления по этническим мотивам, организованную преступность и другие дела, могущие стать препятствием для мирного процесса»¹. Однако не это было главным. Для Генерального секретаря ООН важнее всего было «гарантировать справедливое судебное разбирательство для лиц неалбанского происхождения, обвиняемых в совершении тяжких преступлений», и «увеличить число международных судей (11) и прокуроров (5), чтобы успешнее справляться с проблемой организованной преступности и подготовиться к росту числа заключенных»².

Одно время Генеральный секретарь намеревался учредить трибунал для рассмотрения дел о военных преступлениях и преступлениях на этнической почве в Косово³, но эти замыслы так и не были реализованы, поскольку такой трибунал стал бы дублировать МТБЮ, чья компетенция *ratione loci, temporis* и *materiae* позволяли ему рассматривать такие дела (см. выше, п. 4.318 и сл.).

В. Пресечение на национальном уровне

4.379. Независимо от Международных уголовных трибуналов и МУС государства обязаны пресекать преступления по МГП. Речь идет о международной обязанности, источник и объем которой мы рассмотрим ниже.

1. Природа и источник обязанности пресечения

4.380. В отличие от того, что предусмотрено для большинства международных преступлений, обязанность пресекать преступления по МГП выступает в форме нормы *judicare vel dedere*. Иными словами, речь не идет о классической альтернативе *aut dedere aut judicare*. Государства обязаны преследовать любое лицо, совершившее преступление по МГП, которое находится на его территории. Если же преступление не имеет никакой связи с государством (преступление совершено за границей, иностранцем и его жертва тоже является иностранным гражданином), обязанность преследования не подчинена, как в классическом международном уголовном праве, предварительной просьбе о выдаче от третьего государства, заинтересованного в преследовании. Государство, на территории которого находится предполагаемый исполнитель преступления, должно преследовать его *ex officio*. Речь идет об обязательной, а не дополнительной универсальной юрисдикции⁴. В соответствии с ней любое государство обязано разыскивать

¹ Доклад Генерального секретаря о ЮНМИК, док. ООН S/2001/565, 7 июня 2001 г., п. 40.

² *Ibid.*

³ *Ibid.*, док. ООН S/2000/538, 6 июня 2000 г., п. 60.

⁴ Более подробно об этом см.: DAVID, E., *Eléments ...*, *op. cit.*, §§ 3.3.14 ss.

лиц, подозреваемых в совершении преступлений по МГП и либо подвергать их судебному преследованию за эти деяния, независимо от гражданства преступника и жертвы, равно как и от места совершения преступления, либо выдавать их в соответствии с правом государства, которому поступил запрос, любому государству, требующему их экстрадиции в целях судебного преследования.

Это альтернативное обязательство сформулировано в общем виде в отношении исполнителей военных преступлений и преступлений против человечности в различных резолюциях Генеральной Ассамблеи ООН¹, которые неизменно принимались без возражений и оформлялись как нормативные документы.

Следовательно, эти документы обязательны для любого признавшего их государства². Что касается конкретно исполнителей военных преступлений, обязанность преследовать их и выдавать сформулирована в Женевских конвенциях 1949 г.: I, ст. 49; II, ст. 50; III, ст. 129; IV, ст. 146 (а также в п. 1 ст. 85 Дополнительного протокола I 1977 г., поскольку он содержит ссылку на эти положения).

XXVI Международная конференция Красного Креста и Красного Полумесяца (3–7 декабря 1995 г.) также напомнила об обязанности «предавать суду и наказывать военных преступников и лиц, ответственных за серьезные нарушения международного гуманитарного права»³.

Апелляционная камера МТБЮ заявила, что обязанность любого национального суда «судить или выдавать лиц, подозреваемых в совершении серьезных нарушений международного гуманитарного права» носит обычный характер⁴.

Как мы видели, есть основания утверждать, что аналогичная обязанность существует в случае геноцида (см. выше, п. 4.293).

В самом общем виде Совет Безопасности

«подчеркивает ответственность государств за прекращение безнаказанности и судебное преследование лиц, ответственных за геноцид, преступления против человечности и серьезные нарушения международного гуманитарного права (...)»⁵

Он также «вновь заявляет далее о необходимости привлечения к ответственности лиц, которые подстрекают к насилию (против гражданских лиц) или иным образом вызывают такое насилие»⁶. Формулирование этой обязанности стало лейтмотивом большинства резолюций, посвященных вооруженным конфликтам⁷.

Авторы Исследования об обычном МГП заключают несколько более осторожно, что *обязанность* осуществлять универсальную юрисдикцию существует только для военных преступлений, предусмотренных Женевскими конвенциями

¹ Рез. ГА ООН A/Res. 3 (I), 170 (II), 2312 (XXII), 2840 (XXVI), 3074 (XXVIII).

² DAVID, *Droit des organisations ...*, op. cit., pp. 202 ss.

³ Резолюцию 2 см.: МЖКК. 1996. № 8, январь–февраль. С. 60.

⁴ ТРИУ, App., aff. IT-95-14-AR 108bis, *Blaskic*, 29 oct. 1997, § 29.

⁵ Рез. СБ ООН S/Res. 1265, 17 сентября 1999 г., п. 6.

⁶ Рез. СБ ООН S/Rés. 1296, 19 апреля 2000 г., п. 17.

⁷ Другие ссылки см.: DAVID, *Éléments ...*, op. cit., §§ 13.2.17 ss.

и Дополнительным протоколом I. А для военных преступлений, совершенных в рамках немеждународного вооруженного конфликта, государства имеют *право* осуществлять такую юрисдикцию¹. Практика показывает, что можно утверждать наличие обязанности осуществлять универсальную юрисдикцию в отношении любого преступления по МГП вне зависимости от характера конфликта и места его совершения.

Не упоминая об универсальной юрисдикции, Комиссия Голдстоуна (см. выше, п. 2.29) заявила: «Расследовать нарушения МГП и прав человека, преследовать и судить подозреваемых в них лиц — «юридическая обязанность, возлагаемая на государства и квазигосударственные образования»². Эта ссылка на негосударственных акторов подтверждает их способность быть субъектами международного права, а значит, и иметь права и обязанности международного характера (см. выше, пп. 1.212, 4.18).

4.381. Государства также обязаны сотрудничать друг с другом в целях проведения расследования и обеспечения выдачи в делах, связанных с преступлениями по МГП: если для военных преступлений Женевские конвенции этого явным образом не утверждают (ср. второй абзац общих статей 49, 50, 129, 146), Дополнительный протокол I предельно ясен на этот счет (ст. 88). Данная обязанность представлена как обычная и применимая ко всем типам вооруженных конфликтов (Обычное МГП, норма 161), а также к миссиям по поддержанию мира³.

Эта обязанность действует и в отношении других преступлений по МГП, как показывают резолюции Генеральной Ассамблеи ООН⁴, Проект кодекса преступлений против мира и международной безопасности (ст. 9–10) и Конвенция о геноциде (ст. VII).

4.382. Обязанность *judicare vel dedere* явным образом не сформулирована в конвенциях, которые не устанавливают универсальной юрисдикции в плане уголовного преследования: там говорится в самой общей форме об обязанности государств-участников

«сотрудничать друг с другом в решении любых вопросов, которые могут возникнуть в отношении цели или в связи с выполнением положений Конвенции» (Конвенция ООН 1972 г. о биологическом оружии, ст. 5; в том же смысле Конвенция о запрещении военного или любого иного враждебного использования средств воздействия на природную среду, ст. 5, п. 1).

Лишь чуть более четко это сформулировано в Конвенции 1993 г. о химическом оружии:

¹ Комментарий к норме 157 см.: *Хенкертс и Досвальд-Бек*, цит. соч., с. 777 и сл.

² *Report of the UN Fact Finding Commission on the Gaza Conflict*, doc. ONU A/HRC/12/48, 15 Sept. 2009, p. 544, § 1760 (version fr., § 1963).

³ Совет Безопасности напомнил об этом в связи с миссией МООНДРК в резолюции S/Res. 1794, 21 декабря 2007 г., п. 16.

⁴ Например: рез. ГА ООН A/Res. 2840 (XXVI), 18 декабря 1971 г., пп. 1–2; 3074 (XXVIII), 3 декабря 1973 г., пп. 3–4, 6–9.

«Каждое государство — участник сотрудничает с другими государствами — участниками и предоставляет в соответствующей форме правовую помощь, с тем чтобы облегчить выполнение обязательств по п. 1» (в том числе в своем внутреннем законодательстве возводит в ранг преступных деяния, предусмотренные Конвенцией; ср. выше, пп. 4.193 и 4.213) (ст. VII, п. 2).

Трудно усмотреть в этих формулировках самого общего характера обязанность взаимопомощи в судебной области и в том, что касается выдачи.

Однако, поскольку, например, применение химического оружия может быть квалифицировано как «преступление против человечности», обычная обязанность преследовать и выдавать, относящаяся к этому преступлению, могла бы восполнить пробелы в этих конвенциях.

2. *Выполнение обязательства пресечения в бельгийском праве*

4.383. Мы рассмотрим эволюцию законодательства (а), сферу применения *ratione materiae* (b) и *ratione loci* (c) обязанности пресечения, а также порядок возбуждения уголовного преследования (d).

а) Эволюция законодательства в плане имплементации обязанности пресечения преступлений по МГП

4.384. Включение законодателем преступлений по МГП во внутренний правопорядок Бельгии произошло не сразу.

Сначала была обеспечена охрана защитных эмблем красного креста и красного полумесяца: использование этих знаков «в нарушение международных конвенций, которые регламентируют их применение», было квалифицировано как правонарушение, наказуемое штрафом и (или) лишением свободы на срок до 3 лет в мирное время и до 5 лет в военное (закон от 4 июля 1956 г., *M. B.*, 11 juillet)¹.

Затем настал черед Гаагской конвенции 1954 г., которая содержала ряд положений, обязывающих государства-участники внести изменения в свое законодательство. Закон об одобрении от 10 августа 1960 г.² просто предусматривал в своей ст. 2, что король полномочен принимать все необходимые меры, которых может потребовать исполнение Конвенции и Протокола к ней. Похоже, король никогда не принимал постановлений по этому вопросу.

Затем объектом законодательных мер стали обе Конвенции 1972 и 1977 гг. В соответствии с этими положениями подлежало наказанию в виде лишения свободы на срок от 8 дней до одного года и штрафа от 26 до 100 тысяч франков любое лицо, которое производит, складировает, приобретает или имеет в своем распоряжении... биологическое оружие (закон от 10 июля 1978 г., ст. 2) либо использует или подстрекает к использованию в военных или других враждебных целях средства воздействия на природную среду (закон от 3 июня 1982 г., ст. 2).

¹ О регламентации использования эмблем красного креста и красного полумесяца национальными обществами, см.: *RICR*, 1992, pp. 353 ss.

² *M. B.*, 16–17 novembre 1960.

Что касается Женевских конвенций 1949 г., проект закона о пресечении нарушений этих документов лежал под сукном в парламенте с 1963 г.¹ Он был актуализирован, чтобы учесть оба Дополнительных протокола, и стал законом от 16 июня 1993 г. «О пресечении серьезных нарушений международных Женевских конвенций от 12 августа 1949 г. и Дополнительных протоколов к ним от 8 июня 1977 г.»². В него были внесены поправки 10 февраля 1999 г., чтобы обеспечить охват геноцида, преступлений против человечности и военных преступлений, перечисленных в Статуте МУС (ст. 1, пп. 1–2), а также исключить иммунитет как препятствие для преследования (ст. 5, п. 3). Закон был переименован и стал называться «закон, касающийся пресечения серьезных нарушений международного гуманитарного права»³ (далее «закон 1993/1999 г.»).

4.385. Быстрый международный успех этого закона может быть отнесен на счет сочетания трех факторов:

- его ст. 7 позволяет возбудить преследование даже в отсутствие на территории Бельгии лица, подозреваемого в совершении преступления;
- его ст. 5, п. 3, исключает любой иммунитет от уголовного преследования лиц, обвиняемых в преступлениях по МГП;
- любой потерпевший в результате преступления по МГП может возбудить уголовное дело с предъявлением гражданского иска через посредство бельгийского следственного судьи в соответствии с общими положениями, содержащимися в ст. 63 Кодекса уголовного расследования.

С 1998 по 2001 г. бельгийскую юстицию захлестнула волна жалоб на иностранных правителей. В Бельгию, ставшую в масштабах планеты новой землей обетованной в плане восстановления справедливости, десятками съезжались потерпевшие, чтобы предъявить там гражданские иски, в частности против иранского президента Рафсанджани, конголезского президента Кабилы, главы его кабинета А. Еробы, бывшего президента Чада Хиссена Хабре⁴, премьер-министра Израиля Ариэля Шарона и других⁵, иракского президента Саддама Хусейна и других членов его правительства⁶, президента Кот-д'Ивуар Лорана Гбагбо и других⁷, кубинского президента Фиделя Кастро⁸, президента Конго-Браззавиль Сассу Нгуессо, компании Тоталь-Фина-Эльф⁹, президента Центральноафриканской

¹ D. P., Chambre, 577 (1962–1963)-1.

² M. B., 5 août 1993.

³ M. B., 23 mars 1999.

⁴ Le Soir, 21 mars 2001.

⁵ Ibid., 18 juin 2001.

⁶ Ibid., 26 juin 2001.

⁷ Ibid., 30 juin 2001.

⁸ Ibid., 5 oct. 2001.

⁹ Ibid., 12 oct. 2001.

Республики Анжа-Феликса Патассав¹, председателя палестинской администрации Ясира Арафата², камерунского президента Поля Бийа³ и др.

Этот шквал жалоб осложнил дипломатические отношения Бельгии с другими странами. Иран и ДРК дали понять, что у бельгийских подданных, находящихся на их территории, могут возникнуть проблемы. Кроме того, данные жалобы чреваты последствиями: заочная выдача ордера на арест А. Еродиа стала препятствием для осуществления политики Бельгии в районе африканских Великих озер⁴. В этом последнем случае ДРК даже подала жалобу на Бельгию в Международный суд. И если для Бельгии все окончилось хорошо в плане признания действенности универсальной юрисдикции, предусмотренной законом 1993/1999 г., она потерпела сокрушительное поражение в том, что касается нормы иммунитета (см. ниже, п. 4.407 и сл.).

В случае А. Шарона, когда было начато расследование, чтобы выяснить его причастность к массовым убийствам палестинцев в лагерях для беженцев Сабра и Шатила (Бейрут, 16–18 сентября 1982 г.), Израиль отозвал своего посла, а с большинством израильских СМИ приключился приступ антибельгийской истерии⁵.

Давление, оказываемое на закон, увеличилось еще на несколько гектопаскалей в 2003 г., когда посыпались жалобы на экс-президента США Джорджа Уокера Буша-старшего, государственного секретаря Колина Пауэла, Ричарда Чейни, бывшего генерала Н. Шварцкопфа накануне американского вторжения в Ирак по поводу бомбардировки, которая во время войны в Кувейте в 1991 г. привела к гибели около 400 гражданских лиц⁶.

США тогда намекнули, что Бельгия больше не может считаться абсолютно надежной страной и, возможно, следовало бы перенести в другое место штаб-квартиру НАТО⁷. В этих условиях в закон 1993/1999 г., и особенно в его ст. 7, касающуюся универсальной юрисдикции и представления гражданского иска, были внесены существенные изменения. Цель этих изменений — исключить непропорциональные и политизированные жалобы, обеспечить более эффективный контроль над возбуждением уголовных дел и позволить Бельгии избежать большинства жалоб, создающих помехи ее внешней политике⁸. Эти поправки были приняты 23 апреля 2003 г.⁹, но просуществовали они совсем недолго¹⁰, поскольку вся система подверглась коренному пересмотру три месяца спустя¹¹.

Новый закон был обнародован 5 августа¹². Он отменил закон 1993/1999 г. с поправками, внесенными в апреле 2003 г. (ст. 27), одна часть его положений

¹ *De Standaard*, 14 nov. 2001.

² *Le Soir*, 28 nov. et 21 déc. 2001.

³ *De Standaard*, 19 décembre 2001; более подробно см.: *YIHL*, 2001, «Correspondents' Reports — Belgium», pp. 454 ss.

⁴ См.: А. Р., *Chambre*, Commission des relations extérieures, 10 juillet 2000, interpellation du MAE, L. Michel.

⁵ См.: бельгийскую и международную прессу за 13 февраля 2003 г. и последующие дни.

⁶ *Keesing's Rec.rd of World Events*, 1991, p. 37984.

⁷ *Le Monde*, 8 avril 2003.

⁸ *D. P.*, *Chambre*, 2002–2003, doc 50 2265/10, 1^{er} avril 2003.

⁹ *M.B.*, 7 mai 2003.

¹⁰ Анализ см.: DAVID, E., « La compétence universelle en droit belge », *Ann. Dr. Louv./Rev. Dr. ULB*, 2004, pp. 83, spéc., §§ 44–54.

¹¹ Об обстоятельствах этих изменений см.: *ibid.*, §§ 55–59.

¹² *M.B.*, 7 août 2003.

была включена в общий Уголовный кодекс (ст. 136*bis* и сл.), другая — во вступительную часть Уголовно-процессуального кодекса (ст. 1*bis*, 6 (1°*bis*), 10 (1°*bis*), 12*bis* и 21).

Кроме того, закон обеспечивал охват нарушений Второго Протокола 1999 г. к Гаагской конвенции 1954 г. о защите культурных ценностей в случае вооруженного конфликта (УК, ст. 136*quater*, п. 3).

4.386. Параллельно с этим Бельгия приняла в 1996 г. закон о сотрудничестве с Международными уголовными трибуналами. В 2004 и в 2006 гг. в этот закон были внесены поправки, чтобы распространить его действие на сотрудничество с МУС, Специальным судом по Сьерра-Леоне и Чрезвычайными палатами для Камбоджи (см. выше, п. 4.314).

b) Сфера применения *ratione materiae* пресечения преступлений по МГП

4.387. Закон 2003 г. ввел в бельгийский уголовный кодекс преступление геноцида, преступление против человечности и военные преступления (УК, ст. 136*bis*-136*quater*) примерно в той же формулировке, что и в ст. 6–8 Статута МУС, однако с несколькими существенными отличиями:

- закон уточняет, что геноцид и преступления против человечности являются преступлениями независимо от того, «совершены ли они в мирное время или военное» (УК, ст. 136*bis*-136*ter*); это уточнение соответствует изъятию этих преступлений из контекста войны (см. выше, п. 4.251);
- закон (УК, ст. 136*ter*) не воспроизводит определения различных категорий деяний из ст. 7, п. 2, Статута МУС, которые характеризуются как преступления против человечности; это не существенно, потому что в случае сомнений бельгийский судья, несомненно, обратится к этим определениям;
- закон добавляет к военным преступлениям, предусмотренным ст. 8 Статута МУС, преступления, перечисленные в ст. 15 Второго Протокола к Конвенции 1954 г. о культурных ценностях (УК, ст. 136*quater*, п. 3);
- наконец, и это, пожалуй, самое важное: там, где ст. 8 Статута МУС предусматривает, с одной стороны, перечень из 34 военных преступлений, когда они совершены во время международного вооруженного конфликта (ст. 8, п. 2, а–b) и, с другой — перечень из 16 военных преступлений, когда они совершены в рамках «продолжительного» внутреннего вооруженного конфликта (ст. 8, п. 2, e–f), закон представляет консолидированный список из 40 военных преступлений, которые наказуемы независимо от того, совершены ли они во время международного вооруженного конфликта или «продолжительного» внутреннего вооруженного конфликта (УК, ст. 136*quater*, п. 1). Иными словами, Бельгия и на этот раз выделяется своей прогрессивной гуманитарной политикой, объявляя наказуемыми во внутренних вооруженных конфликтах определенной степени интенсивности деяния, которые в том же контексте не рассматриваются как таковые в ст. 8 Статута МУС. Получается, что сфера

применения *ratione materiae* закона шире, чем у ст. 8 Статута МУС, но в таком расширении юрисдикции нет ничего чрезмерного. В своей резолюции, принятой на сессии, которая состоялась в Берлине в 1999 г., Институт международного права заявил следующее:

«Компетентные власти государства, на территории которого находится лицо, предположительно совершившее серьезное нарушение международного гуманитарного права в условиях немеждународного вооруженного конфликта, вправе возбудить против него преследование и передать его суду этого государства; им предлагается это сделать» (ст. VIII);

При этом закон не заходит так далеко, чтобы распространить сферу своего применения на внутренние вооруженные конфликты, которых касается ст. 3, общая (см. выше, п. 1.81 и сл.). Для них закон криминализует те же деяния, что и ст. 8, п. 2, с, Статута МУС (УК, ст. 137*quater*, п. 2);

если такое расширение юрисдикции не вызывает проблем в части преступлений по МГП, совершенных в Бельгии, то как обстоит дело, если преступление совершено за границей, в стране, где в соответствии с ее внутренним законодательством оно не рассматривается как международное правонарушение? Не будет ли преследование исполнителя такого преступления в Бельгии на основе экстратерриториальной юрисдикции посягательством на принцип законности в части правонарушений и наказаний? Ответ будет отрицательным по двум причинам: с одной стороны, акт войны, как правило, составляет уголовное преступление в свете внутреннего законодательства, но находит себе своего рода оправдание в ситуации войны при условии соблюдения правил ведения последней. В противном случае нарушение МГП снова становится уголовно наказуемым деянием, и преследование за него в Бельгии не нарушает норму *nullum crimen sine lege*, особенно если соответствующее деяние возведено в ранг преступления по МГП международными договорами, такими, например, как Статут МУС. С другой стороны, если удастся доказать, что преступление относится к обычному МГП, можно с полной уверенностью утверждать, что преследование его исполнителя в Бельгии не нарушает никакого принципа законности. Но мы не видим преступлений, предусмотренных бельгийским законодательством для случая немеждународного вооруженного конфликта, которые не соответствовали бы составам преступления, установленным во внутреннем законодательстве, или имелись бы в обычном МГП¹.

4.388. Что касается военных преступлений, они должны быть совершены в рамках вооруженного конфликта, однако не имеет никакого значения, вовлечена Бельгия в этот конфликт или нет².

¹ Более подробное освещение этого вопроса (и особенно закона 1993/1999 гг.) см.: 3-е издание настоящей книги, 2002 г., с. 811 и сл. (на фр. яз.).

² Об аналогичном подходе в Нидерландах см.: Neth. Supr. Crt., *Knesevic*, 11 nov. 1997, § 4.6, *YIHL*, 1998, p. 603.

с) Сфера применения *ratione loci* пресечения преступлений по МГП

4.389. Ст. 7 бельгийского закона 1993/1999 г. наделяла универсальной юрисдикцией бельгийского судью, который мог ее осуществлять, даже если предполагаемый исполнитель преступления по МГП не находился на бельгийской территории. Эта юрисдикция и отказ от иммунитета, предусмотренный ст. 5, п. 3, того же закона, стали предметом жалобы на Бельгию, поданной ДРК в Международный суд в связи с делом об ордере на арест от 11 апреля 2000 г. *In casu*, бельгийский следственный судья, которому в 1998 г. были поданы жалобы (с предъявлением гражданского иска) на президента Л. — Д. Кабилу (L.-D. Kabila) и главу его кабинета А. Еродиа Ндомбаси (A. Yerodia Ndombasi), заочно выдал (международный) ордер на арест последнего по обвинению в подстрекательстве к совершению военных преступлений и преступлений против человечности¹. По мнению ДРК, этот ордер являлся нарушением принципа суверенного равенства государств, в связи с чем возникал вопрос о законности заочного осуществления универсальной юрисдикции.

4.390. Дебатов по этому вопросу в Суде практически не было. ДРК не взяла на себя труд уточнить — с чего, собственно, начинается процедура судебного разбирательства в отсутствие ответчика (с открытия предварительного следствия? С ходатайства обвинения о явке соответствующего лица? С начала расследования? С исполнения судебных актов принудительного характера, таких как распоряжение о явке или ордер на арест? С передачи дела судье для его рассмотрения по существу? С открытия процесса в отсутствие ответчика и принятия решения по существу?). Более того, и это самое главное, ДРК не представила никаких своих выводов по данному вопросу. Бельгия сочла, что никакого спора по этому пункту больше не существует². Суд сразу же отказался от рассмотрения данного вопроса³. Однако из 11 судей, которые при принятии решения высказали особое или несовпадающее с точкой зрения большинства мнение, семеро признали явным⁴ или неявным⁵ образом действительность этой юрисдикции, а четверо ее явным образом оспорили, правда, без серьезной мотивировки своего решения⁶. Отказ ДРК от своих первоначальных претензий и тот факт, что большинство судей высказались в пользу универсальной юрисдикции в отсутствие ответчика, — все эти аргументы указывают на действительность тезиса универсальной юрисдикции в отсутствие ответчика⁷.

¹ Выступая в августе 1998 г. по Национальному радио и телевидению Конго (RTNC), Еродиа Ндомбаси говорил о «нечисти, которую нужно методично уничтожать». При этом он имел в виду тех, кто, по его мнению, несли ответственность за беспорядки в Конго: «Для нас — это отбросы и даже микробы, которых нужно последовательно уничтожать. И мы полны решимости использовать самые эффективные лекарства». Texte extrait du mandat d'arrêt original, reproduit in aff. du mandat d'arrêt du 11 avril 2000, CIJ, Contre-mémoire belge, 28 sept. 2001, annexe 3.

² *Id.*, CIJ, CR 2001/9, 18 oct. 2001, *per E. David*, §§ 8–15.

³ *Id.*, arrêt, § 43.

⁴ *Id.*, *op. indiv. Higgins, Kooimans, Buergenthal*, §§ 19–65; *op. dissid. Van den Wyngaert*, §§ 40–58.

⁵ *Id.*, *op. indiv. Koroma*, § 9; *op. diss. Oda*, § 12; судья Аль-Хасавней (Al-Khasawney) не высказался по этому вопросу, но, утверждая, что иммунитет не должен препятствовать преследованию *in casu*, он неявным образом признал действительность универсальной юрисдикции *in absentia*.

⁶ *Id.*, *op. indiv. Guillaume*, §§ 11–17, *Rezek*, § 11, *Bula-Bula*, §§ 65 ss.; *déclarat. Ranjeva*, §§ 11–12.

⁷ Более подробный анализ см. 3-е издание этой книги, 2002, пп. 4.310а и сл. (на фр. яз.).

4.391. Сегодня ст. 12*bis* закона 2003 г. решает вопрос, ограничивая осуществление универсальной юрисдикции только случаями,

«когда норма международного договорного или обычного права (...), связывающая Бельгию (...) обязывает ее каким-либо образом передать дело компетентным властям в целях осуществления преследования».

В данном случае ни одна норма международного права не обязывает государства осуществлять универсальную юрисдикцию *in absentia*¹. Текст положений, касающихся преступлений по МГП (общие ст. 49, 50, 129, 146 Женевских конвенций 1949 г.; резолюция 3074 (XXVIII) Генеральной

Ассамблеи ООН от 3 декабря 1973 г., п. 1; Проект кодекса преступлений против мира и безопасности человечества Комиссии международного права, ст. 9), показывает, что государство обязано преследовать их исполнителя только тогда, когда он находится на его территории². Следовательно, если присутствие в Бельгии лица, подлежащего преследованию, необходимо для возбуждения уголовного дела, его рассмотрение может быть продолжено и в отсутствие обвиняемого в соответствии с общеуголовным правом (Кодекс уголовного расследования, ст. 186 и сл., 381 и сл.).

d) Порядок возбуждения уголовного дела

4.392. Обжегшись на потоке жалоб, которыми она была завалена в результате принятия закона 1993/1999 гг., Бельгия поставила возбуждение уголовного дела под контроль федерального прокурора. В соответствии со ст. 12*bis* федеральный прокурор может отказаться дать ход жалобе, если последняя явно плохо обоснована (например, отсутствуют даже начальные элементы доказательств)³, либо не касается преступления по МГП, либо в случае неприемлемости иска (например, иммунитет предполагаемого исполнителя), либо если Бельгия не является лучшим местом для рассмотрения дела (доктрина *forum non conveniens*), поскольку есть более подходящие для этого страны (например государство, на территории которого было совершено преступление, государство, гражданином которого является подозреваемый, государство, на территории которого находится предполагаемый исполнитель преступления или компетентная международная судебная инстанция — например, МУС). Последнее требует, однако, условия, что там наличествуют необходимые критерии независимости, беспристрастности и справедливости и что отказ федерального прокурора дать ход жалобе не наносит ущерба международным обязательствам Бельгии (Уголовно-процессуальный кодекс, Вступительная часть, ст. 12*bis*, ч. 3, п. 4)⁴.

¹ Cass. b., 14 janv. 2004, RW, 2005, pp. 385 ss., note L. Janssens.

² Более подробно см.: DAVID, E., «La compétence universelle ...», *loc. cit.*, §§ 85–89.

³ Ср. с практикой Европейской комиссии по правам человека: *La Convention européenne des droits de l'homme, commentaire article par article*, éd. par E. Decaux et al., commentaire de l'art. 27 par S. TRECHSEL, Paris, Economica, 1995, p. 634.

⁴ D. P., Chambre, SE 2003, doc. 51-0103/001, projet de loi, Exposé des motifs, 22 juillet 2003, p. 6.

Отказ федерального прокурора возбудить уголовное дело против лица, подозреваемого в совершении преступления по МПП, по одной из трех перечисленных выше причин выносится на одобрение Обвинительной камеры, которая может отменить решение прокурора и вынести постановление о возбуждении преследования. Прокурор имеет возможность обжаловать это решение в Кассационном суде (*ibid.*, ст. 12bis, части 4–5, новые, включенные законом от 22 мая 2006 г.¹). Напротив, отказ прокурора возбудить преследование ввиду наличия более подходящего для этого места не контролируется судьей. Арбитражный суд, в который поступил иск, касающийся аннулирования этого закона, счел данную норму обоснованной и позволяющей избежать эксцессов и дипломатических осложнений для Бельгии, причиной которых была прежняя ст. 7².

3. Устранение некоторых ограничений обязанности пресечения

4.393. Данная обязанность, кроме того, усиливается тем фактом, что некоторые классические препятствия для экстрадиции и преследования, которые могут существовать во внутригосударственных законодательствах, были ликвидированы как для военных преступлений, так и для преступлений против мира и против человечности. Речь идет о политическом характере преступления как препятствии для выдачи, о сроке давности, амнистии и даже обратной силе как препятствиях для преследования.

а) Неполитический характер военных преступлений и преступлений против человечности

4.394. Целый ряд резолюций Генеральной Ассамблеи ООН, посвященных территориальному убежищу³, экстрадиции и наказанию лиц, виновных в военных преступлениях и преступлениях против человечности⁴, гласят, что эти преступления для целей экстрадиции не могут рассматриваться как политические. То же говорится в Конвенциях о геноциде (ст. VII), об апартеиде (ст. XI), Дополнительном протоколе от 15 октября 1975 г. к Европейской конвенции об экстрадиции 1957 г. (Протокол, ст. 1) и Втором Гаагском Протоколе 1999 г. (ст. 20, п. 1).

4.395. В Бельгии закон об экстрадициях от 1 октября 1833 г., исключавший экстрадицию лиц, совершивших «политическое преступление»⁵, был изменен законом от 8 июля 1946 г., который разрешил бельгийскому правительству выдавать «правитель-

¹ М. В., 7 juillet 2006.

² Aff. 62/2005, 23 mars 2005, В.7.7.-В.7.8, www.arbitrage.be/fr/common/home.html.

³ Рез. ГА ООН А/Res. 2312 (XXIII), 14 декабря 1967 г., ст. 1, п. 2.

⁴ Рез. ГА ООН А/Res. 3 (I), 13 февраля 1946 г.; 170 (II), 31 октября 1947 г.; 2840 (XXVI), 18 декабря 1971 г.; 3074 (XXVIII), 3 декабря 1973 г.

⁵ Bull. off., n° 67.

ствам стран — союзниц Бельгии в войне против общего врага» — «любого иностранца, преследуемого или осужденного за военное преступление властями указанных стран»¹.

Приводившиеся выше международные документы, которые связывают Бельгию, в самом общем виде вменяют ей в обязанность исключать ссылку на политический характер правонарушения. Она не может стать препятствием для экстрадиции лица, совершившего военное преступление или преступление против человечности, какая бы страна ни требовала его выдачи, и не имеет значения, является или нет эта страна союзницей Бельгии в войне против общего врага.

Зато Бельгия может отказать в экстрадиции по причинам иным, нежели те, которые связаны с политическим характером правонарушения. Такая возможность неявным образом предусмотрена ст. 49, 50, 129, 146 Женевских конвенций, где указывается, что государство, если оно не преследует лицо, ответственное за «серьезное нарушение», может его выдать «на условиях, предусмотренных его собственным законодательством». Так, Бельгия должна, например, отказать в экстрадиции военного преступника, являющегося гражданином Бельгии (закон от 15 марта 1874 г. об экстрадициях, измененный законом от 31 декабря 1985 г., ст. 1)², но тогда она должна сама его преследовать на основании вышеуказанных договоров.

b) Неприменимость срока давности к военным преступлениям и преступлениям против человечности

4.396. Принцип неприменимости срока давности к таким деяниям сформулирован еще в 1945 г. в ст. 2, п. 5, Закона № 10 Контрольного совета союзников в Германии³. Это положение было воспроизведено в ст. IV Конвенции ООН от 26 ноября 1968 г. о неприменимости срока давности к военным преступлениям и преступлениям против человечества⁴, а также в ст. 1 Конвенции Совета Европы от 25 января 1974 г. о неприменимости срока давности к преступлениям против человечности и военным преступлениям⁵.

Закон № 10 предусматривал, что срок давности не применим только к преступлениям, совершенным нацистами в определенный период до, а также во время Второй мировой войны, но это ограничение не фигурирует в Конвенциях 1968 и 1974 гг.

Все же остается фактом, что согласно ст. IV и ст. 1 этих двух Конвенций, соответственно, неприменимость срока давности не действует непосредственно в праве государств-участников, которым надлежит принять соответствующие законодательные меры, чтобы ввести их в действие в своем внутреннем правопорядке.

¹ М. В., 25 juillet 1946.

² М. В., 7 sept. 1985.

³ «В любом процессе или расследовании по поводу преступления, упомянутого здесь, обвиняемый не может пользоваться каким-либо правом на срок давности в том, что касается периода между 30 января 1933 г. и 1 июля 1945 г. Невозможны также никакие ссылки на любые ограничения, помилование и амнистию, полученные при нацистском режиме, чтобы воспрепятствовать процессу или осуждению». Цит. по: MERTENS, P., *L'imprescriptibilité des crimes de guerre et contre l'humanité*, Ed. de l'Université de Bruxelles, 1974, p. 208.

⁴ Опубликовано: RTNU, 754, p. 73.

⁵ Опубликовано: Conseil de l'Europe, *Conventions et accords européens*, Strasbourg, 1975, III, 1972–1974, pp. 212 ss.

4.397. Между этими двумя документами есть важное различие: Конвенция 1968 г. наделена обратной силой, поскольку она предусматривает, что «там, где срок давности существует для таких преступлений либо по закону, либо иным образом, он подлежит отмене» (ст. IV, *in fine*). Конвенция 1974 г. не имеет обратной силы, поскольку она применяется к преступлениям, которые были совершены либо после, либо до ее вступления в силу, но в отношении которых еще не истек срок давности (ст. 2).

Однако эти две Конвенции объединяет то, что неприменимость срока давности относится в обоих случаях как к преследованиям, так и к мерам наказания (Конвенция 1968 г., ст. IV; Конвенция 1974 г., ст. 1).

4.398. Нельзя сказать, что эти Конвенции были всеми одобрены¹. Так, Бельгия критикует Конвенцию 1968 г. за то, что она, с одной стороны, дает «слишком широкое и слишком нечеткое с юридической точки зрения» определение военных преступлений и преступлений против человечности и, с другой — устанавливает обратную силу «слишком абсолютным образом»². Отсюда возникает вопрос: является ли неприменимость срока давности к военным преступлениям, преступлениям против мира и преступлениям против человечности обычной нормой международного права?

Не вдаваясь в детали этого вопроса³, отметим, что, как правило, срок давности не применяется в международном праве⁴. В отношении конкретно военных преступлений (и преступлений против человечности) из материалов по подготовке Конвенции ООН 1968 г. вытекает, что одни делегации рассматривали неприменимость срока давности к этим преступлениям как обычную норму, другие же оспаривали это толкование⁵.

В деле Эйхмана окружной суд Иерусалима подошел к этой проблеме под углом зрения не международного, а израильского права, и счел, что последнее отвергает срок давности для военных преступлений и преступлений против человечности. Обвиняемый сослался на 15-летний срок давности, предусмотренный аргентинским законом, на что суд справедливо ответил, что этот закон не имеет юридической силы для Израиля⁶.

4.399. Во Франции согласно закону от 26 декабря 1964 г. срок давности не применяется только к преступлениям против человечности, остальные же престу-

¹ По состоянию на 31 декабря 2007 г. Конвенция ООН 1968 г. связывала лишь 51 государство (страны Восточной Европы и третьего мира); Конвенцию Совета Европы 1974 г. по состоянию на 31 декабря 2007 г. подписали лишь пять государств (Франция, Бельгия, Нидерланды, Румыния, Украина), а ратифицировали только Бельгия, Нидерланды и Румыния.

² Réponse du ministre des Affaires étrangères à une question écrite no 108 du 22 janvier 1993 du sénateur Moureaux, *Bull. Q. R., Sénat*, 16 février 1993, n° 44.

³ См. об этом: MERTENS, P., *op. cit.*, 230 p.

⁴ *Ibid.*, pp. 197–200; voy. notre note s/Cass. b., 3 déc. 1981, *JDI*, 1984, pp. 349–351

⁵ MERTENS, *op. cit.*, pp. 155–157.

⁶ *Eichmann Case*, Jérusalem District Crt., 12 déc. 1961, *ILR*, 36, 76–79.

пления, в том числе военные, подпадают под срок давности, предусмотренный внутренним законодательством.

В Бельгии законом от 3 декабря 1964 г. был увеличен еще на 10 лет десятилетний срок давности для приговоров к высшей мере наказания, вынесенных за преступления против внешней безопасности государства, совершенные между 9 мая 1940 г. и 8 мая 1945 г., срок давности на которые не истек 4 декабря 1964 г. Таким образом, особого срока давности для военных преступлений не было.

Зато ст. 8 бельгийского закона 1993/1999 гг. (см. выше, п. 4.384) исключает срок давности уголовного преследования и мер наказания для преступлений по МПП (Уголовно-процессуальный кодекс, вступительный раздел, ст. 21).

4.400. Теоретически военные преступления и преступления против человечности, как, впрочем, и другие международные правонарушения, должны — в том, что касается срока давности — регулироваться правопорядком, к которому они принадлежат, то есть международным правом. Поскольку это право вообще отрицает срок давности и учитывая, что срок давности несовместим с природой признанных преступными деяний, по нашему мнению, есть все основания сделать вывод о неприменимости срока давности к этим преступлениям¹. Рассматривая более подробно преступления против человечности, П. Мертенс пишет:

«Невозможно представить себе применение «закона забвения» к преступлениям, совершенным против сообщества наций и человечества как такового. По самой своей сути эти преступления не имеют срока давности. Если по техническим причинам пресечение этих преступлений на нынешнем этапе развития позитивного права возможно только в рамках внутреннего правопорядка, это должно происходить в соответствии с международным правом и на основе признания приоритета, которым оно обладает»².

Хотя этот вывод и согласуется с исходными посылками, он не встречает единой поддержки международного сообщества³, как об этом свидетельствует отсутствие обратной силы у Конвенции Совета Европы 1974 г., непопулярность Конвенции ООН 1968 г., исчезновение любого упоминания об отсутствии срока

¹ См. наше примечание о возможном уголовном преследовании Л. де Греля (L. De Grelle) в Бельгии: SALMON et ERGEC, «Pratique du pouvoir exécutif et contrôle des chambres législatives en matière de droit international», *RBDI*, 1986, pp. 464–466 и ссылки.

² *Op. cit.*, p. 226.

³ Например, в Бельгии считается, что преступления, вменяемые де Грелю, имеют срок давности. Однако следует отметить, что де Грель преследовался не за военные преступления, а за преступления против внутренней безопасности государства, *RBDI*, 1986, pp. 464 ss. См. также пример применения срока давности к преступлениям против человечности в Аргентине: *Eichmann case*, Jerusalem District Court, *loc. cit.*, pp. 76–77; см. также по поводу тезиса, согласно которому бесчеловечно преследовать кого-либо за деяния, совершенные более 40 лет назад: CARDOZO, *in AJIL*, 1986, p. 941. Пример отказа в выдаче военного преступника на основании того, что согласно законам государства, к которому обращено требование о выдаче, истек срок давности для преступлений, совершенных данным лицом, см. отказ Испании в 1983 г. выдать Нидерландам военного преступника, осужденного в Нидерландах 35 лет назад за деяния, подпадающие под срок давности в Испании, *NYIL*, 1986, pp. 191–192. См. также дело *Handel v. Artukovic*, где судья счел, что гражданские иски, основанные на военных преступлениях и преступлениях против человечности, совершенных во время Второй мировой войны, подпадают под срок давности, предусмотренный калифорнийским законодательством, U. S. District Ct., Central Dis. Cal., 31 Jan. 1985, *ILR*, 79, 404–406.

давности из окончательной редакции Проекта кодекса преступлений против мира и безопасности человечества¹ и судебная практика государств.

Некоторые государства, в которых существует система срока давности, сочли необходимым принять специальные меры для обеспечения неприменимости срока давности к военным преступлениям и (или) преступлениям против человечности: это, в частности, французский закон от 26 декабря 1964 г. о неприменимости срока давности к преступлениям против человечности, Уголовный кодекс Швейцарии, ст. 75*bis*, Кодекс военной юстиции Швейцарии, ст. 56*bis*, бельгийский закон 1993/1999 г. (см. выше, п. 4.284), ст. 8, руандийский закон от 30 августа 1996 г. о геноциде и преступлениях против человечности, ст. 37.

Следовательно, вряд ли можно говорить о наличии обычной нормы неприменимости срока давности к международным преступлениям.

С появлением Статута МУС, который предусматривает неприменимость срока давности к предусмотренным в нем преступлениям (ст. 29), право радикальным образом изменилось для государств, которые к нему присоединились. Кроме этого, поскольку Совет Безопасности может передать Суду ситуацию, касающуюся совершения преступлений, предусмотренных Статутом, все государства — члены ООН оказываются *ipso facto* и *ipso jure* связаны материальным правом Статута — по крайней мере, для данной ситуации, а это право включает в себя норму неприменимости срока давности к преступлениям, предусмотренным Статутом. Таким образом, данная норма становится частью общего международного права, как это, кстати, подтверждает Исследование об обычном МГП (Обычное МГП, норма 160).

с) Неприменимость амнистии к военным преступлениям и преступлениям против человечности

4.401. Если допускается, что к военным преступлениям и преступлениям против человечности неприменим срок давности, тогда следует считать, что они не подлежат и амнистии, поскольку ее последствия шире, чем положения о сроке давности. Когда законодатель амнистирует те или иные деяния, он упраздняет их преступный характер с точки зрения уголовного права — «считается, что амнистированный осужденный никогда не подвергался преследованию»². Что касается срока давности, его истечение никоим образом не упраздняет незаконный характер деяния в плане уголовного права, а просто означает прекращение уголовного преследования и гражданского иска, связанного с данным деянием, либо прекращение обязанности осужденного подвергнуться тому наказанию, к которому он был приговорен за совершенное им деяние.

¹ О проблемах, с которыми столкнулась Швейцария в 1976 г. в плане преследования и экстрадиции нидерландского военного преступника П. Ментена (P. Menten), осужденного за деяния, по которым согласно швейцарскому праву истек срок давности, см.: ZIEGLER, A. R., «Domestic Prosecution and International Coopération with Regard to Violations of International Humanitarian Law. The Case of Switzerland», *RSDIE*, 1996, p. 570.

² *RPDB*, Bruxelles, Bruylant, n. d., t. 1, p. 621, § 23.

Правда, в случае применения срока давности к *уголовному преследованию* уголовное правонарушение как бы исчезает в результате, с одной стороны, невозможности для судьи вынести обвинительный приговор, и, с другой, — презумпции невиновности, которой должен пользоваться обвиняемый. В этом случае срок давности очень близок амнистии¹. Напротив, применение срока давности к *мере наказания* не устраняет правонарушения, даже если его уголовно-правовые последствия прекращаются².

Поскольку объем действия у амнистии шире, чем у срока давности, отсюда а fortiori следует вывод, что деяния, к которым не применяется срок давности, также не подлежат и амнистии.

4.402. Некоторые международные документы явным образом запрещают амнистию. Мы имеем в виду межамериканский проект конвенции о насильственных исчезновениях лиц (ст. 8) (1988 г.)³ и Декларацию Генеральной Ассамблеи ООН по тому же вопросу⁴, где говорится, что на лиц, совершивших или предположительно совершивших подобные деяния

«не распространяются какие-либо законы об амнистии, а также другие аналогичные меры, которые могли бы освободить их от любого уголовного преследования или наказания» (ст. 18, п. 1).

Отметим, что эта Декларация исключает амнистию, но допускает применение срока давности при условии, что он «должен быть длительным и соразмерным с особо тяжким характером этого преступления» (ст. 17, п. 3; также Конвенция ООН от 20 декабря 2006 г. против насильственных исчезновений, ст. 8, п. 1): если исключение амнистии не мешает действию срока давности в государствах, где он предусмотрен, а fortiori неприменимость срока давности не допускает амнистии исполнителей таких преступлений.

В более общем плане Конференция по защите жертв войны, созванная МККК и Швейцарией 31 августа — 1 сентября 1993 г., приняла Заявление, в котором, в частности, говорилось, что военные преступления подлежат уголовному преследованию и не должны оставаться «безнаказанными» (Заключительное заявление, II, 7)⁵.

Такая же позиция была выражена в докладах о массовых убийствах, совершенных в Руанде⁶.

¹ *Ibid.*, Complément, 1977, T. 5, p. 841, § 19.

² *Ibid.*

³ Опубликовано в: *Interamerican Ybk. on H. R.*, 1988, Dordrecht, Nijhoff, 1991, p. 514.

⁴ Рез. ГА ООН A/Res. 47/133, 18 декабря 1992 г. (принята без голосования).

⁵ *RICR*, 1993, p. 404.

⁶ Предварительный доклад Независимой комиссии экспертов, учрежденной в соответствии с резолюцией 935 (1994) Совета Безопасности, документ ООН S/1994/1125, 4 октября 1994 г., с. 29 и сл.; Третий доклад о положении в области прав человека в Руанде, подготовленный Специальным докладчиком Комиссии по правам человека г-ном Рене Денъи-Сеги во исполнение резолюции S-3/1 и решения 1994/223 Экономического и Социального Совета, документ ООН A/49/508, 13 октября 1994 г., с. 16, п. 60.

Совет Безопасности осудил безнаказанность в связи с нарушениями Женевских конвенций 1949 г., Дополнительных протоколов к ним и Конвенции о правах ребенка¹. Он, в частности, подчеркнул «ответственность» государств

«за соблюдение своих соответствующих обязательств по прекращению безнаказанности и привлечению к судебной ответственности лиц, виновных в военных преступлениях, геноциде, преступлениях против человечности и серьезных нарушениях международного гуманитарного права»² (также см. выше, п. 3.12).

Сформулированную в связи с преступлениями, совершенными в отношении детей³, затем в общем виде, а потом в отношении нападения на журналистов⁴ эту обязанность уголовного преследования вновь и вновь вспоминали в связи с различными конфликтами, в частности в Ираке⁵, Кот-д'Ивуар⁶, ДРК⁷, Сьерра-Леоне⁸, Гаити⁹, Восточном Тиморе¹⁰, Бурунди¹¹, Судане¹², Гвинее-Бисау¹³ и т. д.

Генеральная Ассамблея ООН действовала в том же направлении¹⁴. Однако постоянная практика не сложилась, и иногда соображения национального примирения берут верх над борьбой с безнаказанностью, как это было в Южной Африке в 1995 г., в Сьерра-Леоне в 1999 г.¹⁵ или в Алжире в 1999–2000 гг.¹⁶

Однако в практике проявляется тенденция к тому, чтобы отдавать приоритет борьбе с безнаказанностью. Например, в случае Демократической Республики Конго Генеральная Ассамблея ООН положительно отозвалась о некоторых мерах амнистии, решение о которых было принято в феврале 2000 г.¹⁷, но в то же время потребовала, чтобы конголезское правительство «положило конец безнаказан-

¹ Рез. СБ ООН S/Res. 1261, 25 августа 1999 г., п. 2.

² Рез. СБ ООН S/Res. 1674, 28 апреля 2006 г., пп. 7, 8, 11.

³ Рез. СБ ООН S/Res. 1460, 30 января 2003 г., преамбула, мотивировка 5; 1612, 26 июля 2005 г., преамбула, мотивировка 4.

⁴ Рез. СБ ООН S/Res. 1738, 23 декабря 2006 г., преамбула, мотивировка 7, пп. 4 и 7.

⁵ Рез. СБ ООН S/Res. 1483, 22 мая 2003 г., преамбула, 11-й абзац и п. 3.

⁶ Рез. СБ ООН S/Res. 1464, 4 февраля 2003 г.; 1528, 27 февраля 2004 г., пп. 6, 4, 1609, 24 июня 2005 г., п. 2, t; 1721, 1 ноября 2006 г., п. 30.

⁷ Рез. СБ ООН S/Res. 1468, 20 марта 2003 г.; пп. 6–7; 1484, 30 мая 2003 г., пп. 5–6; 1653, 27 января 2006 г., пп. 6–7.

⁸ Рез. СБ ООН S/Res. 1470, 28 марта 2003 г., преамбула, мотивировка 7, 1610, 30 июня 2005 г., преамбула, 6-й абзац.

⁹ Рез. СБ ООН S/Res. 1529, 29 февраля 2004 г., п. 7; 1542, 30 апреля 2004 г., преамбула, 4-й абзац и п. 8, a; 1608, 22 июня 2005 г., преамбула, 5-й абзац.

¹⁰ Рез. СБ ООН S/Res. 1543, 14 мая 2004 г., п. 8; 1573, 16 ноября 2004 г., п. 6, 1599, 28 апреля 2005 г., п. 9.

¹¹ Рез. СБ ООН S/Res. 1545, 21 мая 2004 г., преамбула, 9-й абзац; 1602, 31 мая 2005 г., преамбула, 14-й абзац и п. 5; 1606, 20 июня 2005 г., преамбула, 2-й и 3-й абзацы.

¹² Рез. СБ ООН S/Res. 1556, 30 июня 2004 г., п. 6; 1574, 19 ноября 2004 г., преамбула, 10-й абзац.

¹³ Рез. СБ ООН S/Res. 1580, 22 декабря 2004 г., п. 4.

¹⁴ Так, см. рез. ГА ООН по Судану: A/Res. 55/116, 4 декабря 2000 г., п. 3, b; по Гаити: A/Res. 55/118, 4 декабря 2000 г., п. 5; по Афганистану: A/Res. 55/119, 4 декабря 2000 г., п. 9, e; в более общем плане Заключительный документ Всемирного саммита 2005 г., 20 сентября 2005 г., п. 138, док. ООН A/60/L.1.

¹⁵ См.: DAVID, *Eléments ...*, *op. cit.*, §§ 16.6.108 ss.

¹⁶ YIHL, 2000, p. 410, obs. A. McDonald.

¹⁷ Рез. ГА ООН A/Res. 55/117, 4 декабря 2000 г., п. 1, f.

ности» и приняло меры к тому, «чтобы все те, кто виновен в нарушениях прав человека и грубых нарушениях международного гуманитарного права, были привлечены к ответственности»¹. Аналогичным образом в случае Гаити Генеральная Ассамблея ООН подчеркнула важную роль Национальной комиссии по установлению истины и справедливости при условии, что ее деятельность приведет к пресечению серьезных нарушений прав личности.

ГА ООН

«подтверждает важное значение — в целях борьбы с безнаказанностью и в целях осуществления подлинного и эффективного процесса перехода и национального примирения — расследований, проводимых Национальной комиссией по установлению истины и восстановлению справедливости, и призывает правительство Гаити продолжать судебное преследование виновных в нарушениях прав человека, которые были установлены Национальной комиссией (...)»².

В случае Камбоджи ст. 9 Меморандума о понимании³, составленного Камбоджей и ООН, предусматривала:

«Амнистия не будет распространяться на преступление геноцида, военные преступления и преступления против человечности. Амнистия, предоставленная любому лицу, подпадающему под юрисдикцию Чрезвычайных палат, не будет препятствием для преследования».

В марте 2000 г. камбоджийское правительство заявило ООН, что, хотя Конституция Камбоджи закрепляет за королем право предоставлять амнистию (ст. 27) и разрешает правительству принимать законы об амнистии (ст. 90) — что и было сделано для Иенг Сари в 1996 г. (см. выше, п. 4.295) — правительство обязуется не ходатайствовать об амнистии для лиц, виновных в тяжких преступлениях по международному гуманитарному праву⁴. Как отмечалось⁵, это все же не помешало королю предоставить амнистию на основании своих конституционных полномочий. Кроме того, ряд лиц, совершивших некоторые тяжкие преступления, были амнистированы на основании закона 1994 г., который объявил вне закона «клик Демократической Кампучии», но обещал амнистию тем, кто сложит оружие в течение полугода после вступления закона в силу⁶.

В деле Пиночета Верховный суд Испании Audiencia nacional счел, что закон об амнистии, принятый в Чили в отношении преступлений, совершенных в период действия осадного положения (1973–1978 гг.), не может служить препятствием по принципу *non bis in idem* для судебного преследования в Испании на основе универсальной юрисдикции⁷.

В России Дума проголосовала 13 декабря 1999 г. за амнистию в отношении «социально опасных деяний, совершенных во время антитеррористической операции на Северном Кавказе» (преимущественно в Чечне), за исключением тяжких преступлений⁸.

¹ Рез. ГА ООН A/Res. 55/117, 4 декабря 2000 г., п. 4 (g).

² Рез. ГА ООН A/Res. 55/118, 4 декабря 2000 г., п. 7.

³ www.ridi.org/boyle/unmou.htm.

⁴ *Ibid.*

⁵ LINTON, S., *loc. cit.*, p. 102.

⁶ Obs. D. Boyle in *YIHL*, 2000, p. 439.

⁷ Spain, National Crim. Div., plenary session, 5 Nov. 1998, *Pinochet*, point 8, in *YIHL*, 1999, p. 514.

⁸ Краткое содержание приводят И. Блищенко и Ж. Дория: *YIHL*, 2000, pp. 564 ss.

В Сьерра-Леоне правительство заключило с повстанцами соглашение, предоставляющее последним «полное и безусловное прощение» («absolute and free pardon») (Ломейское соглашение от 7 июля 1999 г. между правительством Сьерра-Леоне и Объединенным революционным фронтом Сьерра-Леоне. В качестве гарантов его подписали также представители Того, ООН, ОАЕ, Экономического сообщества западноафриканских государств (ECOWAS) и Британского содружества, ст. 9). Представитель ООН сопроводил свою подпись заявлением о том, что амнистия не может распространяться на преступления по МГП¹. Впоследствии правительство отказалось от этого соглашения и обратилось к ООН с просьбой учредить Специальный суд по Сьерра-Леоне для рассмотрения дел о преступлениях по МГП, совершенных в этой стране (письмо Председателю Совета Безопасности, 12 июня 2000 г.)². Совет Безопасности согласился с этим предложением и напомнил о необходимости предать суду лиц, совершивших эти преступления³.

В Специальный суд по Сьерра-Леоне поступило возражение от двух обвиняемых, основанное на амнистии, предусмотренной упоминавшимся выше Ломейским соглашением. Суд отклонил это возражение, заявив, в частности,

«(...) несомненно, государство не может предать забвению такие преступления, в отношении которых другие государства обладают юрисдикцией и могут преследовать их исполнителей в силу того, что обязанность защищать человеческое достоинство является императивной нормой, которая приобрела характер обязанности *erga omnes* (ссылка не приводится). (...) Поскольку существует договорная обязанность предавать суду и выдавать преступника, предоставление амнистии исполнителям преступлений, предусмотренных в ст. 2–4 Устава Суда не только несовместимо с обязательством государства в отношении международного сообщества в целом, но и нарушает его»⁴.

Аналогичное заключение было сделано Межамериканским судом по правам человека, который считал, что расследование насильственных исчезновений и наказание виновных в них является нормой *jus cogens*⁵, которая не может быть соблюдена посредством финансового возмещения⁶.

4.403. Наконец, Совет Безопасности высказался достаточно ясно на этот счет, указав, что комиссии по примирению и установлению истины могут лишь *дополнять* уголовное правосудие, а не подменять его. Так, передавая ситуацию, касающуюся Дарфура, Международному уголовному суду, Совет Безопасности подчеркнул, что комиссии по установлению истины и/или примирению призваны *«дополнять*

¹ Рез. СБ ООН S/Res. 1315, 14 августа 2000 г., преамбула, мотивировка 5.

² Цит. по: Spec. Crt. for S. L., App., aff. SCSL-2004-15/16-AR72 (E) *Kallon and Kamara*, 13 March 2004, § 9.

³ Рез. СБ ООН S/Res. 1315, 14 августа 2000 г., преамбула, мотивировка 6.

⁴ Spec. Crt. for S. L., App., aff. SCSL-2004-15/16-AR72 (E), *Kallon and Kamara*, 13 March 2004, §§ 71 et 73.

⁵ Cour IDH, *La Cantuta v/Perù*, 29 nov. 2006, §§ 157 et 160, www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_162_esp.pdf.

⁶ Cour IDH, *La Masacre de la Rochela v/Colombia*, 11 mai 2007, §§ 184, 287–295, www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_163_esp.pdf.

судебные процессы» и тем самым «подкреплять усилия по восстановлению долговременного мира»¹ (*курсив автора*). По поводу Бурунди Совет Безопасности выразил уверенность в том, что для «укрепления мира и примирения» нужно «положить конец безнаказанности» и «содействовать примирению». Он неявным образом одобрил учреждение специальной палаты «для рассмотрения дел о преступлениях по МГП и создание «смешанной комиссии по установлению истины», которая могла бы «содействовать» примирению и установлению мира² (*курсив автора*).

d) Отсутствие обратной силы у законов, устанавливающих ответственность за военные преступления и преступления против человечности

4.404. В Нюрнберге обвиняемые ссылались в качестве оправдания на то, что положения о признании преступными деяний, которые им вменялись в вину, были наделены обратной силой. Что касается военных преступлений, эти аргументы были отклонены, в частности ввиду существования длительной судебной практики пресечения таких правонарушений. Международный военный трибунал высказался следующим образом:

«Гагская конвенция... нигде не квалифицирует эти деяния как преступные; она не предусматривает никакой меры наказания; в ней не упоминается никакой трибунал, призванный судить и наказывать лиц, ответственных за них. Однако уже в течение долгих лет военные трибуналы судят и наказывают лиц, виновных в нарушении правил сухопутной войны, установленных Гагскими конвенциями»³.

Такие же аргументы приводились в деле Листа (Hostages trial) (1948 г.), когда американский военный трибунал в Нюрнберге, судивший немецких офицеров высокого ранга за военные преступления (жестокое обращение, пытки, убийство гражданских лиц, разграбление, разрушение городов и сел, приказ никому не давать пощады, депортация населения для принудительных работ...), счел, что определения, содержащиеся в Законе № 10 Контрольного совета союзников, не имеют обратной силы, поскольку являются частью обычаев войны, как они вытекают из Гагского положения 1907 г., а также из практики, применяемой в конфликтах, в том числе из судебной практики военных трибуналов:

«...договорное право, примером которого может служить Гагское положение 1907 г., явным образом признает военные преступления, упоминающиеся здесь, преступлениями согласно этой Конвенции. В любом случае практика и обычаи войны, постепенно превратившиеся в признанные обычаи, которым воюющие обязаны следовать, признают указанные здесь преступления в качестве преступлений, подлежащих наказанию. Специальное определение преступления в соответствии с тем или иным конкретным постановлением, уставом или договором не так важно, если преступлением оно было сочтено в силу международной конвенции, признанных обычаев войны или общих принципов уголовного права, принятых среди цивилизованных наций (...).

¹ Рез. СБ ООН S/Res. 1593, 31 марта 2005 г., п. 5.

² Рез. СБ ООН S/Res. 1606, 20 июня 2005 г., преамбула, мотивировки 2, 3, 6 и 7; также: S/Rés. 1719, 25 октября 2006 г., п. 2, j.

³ *Procès, doc.off.*, vol. 1, pp. 232–233; см. также p. 266.

Конечно, правда и то, что не были учреждены суды, уполномоченные рассматривать такие дела, и не были установлены меры наказания за нарушения, но это не отрицает их законности»¹.

Затем Трибунал процитировал отрывок из обвинительного заключения, вынесенного в Нюрнберге, который приведен выше².

В Бельгии после Второй мировой войны некоторые военные трибуналы заявили о том, что не считают себя связанными Уставом Нюрнбергского военного трибунала, и при определении преступности деяния, вменяемого обвиняемому, основывались на Гаагском положении³.

По мнению Специального суда по Сьерра-Леоне:

«Даже если мера наказания не прописана, может наступить личная уголовная ответственность»⁴.

4.405. В отношении преступлений против человечности Международный военный трибунал также отвел ссылки на якобы имеющую место обратную силу определения состава преступления, основываясь на его «связи» с другими определениями, предусмотренными Уставом Трибунала. Рассуждение это кажется небезупречным, поскольку Трибунал мог бы сослаться на некоторые прецеденты (см. выше, п. 4.242 и сл.).

В настоящее время ст. 7, п. 2, Европейской конвенции о защите прав человека и основных свобод и ст. 15, п. 2, Международного пакта о гражданских и политических правах содержат положение общего характера, согласно которому принцип отсутствия обратной силы у уголовных законов не препятствует преследованию и осуждению лиц, уличенных в совершении деяний, «которые в момент совершения являлись уголовным преступлением согласно общим принципам права, признанным международным сообществом» (ст. 15, п. 2, приведенная выше)⁵. Несомненно, этот принцип должен применяться ко всем военным преступлениям и преступлениям против человечности.

4.406. Компетенция *ratione temporis* МУС ограничена преступлениями, совершенными после вступления в силу его Статута (Статут, ст. 11), но без ущерба для составов преступлений, предусмотренных во внутреннем и международном праве (ст. 10 и ст. 28, п. 3).

¹ 10 Febr. 1948, A. D., 1948, 634–635; а также: Neth., Spec. Crt. of Cass., 12 Jan. 1949, A. D., 1949, 542.

² *Ibid.*

³ Conseil de guerre de Bruxelles, 8 août 1950, aff. 170, *Boden*, inédit (автор благодарит г-жу А.-М. Вейзерс, работающую над докторской диссертацией по истории, за предоставление этого обвинительного заключения).

⁴ App. Chamber, aff. SCSL-2004-14-AR72 (E), 31 May 2004, *Sam Hinga Norman*, § 48; также: CASSESE, A. *International Criminal Law*, Oxford Univ. Pr., 2003, p. 157.

⁵ В деле Стрелец и другие против Германии Европейский суд по правам человека показал, что некоторые типы поведения — преступные, но соответствующие практике государств, где они имеют место — тем не менее остаются наказуемыми деяниями и что их последующее пресечение не является применением обратной силы, *arrêt du 22 mars 2001*, § 72 ss.

е) Иммунитет в случае совершения военных преступлений
и преступлений против человечности

4.407. До вынесения постановления Международным судом 14 февраля 2002 г. по делу об ордере на арест от 11 апреля 2000 г. можно было с полным основанием считать, что иммунитет от уголовного преследования действующего члена иностранного правительства не препятствует его привлечению к суду за совершение военных преступлений или преступлений против человечности. Постановление, вынесенное Международным судом, серьезно поставило под вопрос принципы, которые, казалось бы, достаточно прочно утвердились. Поэтому необходимо рассмотреть место этого постановления в свете общего международного права, как оно обычно толкуется (1) и, с другой стороны, — практические последствия этого постановления (2).

1) Постановление Международного суда в свете общего
международного права

4.408. Принцип исключения иммунитета от уголовного преследования иностранного правителя, привлекаемого к ответственности за тяжкое преступление по международному гуманитарному праву, восходит по крайней мере к Версальскому договору от 28 июня 1919 г. (ст. 227) и фигурирует в уставных документах всех международных уголовно-правовых учреждений (Устав Международного военного трибунала в Нюрнберге, ст. 7; Устав Международного уголовного трибунала в Токио, ст. 6; Уставы: МТБЮ, ст. 7, п. 2, и МУТР, ст. 6, п. 2; Статут МУС, ст. 27). Конечно, данные тексты касались Международных трибуналов, и можно было попытаться утверждать, что они не могут быть перенесены на почву внутрисударственных судов. Однако это означало бы забвение того факта, что эти правовые акты являются частью практики и что есть другие документы, применимые к национальным трибуналам: закон № 10 Контрольного совета союзников в Германии от 20 декабря 1945 г., ст. 2, п. 4, а; Конвенция о геноциде от 9 декабря 1948 г., ст. IV; Конвенция ООН о неприменимости срока давности к военным преступлениям и преступлениям против человечества от 26 ноября 1968 г., ст. II; резолюции Генеральной Ассамблеи ООН, подтверждающие принципы, производные от Устава и обвинительного заключения Международного военного трибунала в Нюрнберге (11 декабря 1946 г. и 12 декабря 1950 г.; резолюции Генеральной Ассамблеи ООН A/Res. 95 (I), 3-й абзац, и 488 (V), преамбула, 2-й абзац; резолюция Экономического и Социального Совета от 24 мая 1989 г. (принцип 19), утвержденная Генеральной Ассамблеей ООН резолюцией 44/159 от 15 декабря 1989 г.; заявление Председателя Совета Безопасности по поводу геноцида в Руанде (14 октября 1994 г.). Если рассматривать эти тексты в целом, в них можно усмотреть отражение *opinio juris* государств. Однако Международный суд полностью проигнорировал этот вопрос.

4.409. К этой важной практике следует добавить судебную практику, и в первую очередь обвинительное заключение Международного военного трибунала в Нюрнберге, где говорится:

«Принцип международного права, который при определенных обстоятельствах защищает представителя государства, не может быть применен к действиям, которые осуждаются как преступные согласно международному праву. Исполнители этих действий не могут прикрываться своим должностным положением, чтобы избежать наказания в надлежащем порядке»¹.

Это положение важно с двух точек зрения:

- 1° Оно носит самый общий характер, не придается никакого значения тому, какой суд — международный *или* внутригосударственный — рассматривает дело о соответствующих деяниях.
- 2° Оно ясно показывает, что иммунитет исключается и как процессуальное возращение («Исполнители этих действий не могут прикрываться своим должностным положением, чтобы избежать наказания в *надлежащем* порядке» — курсив автора), и как возможное оправдание (Исполнители этих действий не могут прикрываться своим должностным положением, чтобы избежать наказания — курсив автора).

Международный военный трибунал в Токио² и МТБЮ в ряде своих решений заняли аналогичную позицию³. Во внутригосударственном плане можно привести дела Эйхмана⁴, Норвеги⁵, аргументацию разных судей в деле Пиночета в Великобритании⁶, деле Пиночета в Бельгии⁷, толкование а *contrario* некоторых мотивировок постановления по делу Каддафи во Франции⁸.

Действительно, эта судебная практика касалась лиц, которые, за исключением Каддафи, не были действующими членами правительств⁹. Тем не менее прецедент Нюрнберга самым общим характером использованных формулировок (см. выше) показывает, что данная норма применяется при любых обстоятельствах: и к национальным, и к международным трибуналам, к действующим и бывшим членам правительства. Когда Международный суд заявляет в своем постановлении от 14 февраля 2002 г., что решения Международных военных трибуналов и МТБЮ несущественны, потому что они не касаются

«вопроса иммунитетов действующих министров иностранных дел перед национальными судами, когда те обвиняются в совершении военных преступлений или преступлений против человечности»¹⁰,

¹ Jugement des 30 sept. — 1^{er} oct. 1946, *Procès*, doc. off., I, p. 235.

² См.: *The Tokyo Judgement*, ed. by Röling and Ruter, Amsterdam Univ. Pr., 1977, vol. I, pp. 27, 28 et 456.

³ Aff. IT-95-17/1-T, *Furundzija*, 10 décembre 1998, § 1.40; aff. IT-96-23 et 23/1-T, *Kunarac et al.*, 22 févr. 2001, § 494; aff. IT-99-37-T, *Milosevic*, 8 nov. 2001, §§ 26–34.

⁴ 12 Dec. 1961, *ILR*, 36, pp. 48 et 312.

⁵ U.S. Distr. Ct., S.D. Fla., 8 June 1990, *ILR*, 99, p. 164.

⁶ House of Lords, 24 March 1999, *ILM*, 1999, Lord Browne-Wilkinson, pp. 594 s.; Lord Hutton, pp. 634 ss.; Lord Saville of Newdigate, p. 643; Lord Millett, pp. 647 ss.; Lord Phillips of Worth Matravers, p. 661.

⁷ Ordonnance du juge d'instruction Vandermeersch, 4 nov. 1998, *RDPC*, 1999, p. 278, note Bosly et Labrin; *J. T.*, 1999, note critique Verhoeven, p. 308.

⁸ Cass. fr., 13 mars 2001, *JT*, 2002, p. et *RGDIP*, 2001, p. 474.

⁹ Aff. du mandat d'arrêt du 11 avril 2000, *CIJ*, arrêt du 14 février 2002, § 58.

¹⁰ *Ibid.*

Суд не учитывает *полного отсутствия* в этих решениях каких бы то ни было ограничений, оговорок или исключений, которые были бы связаны либо с внутригосударственным или международным характером судебного учреждения, рассматривающего дело, либо со статусом действующего или бывшего члена иностранного правительства. Довольно любопытно то, что первые комментаторы постановления обошли молчанием этот момент¹.

Наконец, следует отметить и расхождение между постановлением Суда, первые комментаторы которого констатировали его слабую мотивировку², и решением Европейского суда по правам человека по делу Аль-Адсани, вынесенным 21 ноября 2001 г. после завершения устных выступлений сторон в деле об ордере на арест. В деле Аль-Адсани Страсбургский суд заключил с перевесом в 1 голос (9 голосов «за» и 8 «против»), что запрещение пыток является нормой *jus cogens*. В то же время Суд заключил, что иммунитет, предоставленный Великобританией Кувейту, против которого в британских судах было выдвинуто обвинение в пытках, не противоречит ст. 6, п. 1, Европейской конвенции о защите прав человека и основных свобод (право каждого человека при определении его гражданских прав на справедливое разбирательство), поскольку ответчиком было государство и дело носило гражданский, а не уголовный характер³. А *contrario* Страсбургский суд, по-видимому, допускал, что иммунитет не стал бы препятствием для уголовного преследования физического лица внутригосударственным судом⁴. И в этом случае Гаагский суд проявил полное безразличие к последствиям постановления по делу Аль-Адсани.

4.410. Что касается доктрины, Бельгия выступила с контрмеморандумом в деле об ордере на арест. К этому следует добавить мнение трех десятков авторов, начиная с Ваттеля⁵, исключающих иммунитет действующего иностранного правителя в качестве препятствия для привлечения к суду в случае совершения тяжких преступлений по международному гуманитарному праву⁶.

Конечно, юристы не единодушны по этому вопросу: так, авторы *Princeton Principles on Universal Jurisdiction* (Принстонские принципы универсальной юрисдикции) считают, что если виновные в международном преступлении не пользуются в уголовном плане «материально-правовым иммунитетом» (*substantive immunity*), они тем не менее пользуются процессуальным иммунитетом⁷. При этом следует отметить, что принстонская группа по этому вопросу не ссылается ни на какие конкретные нормы, касающиеся тяжких преступлений

¹ Obs. J. d'ASPROMONT-LYNDEN et F. DOPAGNE s/CIJ, 14 févr. 2002, *J. T.*, 2002, p. 285.

² *Ibid.*; obs. O. CORTEN et A. WEYEMBERGH s/Cass. fr., 13 mars 2001, *J. T.*, 2002, p. 434.

³ Arrêt du 21 novembre 2001, §§ 60–61.

⁴ *Ibid.*, op. dissid. commune Rozakis *et al.*, § 4.

⁵ VATTEL, *Le droit des gens ou principes de la loi naturelle*, 1758, L. II, chap. IV, § 55.

⁶ Aff. du mandat d'arrêt du 11 avril 2000, CIJ, *Contre-mémoire belge*, 28 sept. 2001, §§ 3.5.102 ss.; см. также: VANDERMEERSCH, D., *loc. cit.*, p. 297.

⁷ *The Princeton Principles on Universal Jurisdiction*, ed. by St. Macedo, Princeton University, Program in Law and Public Affairs, 2001, pp. 48–51.

по международному гуманитарному праву. Институт международного права, проявляя большую осторожность, утверждает, что глава государства, в принципе, пользуется иммунитетом от преследования за любое уголовное правонарушение¹. Однако по вопросу о «правилах определения преступлений по международному праву»² Институт не высказывается.

Если оставить в стороне эти колебания, остается непререкаемый авторитет трудов Комиссии международного права, которая с 1950 г. в своих Нюрнбергских принципах (принцип III)³, а затем в различных проектах кодексов преступлений против мира и безопасности человечества неизменно исключала возражения, основанные на иммунитете от уголовного преследования исполнителя преступления против мира, военного преступления или преступления против человечности⁴. Следуя за практикой, Комиссия международного права не делала никакого различия между действующим и бывшим членом правительства, международным трибуналом и национальным судом, между иммунитетом *ratione personae* и иммунитетом *ratione materiae*. Хотя в своих письменных документах и устных заявлениях Бельгия в течение долгого времени ссылаясь на Комиссию международного права, в своем постановлении Суд оставил без внимания эту аргументацию, хотя в других случаях он без колебаний использовал труды Комиссии международного права в качестве основы своих мотивировок⁵.

Все это показывает, насколько постановление от 14 февраля 2002 г. контрастирует с доктриной и практикой, по большей части поддерживающих исключение иммунитета от уголовного преследования в случае тяжких преступлений по международному гуманитарному праву.

Как мы увидим ниже, в связи с этим постановлением возникают трудности толкования рассматриваемого постановления в плане его практических последствий.

2) Практические последствия постановления

4.411. Отметим сразу, что Суд четко ограничил свое постановление уголовным преследованием действующего министра иностранных дел⁶, но то, что верно для министра иностранных дел, тем более верно для главы государства, который выступает как его высший представитель на международной арене. Зато гораздо меньше уверенности в том, что выводы Суда могут защитить аналогичным образом *остальных* членов иностранного правительства⁷.

¹ Ванкуверская сессия, резолюция от 26 августа 2001 г. (31 голос «за», 0 — «против» и 6 воздержавшихся) «Les immunités de juridiction et d'exécution du chef d'Etat et de gouvernement en droit international», art. 2.

² *Ibid.*, art. 11, § 2 (b).

³ См., в частности, дискуссии о поправке Г. Селле (G. Scelle): *Ybk. ILC 1949*, p. 183, n. 9, pp. 206 et 212.

⁴ *Ybk. ILC 1951*, II, p. 137; *Rapport CDI 1954*, doc. ONU A/2693, p. 12; *Rapport CDI 1991*, doc. ONU A/46/10, p. 264; *Rapport CDI 1996*, doc. ONU A/51/10, pp. 56–59.

⁵ Так, о справедливом разграничении континентального шельфа см.: *Plateau continental de la mer du Nord*, *CJ, Rec. 1969*, pp. 33–36.

⁶ *Aff. du mandat d'arrêt du 11 avril 2000*, *CJ*, arrêt du 14 février 2002, § 51.

⁷ Ср.: *id.*, ord. du 13 déc. 2000, § 72.

Кроме того, постановление не выходит за пределы «обычного международного права»¹ и, следовательно, не претендует на то, чтобы применяться в тех случаях, когда международное договорное право исключает иммунитет, как это следует из Конвенций 1948 г. и 1968 г. (см. выше, п. 4.408).

4.412. Затем Суд рассматривает четыре гипотетических случая, в которых иммунитет министра иностранных дел не препятствует его уголовному преследованию. Первые два — классические случаи преследования либо в стране происхождения министра, либо за границей, когда государство принадлежности само решает лишить его иммунитета². Пока никаких проблем.

Далее Суд заключает, что после прекращения своих полномочий бывший министр иностранных дел может предстать перед национальным судом иностранного государства за действия, совершенные до или после выполнения своих министерских функций³. Здесь тоже вопросов не возникает.

4.413. Зато когда Суд допускает преследование бывшего министра иностранных дел за действия, совершенные в период выполнения министерских функций, но, так сказать, «в личном качестве», возникает определенная сложность: позволительно ли заключить, что если речь идет о действиях, совершенных «в официальном качестве», например официальной отдаче приказа о совершении военных преступлений или преступлений против человечности либо их прикрытии, любое преследование отныне будет невозможно? Как справедливо отметил судья Ван ден Вингерт, такое рассуждение привело бы к абсурдному положению, против которого выступил лорд Стейн в первом решении Палаты лордов по делу Пиночета (25 ноября 1998 г.):

«Получается, что приказ Гитлера об «окончательном решении» (еврейского вопроса) может рассматриваться как действие, совершенное в официальном качестве и вписывающееся в выполнение функций главы государства. Вот к какому выводу неизбежно приводит рассуждение Дивизионного суда»⁴.

Суду следовало бы в большей степени конкретизировать свою мотивировку и

«ясно сказать, что его постановление ни при каких обстоятельствах не сможет привести к такому заключению и что на такие действия никогда не будет распространяться никакой иммунитет»⁵.

Кстати, именно так некоторые судья истолковали постановление, написав, что данное решение никоим образом не препятствует выдаче нового ордера на арест, поскольку в момент вынесения судебного постановления А. Еродиа уже не был

¹ *Id.*, arrêt du 14 février 2002, §§ 52, 53, 58.

² *Ibid.*, § 61.

³ *Ibid.*

⁴ *Id.*, citée in op. diss. Van den Wyngaert, § 36

⁵ *Ibid.*

министром иностранных дел¹. По их мнению, Суд не имел намерения ограничить иммунитет действиями, совершенными в личном качестве *stricto sensu*.

Некоторые авторы в связи с этим задаются вопросом: а в чем тогда еще заключается смысл иммунитета, если «он должен распространяться только на действия, являющиеся частью обычных функций государства»?² Иными словами, поскольку трудно себе представить, каким образом «геноцид может быть представлен как действие частного лица»³, он останется актом государства, а его исполнитель должен продолжать пользоваться иммунитетом и по завершении своих функций. Именно на этом строилась защита высших должностных лиц нацистского режима в Нюрнберге и Эйхмана в Иерусалиме. Нет необходимости напоминать о прецедентах международных уголовных инстанций, чтобы отбросить такой тезис: практика (см. выше, п. 4.408) и доктрина Комиссии международного права (см. выше, п. 4.410) более чем достаточны для этого.

4.414. Если постановление Суда исключает любой исполнительный акт в отношении действующего министра иностранных дел, следует ли отсюда вывод, что исключена также любая судебная процедура, если она не сопровождается никаким исполнительным актом? Позволительно так думать, поскольку Суд утверждает, что действующий министр иностранных дел должен пользоваться «*иммунитетом от привлечения к уголовной ответственности* и полной неприкосновенностью за границей»⁴ (*курсив автора*) и что он не может «быть подвергнут судебному разбирательству», когда находится за границей⁵. Подвергается ли человек судебному разбирательству, если компетентный судья принимает к рассмотрению дело, открывает предварительное следствие или начинает расследование, не сопровождающееся никакими исполнительными актами? Французский кассационный суд, по-видимому, разделяет этот подход, поскольку он отменил⁶ постановление обвинительной палаты, которое подтверждало «распоряжение следственного судьи о проведении предварительного следствия»⁷.

И, наоборот, в мотивировке Суда можно найти элементы, показывающие, что он вовсе не хотел зайти так далеко. Так, когда он заявляет, что иммунитет предназначен оградить иностранного министра от любого *акта власти*, который стал бы *препятствием* к выполнению его функций⁸ или помешал бы его деятельности, ясно, что открытие расследования не препятствует выполнению его функций, как они описаны в самом постановлении⁹. Вот мнение судей Хиггинса (Higgins), Куиманса (Kooymans) и Бургенталя (Buergenthal):

¹ *Id.*, op. diss. Oda, § 15; op. indiv. Higgins *et al.*, § 89; implicitement op. diss. Al-Khasawney, §§ 5–8.

² Obs. J. d'Aspremont-Lynden et F. Dopagne s/CJ, 14 févr. 2002, *J. T.*, 2002, p. 286.

³ *Ibid.*

⁴ *Id.*, arrêt, §§ 54 et 78.

⁵ *Ibid.*, § 55.

⁶ Cass. fr., 13 mars 2001, *Khadafi*, RGDIP, 2001, p. 474.

⁷ См. *Contre-mémoire belge*, CIJ, aff. du mandat d'arrêt du 11 avril 2000, 28 sept. 2001, annexe 49.

⁸ *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000*, CIJ, arrêt du 14 févr. 2002, § 54.

⁹ *Ibid.*, § 53.

«Не должна осуществляться никакая уголовная юрисдикция, могущая нарушить неприкосновенность или иммунитеты соответствующего лица. Мы вернемся ниже к некоторым аспектам этого вопроса, но можем сказать уже сейчас, что *открытие расследования, на основе которого впоследствии может быть выдан ордер на арест, само по себе не нарушает эти принципы*»¹ (курсив автора).

4.415. Наконец, когда Суд утверждает, что иммунитет не действует в случае уголовного преследования, возбужденного компетентными международными уголовно-правовыми инстанциями, такими как Международные уголовные трибуналы или МУС, означает ли это, что тем самым исключается привлечение к уголовной ответственности внутригосударственным судом действующего члена иностранного правительства за действия, предусмотренные уставными документами этих учреждений? В случае МУС это означало бы поставить под вопрос принцип дополнительности, предусмотренный ст. 1 и 17 его Статута²! Правда, ст. 27, п. 2, Статута явным образом исключает иммунитет обвиняемого лишь в случае привлечения к ответственности самим МУС, однако следует учесть, что такая формулировка является традиционной и фигурирует в уставах других международных судебных инстанций и текстах, составленных Комиссией международного права. При этом сама Комиссия всегда считала, что данная формулировка исключает иммунитет лица, преследуемого за тяжкое преступление по международному гуманитарному праву (см. выше, п. 4.410 и примечания). Следовательно, ст. 27, п. 2, нужно толковать аналогичным образом и считать, что постановление Суда не может изменить действие данного положения.

4.416. Возможно, что когда-нибудь постановление по делу Еродиа будет восприниматься как музейный экспонат, как редкостный образчик судебного консерватизма, ибо это постановление было анахронизмом уже в момент своего вынесения. В этом плане можно приветствовать, хотя речь идет только о гражданском деле, постановление кассационного суда Италии, которым он отвел иммунитет от иностранной юрисдикции. На такой иммунитет сослалась Германия в ответ на иск о возмещении ущерба, поданный в итальянский суд итальянским гражданином, который был депортирован во время Второй мировой войны в Германию, где привлекался к принудительным работам. Отрицая иммунитет Германии, Суд основывался на следующих элементах:

- указанные действия уже в то время были военными преступлениями;
- нарушения императивных норм международного права, признанных Комиссией международного права в ст. 40 Проекта статей об ответственности государств за международно-противоправные деяния, подрывают сами основы международного сосуществования;
- как указало меньшинство судей Европейского суда по правам человека в деле Аль-Адсани, соблюдение этих норм приоритетно по отношению к нормам иммунитета государств от иностранной юрисдикции;

¹ *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000, CIJ, arrêt du 14 févr. 2002, op. individ. Higgins et al.*, § 59.

² Ср.: *ibid.*, op. diss. Al-Khasawneh, § 6.

- уставные положения международных уголовно-правовых инстанций, исключаяющие возможность иммунитета обвиняемых, подтверждают предыдущие констатации;
- в закон США об иностранном суверенном иммунитете (*Foreign Sovereign Immunities Act*) были внесены поправки с тем, чтобы исключить иммунитет от иностранной юрисдикции государств, практикующих внесудебные казни, пытки и терроризм¹.

Это постановление, возможно, готовит мрачное будущее для тех диктаторов, у кого руки по локоть в крови.

4. Ограничение обстоятельств, исключаящих ответственность

4.417. Обвиняемые, чтобы прекратить преследование, которому они подвергаются, часто ссылаются на два классических обстоятельства, исключаящих ответственность. Этими оправдывающими обстоятельствами являются, с одной стороны, предписания закона или властей, и, с другой — состояние крайней необходимости.

а) Предписания закона или властей

4.418. Это классическое исключаящее ответственность обстоятельство² было признано несостоятельным для военных преступлений и преступлений против человечности как в Уставах Международных военных трибуналов в Нюрнберге (ст. 8) и в Токио (ст. 6), так и в их обвинительных заключениях³.

Таким образом, отклоняется почти абсолютная догма любой иерархической системы и принципу «слепых штыков» предпочитается принцип «умных штыков».

Правда, Нюрнбергский трибунал не отвергает полностью ссылку в свое оправдание на приказ сверху, справедливо принимая ее только в случае, когда подчиненный не располагает «моральной свободой», чтобы сделать выбор.

Хотя эти исключаящие ответственность обстоятельства и отвергаются также Законом № 10 Контрольного совета союзников (ст. II, пп. 1, с, in fine, и 4, b)⁴ и законодательствами некоторых союзных держав⁵, на них часто ссылались в трибуналах союзников, которые, как правило, их отклоняли в отношении деяний, содержащих

¹ Cass. it., 11 mars 2004, *L. Ferrini*, cité en *AJIL*, 2005, pp. 242–248, note A. Bianchi.

² Ст. 70 бельгийского Уголовного кодекса гласит: «Правонарушение не имеет места, если действие совершено по предписанию закона или по приказу властей».

³ *Procès*, doc. off., pp. 235–236; *The Tokyo Judgment*, op. cit., I, p. 28.

⁴ Текст см.: *L.R.T.W.C.*, XV, pp. 42 et 160, n. 3.

⁵ См., например, китайский закон от 24 октября 1946 г., ст. VIII, *Neth. Eastern Indies Statute Book*, Decree n° 45 of 1946, art. 1, in *ibid.*, XIV p. 157; XI, p. 99; бельгийский закон от 20 июня 1947 г., ст. 3; в более общем плане см. также: *Lobéissance militaire au regard des droits pénaux internes et du droit de la guerre*, Cinquième congrès international, Dublin, 1970, in *Recueils de la société internationale de droit pénal militaire et de droit de la guerre*, Strasbourg, 1971, 538 p.; о состоянии вопроса в бельгийском праве см., в частности: VERHAEGEN, J., «Les impasses du droit pénal international», *RDPC*, 1957–1958, pp. 7 ss.; ANDRIES, A., «Les limites de la force exécutoire de l'ordre supérieur en droit militaire belge», *R.D.P. Dr. Guerre*, 1969, pp. 79–148; DAVID, E., «L'excuse de l'ordre supérieur et l'état de nécessité», *RBDI*, 1978–1979, pp. 68 ss. et les références.

состав военных преступлений и преступлений против человечности, основываясь на Уставе и обвинительном заключении Нюрнбергского трибунала¹.

4.419. Что касается конкретно предписаний закона, на которые делались ссылки, чтобы обосновать применение декрета «Nacht und Nebel» («Ночь и туман»), это исключаящее ответственность обстоятельство было отвергнуто в деле Justice case², зато принято, что любопытно, в деле Greifelt в связи с осуществлением программы эвтаназии (преступный характер которой был признан в обвинительном заключении Нюрнбергского трибунала)³, поскольку эта программа касалась исключительно германских подданных.

«По нашему мнению, эвтаназия, когда она практикуется в соответствии с законодательством государства только в отношении граждан этого государства, не содержит состава преступления против человечности»⁴ (курсив автора).

Наглядный пример двойных стандартов! Может быть, Трибунал хотел сказать, что речь не шла о военном преступлении *stricto sensu* (см. выше, п. 4.121), однако в любом случае это было преступлением против человечности!

4.420. Относительно приказа вышестоящего начальника судебная практика союзников показывала, что отказ принимать в расчет это оправдывающее обстоятельство в случае военного преступления или преступления против человечности не является абсолютным. Во всяком случае, она принимала это средство защиты в качестве основания для освобождения от ответственности или смягчающего обстоятельства,

— когда незаконность отданного приказа не была очевидной⁵; таким образом, приказ вышестоящего начальника был сочтен обстоятельством, смягчающим ответственность в следующих случаях:

- заключение в тюрьму и казнь после «суда» летчиков, бомбардировавших невоенные объекты⁶;
- казнь без суда и следствия участников движений сопротивления⁷;
- присвоение заводов на оккупированной территории подданными оккупирующей державы и управление этими предприятиями в интересах оккупанта⁸;

¹ L.R.T.W.C., XV, pp. 155–161 et les références; SUND, *loc. cit.*, p. 713; Eichmann case, *loc. cit.*, pp. 131 ss. До Нюрнберга такая ссылка была принята в деле *Dover Castle* (Germany, Reichsgericht, 4 June 1921, A.D., 2, 430) и отклонена в деле *Llandoverly Castle* (*id.*, 16 July 1921, *ibid.*, p. 437).

² *Loc. cit.*, VI, pp. 49 et 75.

³ Procès, doc. off., p. 321.

⁴ Greifelt case, US Milit. Trib., Nuremberg, 10 March 1948, L.R.T.W.C., XIII, p. 34.

⁵ Ohlendorf case, *loc. cit.*, Ann. Dig., 15, 666; Cass. b., 4 juillet 1949, RDPC, 1948–1949, p. 990; C.G., Bruxelles, 9 mars 1951, RDPC, 1950–1951, pp. 868–870.

⁶ Shanghai, U.S. Mil. Comm., 15 Apr. 1946, Sawada, A.D., 1946, 302–302 et réf.

⁷ Dijon, Trib. mil. perm. fr., 18 oct. 1945, Bauer, *ibid.*, 305.

⁸ Nur., U.S. Mil. Trib., 22 Dec. 1945, Flick, A.D., 1947, 269–270.

- казнь военнопленных без суда и следствия на основании приказов, содержащих явное указание на то, что эти пленные приговорены к смертной казни¹;
- когда у исполнителя практически не было выбора, поскольку отказ выполнить приказ мог грозить ему смертью или серьезным ущербом². Так, в деле фон Лееба (High German Command Trial) американский военный трибунал в Нюрнберге заявил, что только непосредственная угроза лицу, которому был адресован преступный приказ, могла оправдать выполнение такого приказа:

«Обвиняемые в данном деле, которые получили явно преступный приказ, были поставлены в трудное положение, однако слепое подчинение несомненно преступным приказам из страха неприятностей или наказания, угроза которых не была непосредственной, не может быть принята в качестве оправдания. Чтобы построить защиту, ссылаясь на принуждение или состояние крайней необходимости перед лицом опасности, необходимо продемонстрировать наличие обстоятельств, которые здравомыслящий человек воспринял бы как непосредственную физическую угрозу, лишаящую его свободы сделать правильный выбор и воздержаться от неправильного»³.

4.421. Некоторые судебные постановления также ссылаются на критерий, сформулированный в Нюрнберге: была ли действительно у исполнителя свобода выбора между повиновением и неповиновением (см. выше, п. 4.418)⁴. Так, в деле Олендорфа (Einsatzgruppen Trial) американский военный трибунал в Нюрнберге уточнил, что ущерб, который исполнитель понес бы в результате отказа подчиниться полученному приказу, значительно меньше ущерба, причиненного выполнением незаконного приказа:

«Если кто-либо утверждает, что выполнил преступный приказ по принуждению, должно быть доказано, что ущерб, причиненный подчинением этому приказу, не являлся несоизмеримо большим по сравнению с ущербом, который возник бы в результате невыполнения незаконного приказа. Например, убийство человека, о котором известно, что он невиновен, совершенное подчиненным по приказу, не будет признано приемлемым оправдывающим обстоятельством, если в случае невыполнения приказа ему грозило бы лишь несколько дней ареста»⁵.

Как это часто случается в англосаксонском праве, здесь имеет место определенное смешение приказа вышестоящего начальника и принуждения: когда приказ сверху сопровождается серьезной угрозой смерти для лица, которому адресован приказ, или членов его семьи, речь идет о случае принуждения, который в континентальном праве рассматривается как полностью исключаящий вменение в вину и служащий абсолютным оправданием (см. выше, п. 4.355).

¹ Norway, Supr. Crt., N.D., *Hans, ibid.*, 306–307.

² *Flick case, loc. cit.*, IX, p. 20; *I. G. Farben case, loc. cit.*, X, p. 54, 57; *Zuhlke case*, Cass. néerl., 6 décembre 1948, *ibid.*, XIV, p. 150; *Ohlendorf case, loc. cit.*, p. 666; *List et al. (Hostages trial)*, Nuremberg, U.S. Mil. Trib., 19 Febr. 1948, A. D., 1948, 650.

³ 28 Oct. 1948, A. D., 396–397.

⁴ *I. G. Farben case, loc. cit.*, XIII, p. 69.

⁵ 10 Apr. 1948, A. D., 1948, 666.

Если же этот аспект непреодолимого принуждения отсутствует, так как реальная опасность, которой подвергается подчиненный в случае отказа исполнить полученный приказ, значительно менее серьезна, чем действие, которое ему приказывают совершить, эта опасность может рассматриваться как смягчающее обстоятельство¹.

4.422. Вообще было сказано, что доктрина *Befehl ist Befehl* (приказ есть приказ), которая часто преобладала в Германии во время Второй мировой войны, не имела под собой юридического основания².

Следуя этой доктрине, можно было бы прийти к такому абсурдному выводу: никто, кроме государства и его главы, не несет никакой уголовной ответственности. В уже упоминавшемся нами деле фон Лееба 13 генералов вермахта и один адмирал преследовались, в частности, за передачу своим подчиненным приказов правительства, исполнение которых должно было повлечь за собой военные преступления и преступления против человечности. Американский военный трибунал в Нюрнберге заявил по поводу защиты, основывавшейся на приказе вышестоящих начальников и обязательствах, налагаемых государством:

«Говорить, что только государство, то есть неодушевленная сущность, может нести вину и что никакая вина не может быть вменена его одушевленным представителям, которые разрабатывают и осуществляют его политику, означает полное игнорирование реальности и в правовом плане бой с тенью. Даже при диктатуре, какой бы абсолютной ни была власть диктатора, недопустимо превращать последнего в козла отпущения, на которого взваливались бы грехи всех его правительственных военных подчиненных, а также считать, что, когда он загнан в бункер, и, как предполагается, убит, все грехи и вся вина его подчиненных исчезают вместе с ним»³.

4.423. Еще меньше оснований ссылаться на приказ вышестоящих начальников у лица, которое сознательно и добровольно поставило себя на службу движению или политике, являющимися противоправными. В деле Мильха (*Milch*) обвиняемый был осужден за участие, с одной стороны, в операции по депортации гражданских лиц в места, где их пытали, обращали в рабство и убивали, и, с другой — за привлечение военнопленных к участию в военных усилиях. Американский военный трибунал в Нюрнберге отклонил ссылку на приказ вышестоящих начальников в качестве оправдывающего обстоятельства и показал, что, даже если невыполнение такого приказа иногда заключало в себе опасность, осужденному не следовало заниматься деятельностью, которая могла привести того, кто ее осуществляет, к совершению противоправных деяний:

«Действительно, самоустранение может быть связано с риском и опасностями, но все это — следствия изначального присоединения к несправедливой программе. Тот, кто делает выбор в пользу

¹ Ср.: Hungary, Supr. Ct., decisions of 11 and 20 Sept. 2000, citées et résumées par P. Kovacs in *YIHL*, 2000, p. 519.

² Neth., Spec. Ct. of Cass., 6 Dec. 1948, *Zuhlke, ibid.*, 494–496.

³ 28 Oct. 1948, *A. D.*, 1948, 396; также: Hamburg, Brit. Mil. Ct., 19 Dec. 1949, *Von Lewinski (alias Von Manstein), A. D.*, 1949, 524.

участия в предприятии, которое может окончиться провалом, должен выбирать между тем, чтобы отказаться от этого предприятия, если оно ему не нравится, и тем, чтобы в нем участвовать — и выиграть или проиграть в зависимости от исхода (...). Другие — те, кто храбрее, имели более высокие моральные принципы и были более привержены старым германским идеалам, — восстали и вышли из жестокой клики. Так поступили фон Клаузевиц, Йорк фон Вартемберг (Von Clausewitz, Yorck von Wartemberg) (...). У этих людей, занимавших высокие посты, хватило характера, чтобы отринуть большое зло, и то, что это было связано для них с риском и жертвами, не помешало им сделать выбор в пользу достоинства, справедливости и чести. У обвиняемого тоже была возможность встать в ряды тех, кто отказался участвовать в строительстве здания зла под руководством несправедливого вождя, но он ею не воспользовался, а раскаяние, которое он демонстрирует, пришло слишком поздно...»¹.

Аналогичной линии рассуждения придерживался Кассационный суд Нидерландов в деле Раутера, заявив, что у апелланта тем более нет оснований ссылаться в свое оправдание на приказ вышестоящих начальников, поскольку он добровольно пошел на службу к тем, кто давал ему незаконные приказы, и их деятельность была ему известна:

«...с момента установления нацистского режима апеллонт полностью его принял (...). Он без колебаний примкнул к лагерю Гитлера и его последователей (...). Методы, используемые Гитлером, были ему известны... Следовательно, он сам поставил себя в такое положение, когда ему надлежит нести ответственность за приказы, которые могли ему претить, но избежать исполнения которых было не в его силах»².

4.424. Хотя незаконность приказа не всегда очевидна, во многих случаях было сочтено, что она не должна вызывать сомнений у любого человека, наделенного минимумом здравого смысла. Так, в деле Пелеуса командир и члены экипажа немецкой подводной лодки преследовались за убийство потерпевших кораблекрушение, чье судно было торпедировано этой подводной лодкой. Говоря о ссылке на приказ вышестоящего начальника в качестве оправдывающего обстоятельства, обвинитель (Judge Advocate) заявил:

«Совершенно очевидно то, что ни один моряк или солдат не может иметь при себе библиотеку книг по международному праву или получать прямой доступ к профессору, специализирующемуся в этой области, который сказал бы ему, является ли или не является законным тот или иной конкретный приказ (...), но разве не абсолютно очевидно для нас, что, если выполнение приказа Экка (Eck) связано с убийством беспомощных людей, оставшихся в живых, значит, это приказ незаконный. И вообще незаконность такого приказа должна была бы быть очевидной для любого человека даже с самым зачаточным разумом (...»³.

¹ 17 Apr. 1947, *A. D.*, 1947, 303–304; также: *id.*, 10 Apr. 1948, *Ohlendorf (Einsatzgruppen Trial)*, *A. D.*, 1948, 667.

² *Neth.*, Spec. Cr. of Cass., 12 Jan. 1949, *A. D.*, 1949, 544.

³ Hamburg, Brit. Mil. Cr., 20 Oct. 1945, *A. D.*, 1946, 249–250; aussi, *id.*, 16 Oct. 1946, *Moehle*, *ibid.*, 246–247; Wiesbaden, U.S. Mil. Comm., 15 Oct. 1945, *Hadamard Sanatorium case*, *ibid.*, 253–254; Lüneburg, Brit. Mil. Cr., 17 Nov. 1945, *Auschwitz and Belsen Concentration case*, *ibid.*, 267–268 et réf.; Rome, U.S. Mil. Comm., 12 Oct. 1945, *Dostler* et Brunswick, Brit. Mil. Cr., 2 Aug. 1946, *ibid.*, 280–282; Kwajalein Atoll, Marshall Is., U.S. Mil. Comm., 13 Dec. 1945, *Masuda*, *ibid.*, 286–287.

В деле Келли (1973 г.), в котором обвиняемый преследовался за убийство гражданских лиц во вьетнамских деревнях Сонг Ми и Ми Лаи, Военный апелляционный суд (Court of Military Appeals) высказался следующим образом:

«Действия подчиненного, совершенные в соответствии с незаконным приказом, полученным от его начальника, не вменяются в вину подчиненному и не влекут за собой уголовной ответственности, если этот приказ не таков, что человек с нормальным здравым смыслом и уровнем понимания осознал бы, что при существующих обстоятельствах данный приказ противоположен...»¹.

4.425. Ссылка на приказ вышестоящих начальников как на обстоятельство, исключающее ответственность, была отвергнута, в частности в следующих случаях, когда незаконность приказа не вызывала сомнений:

- казнь военнопленных за попытку побега²;
- казнь комбатантов из состава регулярных вооруженных сил, десантированных в неприятельский тыл для выполнения диверсионных заданий³;
- казнь без суда и следствия участников неприятельских движений сопротивления, не имевших статуса военнопленных⁴, лиц из состава регулярных вооруженных сил, схваченных в гражданском платье⁵, и военнопленных⁶;
- принудительная вербовка эльзасцев для работы в Германии или участия в военных действиях в составе германских вооруженных сил, поскольку обвиняемые знали, что это было незаконным⁷;
- приказ об уничтожении, жестоком обращении, депортировании населения на территории Данцига, преследование евреев, расхищение государственной и частной собственности⁸;
- массовые аресты невиновных под предлогом репрессалий⁹;
- уничтожение следственных материалов о преступлениях в отношении русских военнопленных¹⁰.

¹ *U. S. v. Calley*, 22 C. M. A. 534, 48 C. M. R. 19 (1973) cité par U. S. Crt. of App., District of Col. Cir., 29 Jan. 1991, *Yunis* (n° 3), *ILR*, 88, p. 187.

² Hamburg, Brit. Mil. Crt., 3 Sept. 1947, *Wielen*, *A. D.*, 1946, 292.

³ Wuppertal, *id.*, 10 May 1946, *Buck*, *ibid.*, 293–294.

⁴ *Id.*, *ibid.*; Almelo, Neth. Mil. Crt., 26 Nov. 1945, *Sandrock*, *ibid.*, 297–298.

⁵ Essen, Brit. Mil. Crt., 26 June 1946, *Schonfeld*, *ibid.*, 299.

⁶ Augsburg, U. S. Mil. Comm., 13 June 1945, *Thiele*, *ibid.*, 305–306 et réf.

⁷ Strasbourg, trib. mil. perm. fr., 3 mai 1946, *Wagner*, *ibid.*, 385–387.

⁸ Poznan, Supr. Nat. Trib. of Poland, 7 July 1946, *Greiser*, *ibid.*, 387–391; Norway, Eidsivatinglagmannsrett, 20 March 1946, *Bruns*, *ibid.*, 391–394; *Milch*, aff. précitée, *A. D.*, 1947, 303–304; Poland, Supr. Nat. Trib., Crakow, 10 July 1948, *Buhler*, *A. D.*, 1948, 680–682.

⁹ Neth., Spec. Crt. of Cass., 20 March 1950, *A. D.*, 1950, 393.

¹⁰ Finland, Supr. Crt., 26 Aug. 1947, *A. D.*, 1949, 392–393.

4.426. Конечно, явно незаконный характер приказа и риск, связанный с неповиновением, должны оцениваться *in concreto*¹. В деле Эйхмана Верховный суд Израиля отметил, что обвиняемый, вместо того чтобы стремиться к спасению своей жизни,

«неизменно выполнял приказ об уничтожении *сop amoge*, то есть со всем возможным рвением и приверженностью порученной работе»².

Приказ совершить геноцид или преступление против человечности считается «явно незаконным» (Статут МУС, ст. 33, п. 2)³.

4.427. Об отклонении ссылки на приказ сверху в качестве оправдывающего обстоятельства не говорится ни в Женевских конвенциях от 12 августа 1949 г., ни в Дополнительных протоколах от 8 июня 1977 г., так как в период разработки этих документов многие государства считали такой принцип несовместимым с нормами подчинения приказам вышестоящих начальников, принятыми в национальных законодательствах⁴.

То, что этот принцип не был вписан в данные документы, не означает, однако, его исчезновения⁵. Этот принцип, подтвержденный неявным образом Генеральной Ассамблеей ООН в резолюции 95 (I)⁶ и явным образом Комиссией международного права как в формулировке принципов нюрнбергского права в 1950 г.⁷, так и в Проектах кодекса преступлений против мира и безопасности человечества 1954 г. (ст. 4)⁸, 1991 г. (ст. 12)⁹ и 1996 г. (ст. 5)¹⁰, присутствует также в Конвенции ООН от 10 декабря 1984 г. против пыток (ст. 2, п. 3)¹¹, в Уставах Международных уголовных трибуналов (ст. 7, п. 3/6, п. 3) и Статуте МУС (ст. 33) (см. выше, п. 4.349), в Декларации Генеральной Ассамблеи ООН от 18 декабря 1992 г. о защите всех лиц от насильственных исчезновений (ст. 6, п. 1) и в Декларации Генеральной Ассамблеи ООН от 9 декабря 1998 г. о праве и обязанности отдельных лиц, групп и органов общества поощрять и защищать общепризнанные права человека и основные свободы (ст. 10). Поэтому долг не подчиняться заведомо незаконному приказу совершенно справедливо охарактеризован как обычная норма, применимая во внутренних и международных вооруженных конфликтах (Обычное МГП, нормы 154–155).

¹ См., помимо приведенных выше решений: *Greifelt case, loc. cit.*, XIII, p. 69.

² *Loc. cit.*, p. 318.

³ Cass. Fr., crim. 12 janv. 1997, *Papon, Bull. crim.*, 1997, p. 86, цит. по: *AFDI*, 1998, p. 703.

⁴ DAVID, E., «L'excuse de l'ordre supérieur...», *loc. cit.*, pp. 68–69.

⁵ BLISCHENKO, in *Les dimensions internationales...*, *op. cit.*, p. 342.

⁶ Генеральная Ассамблея «подтверждает принципы... признанные Нюрнбергским трибуналом».

⁷ *Ybk. of the ILC*, 1950, II, pp. 374–378.

⁸ *Rapport CDI*, 1954, *op. cit.*, pp. 11–12.

⁹ *Rapport CDI*, 1991, p. 279.

¹⁰ *Rapport CDI*, 1996, p. 48.

¹¹ Ср. также рез. ГА ООН A/Res. 55/89 «Пытки и другие жестокие, бесчеловечные или унижающие достоинство виды обращения и наказания», 4 декабря 2000 г., п. 10.

4.428. В бельгийском праве предпочтение отдается принципу «умных штыков». Согласно ст. 11, п. 2, закона от 14 января 1975 г. о дисциплинарном уставе вооруженных сил,

«военнослужащие должны точно выполнять приказы, которые им отдают их начальники в интересах службы. Однако приказ не может быть выполнен, если его выполнение повлечет за собой совершение преступления или правонарушения»¹.

Ст. 136octies Уголовного кодекса Бельгии (см. выше, п. 4.384) отвергает ссылку на приказ вышестоящего начальника в качестве оправдывающего обстоятельства в случае совершения преступления по МГП.

Одно бельгийское научное общество — Семинар по военному уголовному праву и праву войны — предложило добавить к ст. 11 закона 1975 г., на который мы ссылались выше, еще один пункт, который вменял бы в обязанность подчиненному, когда он получает заведомо незаконный приказ, просить отдавшего этот приказ начальника его подтвердить, и последний обязан выполнить эту просьбу. Отличная идея! А вот дальше все уже не так хорошо, потому что там есть уточнение. Если начальник подтвердил явно незаконный приказ, подчиненный не должен его исполнять. Но если подчиненный ошибся в оценке заведомой незаконности приказа, то он совершает акт неповиновения². Странная ситуация, в которой подчиненный не имеет права на ошибку: если он считает незаконный приказ законным, тогда он совершает правонарушение, выполняя его; если он считает законный приказ незаконным и не исполняет его, то опять совершает правонарушение, отказавшись повиноваться. Чтобы выйти из этого тупика, следовало бы предусмотреть систему презумпций типа: мнение начальника перевешивает мнение одного, двух или X подчиненных или наоборот: мнение подчиненного перевешивает, если его разделяют X других подчиненных.

4.429. Примеров неповиновения заведомо незаконным приказам вполне достаточно. Достаточно вспомнить о молодых людях, которые, достигнув призывного возраста, предпочли стать дезертирами, чтобы не участвовать в войне, которую они осуждают по моральным соображениям и в ходе которой совершаются многочисленные нарушения МГП. Так поступали молодые французы во время войны в Алжире (1954–1962 гг.), молодые португальцы во время войн, которые велись в португальских колониях (1962–1973 гг.), молодые американцы во время войны во Вьетнаме (1965–1975 гг.) и т. д.

Есть и более свежий пример: 27 летчиков израильских ВВС публично отказались выполнять боевые задачи над палестинскими территориями ввиду того, что это приводит к жертвам среди гражданского населения³.

b) Состояние крайней необходимости

4.430. Состояние крайней необходимости неприемлемо в качестве обстоятельства, исключающего ответственность за военные преступления, как это неявным образом вытекает из ст. 1 и 3, общих для Женевских конвенций 1949 г.

¹ M. B., 1^{er} février 1975; pour un commentaire, DAVID, «L'excuse de l'ordre supérieur...», *loc. cit.*, pp. 65–77.

² Document du 4 mai 2001.

³ *Le courrier international*, 30 sept. 2003.

По мнению Комиссии международного права, право вооруженных конфликтов явным или неявным образом отвергает состояние крайней необходимости как обстоятельство, исключающее незаконность нарушения международного гуманитарного права, кроме случаев, когда исключение предусматривается самим этим правом¹.

Кстати, данное исключение отклонялось в судебной практике при расследовании военных преступлений, совершенных в 1940–1945 гг.² В деле фон Левинского (он же фон Манштейн) (*Von Lewinski (alias Von Manstein)*) обвинитель заявил, что «военная необходимость» и так принимается в расчет нормами права войны и что если бы допускались утверждения о «преобладании военной необходимости над правилами ведения военных действий», результатом стало бы, как справедливо сказал Струпп (*Strupp*),

«упразднение всяких законов ведения войны, поскольку любую норму можно было бы объявить неприемлемой на том основании, что она противоречит военной необходимости»³.

Аналогичным образом в деле Круппа американский военный трибунал в Нюрнберге, обсуждая состояние крайней необходимости, пришел к выводу, что законы ведения войны «включают в себя положения, относящиеся к таким критическим обстоятельствам», и тут же высказал следующее соображение:

«Утверждать, что они не являются обязательными и зависят исключительно от произвола любого воюющего, независимо от того, считает ли он свое положение критическим, в принципе означает ни много ни мало полную отмену законов и обычаев войны»⁴.

Напротив, судебная практика допускала непреодолимое принуждение⁵, однако напомним, что, как известно, оно не имеет ничего общего с состоянием крайней необходимости, поскольку в отличие от последней не оставляет места для свободы выбора. Те редкие случаи, когда признавалось состояние крайней необходимости, не были связаны с военными преступлениями⁶.

¹ Проект статей об ответственности государств за международно-противоправные деяния, Доклад Комиссии международного права 2001, документ ООН A/56/10, п. 77, *sub*, комментарий к ст. 25, № 19; см. также: *Ann. CDI*, 1980, II, 2^e partie, p. 45; в том же смысле: Мейровитц, Н., «Le principe ...», *op. cit.*, p. 116; pour d'autres ex., Нгунгеко, *in RICR*, 1991, pp. 127 ss.; McCoubrey, Н., «The Nature of the Modern Doctrine of Military Necessity», *R.D.M. D.G.*, 1991, pp. 221, 229–231, 234–237.

² См., например: *German High Command Trial*, Nuremberg, U.S. Milit. Trib., 28 oct. 1948, *ILR*, 15, pp. 397–398; *Krupp et al., id.*, 30 June 1948, *ibid.*, p. 628; *List et al. (Hostages Trial), id.*, 19 Febr. 1948, *ibid.*, p. 647; *Von Lewinski (alias Von Manstein)*, Hamburg, Brit. Milit. Crt., 19 Dec. 1949, *ILR*, 16, p. 512; *Rauter*, Cass. néerl., 12 Jan. 1949, *ibid.*, pp. 533 et 543; *Auditeur milit. c. Krumkamp*, C. mil. Brabant, 8 févr 1950, P. 1950, III, pp. 35–40; в то же время см. два дела, в которых было признано, что ссылка на состояние крайней необходимости теоретически возможна, но не уточнялось, в какой мере и при каких обстоятельствах это может быть сделано: *The Peleus*, British Milit. Crt., Hamburg, 20 Oct. 1945, *ILR*, 13, p. 249; *German Fed. Supr. Crt.*, 6 May 1952, *ILR*, 19, p. 597.

³ Hamburg, Brit. Mil. Crt., 19 Dec. 1949, *A. D.*, 1949, 512–513.

⁴ 30 June 1948, *A. D.*, 1948, 628.

⁵ *Flick et al.*, U.S. Milit. Trib., Nur., 22 Dec. 1947, *ILR*, 14, pp. 269–270; *Roehling et al.*, Trib. fr. en All., Rastadt, 30 June 1948, *ILR*, 15, p. 406; *Krupp et al.*, U.S. Milit. Trib., Nur., 30 June 1948, *ibid.*, p. 631.

⁶ Например, для случаев реквизиций во время войны: *Reichsgericht allemand, Civil Matters*, 5 Nov. 1924, *A. D.*, 2, 428–429.

4.431. Однако практика фиксирует два исключения из вышеуказанных принципов, но оба эти исключения носят слишком чрезвычайный характер и не могут претендовать на то, чтобы считаться выражением ясного и четкого намерения государств изменить действующее право.

1° Как мы видели, Статут МУС допускает состояние крайней необходимости в качестве основания для освобождения от уголовной ответственности для преступлений, предусмотренных Статутом, причем независимо от того, идет ли речь о чисто жизненной необходимости или просто о военной необходимости, лишь бы она была жизненно важной (Статут, ст. 31, 1, с): это исключение настолько отступает от основополагающих принципов права вооруженных конфликтов, что его можно считать если и не ничтожным, то несуществующим (см. выше, п. 4.352).

2° И наоборот, как мы могли констатировать, Устав МТБЮ отвергает непреодолимое принуждение как оправдывающее обстоятельство, хотя оно подразумевает исключение важнейшего элемента уголовной ответственности за деяния, предусмотренные Статутом, то есть умысла. Этот вопрос составители Статута продумали гораздо лучше, чем положение о состоянии крайней необходимости, и отвергли эту концепцию, допустив принуждение как основание для освобождения от ответственности (Статут, ст. 31, 1, d; см. выше, п. 4.355).

4.432. В Бельгии из комментариев Генерального штаба к ст. 11, п. 2, дисциплинарного устава вооруженных сил следовало, что состояние крайней необходимости может послужить оправданием для нарушений международного гуманитарного права. Эти комментарии стали предметом обширной полемики в бельгийских политических и академических кругах¹ (см. ниже, п. 5.64).

Министр обороны Бельгии в конечном счете признал в 1983 г., «что жизненный интерес нации» не может «во всех случаях считаться более важным, чем некоторые основополагающие ценности гуманитарного права»², и поручил своему аппарату пересмотреть этот спорный комментарий³.

Ст. 136octies, п. 1, Уголовного кодекса Бельгии гласит:

«Никакой интерес, никакая необходимость политического, военного или национального характера не может оправдать нарушения, определенные в ст. 136bis, 136ter, 136quater (геноцид, преступления против человечности, военные преступления), 136sexies и 136septies, даже если они совершаются в порядке репрессалий».

Таким образом, ссылка на состояние крайней необходимости неприемлема для всех серьезных нарушений Женевских конвенций и Дополнительных протоколов, перечень которых приводится в ст. 1. Также она неприемлема для отдельных умышленных деяний по подготовке нарушений (ст. 136sexies), приказа, пред-

¹ DAVID, «L'état de nécessité ...», *loc. cit.*, pp. 65–84.

² *Id.*, in Chron. SALMON-ERGEC, *RBDI*, 1986, pp. 481–482.

³ *Ibid.*

ложения, попытки совершения нарушений или подстрекательства к ним, участия в них, непринятия мер для предотвращения их совершения (ст. 13*septies*) — естественно, без ущерба для случаев, когда международный документ сам предусматривает состояние крайней необходимости (медицинские действия, нападения, приводящие к сопутствующим потерям среди гражданского населения).

4.433. Относительно преступлений против человечности в признающих такие деяния преступными документах, как правило, не говорится, что состояние крайней необходимости не является оправдывающим обстоятельством, но тут все достаточно очевидно, и трудно представить, чтобы состояние крайней необходимости могло послужить оправданием для преступлений против человечности. Так, в ст. 2, п. 2, Конвенции ООН от 10 декабря 1984 г. против пыток и других жестоких, бесчеловечных и унижающих достоинство видов обращения и наказания четко сказано:

«Никакие исключительные обстоятельства, какими бы они ни были, будь то состояние войны или угроза войны, внутренняя политическая нестабильность или любое другое чрезвычайное положение, не могут служить оправданием пыток».

Карфагенская межамериканская конвенция от 9 декабря 1985 г. о предупреждении и пресечении пыток (ст. 5)¹ и Декларация Генеральной Ассамблеи ООН от 18 декабря 1992 г. о защите всех лиц от насильственных исчезновений (A/Res. 47/133, ст. 7; Конвенция 2006 г., ст. 1, п. 2) содержат аналогичное положение.

Проект кодекса преступлений против мира и безопасности человечества также предусматривает в редакции 1991 г., что на ответственность за совершение какого-либо из этих преступлений

«не влияют мотивы, не имеющие отношения к определению преступления, на которые мог бы сослаться обвиняемый» (ст. 4).

В своем комментарии Комиссия уточняет, что «никакой мотив, какова бы ни была его природа, не может служить оправданием для преступления против мира и безопасности человечества»².

Текст редакции 1996 г. (ст. 14) более нейтрален, но комментарий к нему констатирует, что, по мнению Комиссии ООН по военным преступлениям, «средства защиты, основанные на военной необходимости, чаще отвергались, чем принимались в качестве оправдывающего или смягчающего обстоятельства»³.

Мы не будем возвращаться к Статуту МУС, который наперекор любому здравому (гуманитарному...) смыслу, признает такие средства (см. выше, п. 4.431)...

¹ См.: *ILM*, 1986, p. 521.

² *Rapport CDI*, 1991, p. 277.

³ *Rapport CDI*, 1996, p. 99.