

Некоторые размышления об ответственности командования и уголовной ответственности

Джейми Аллан Уильямсон*

Джейми А. Уильямсон является региональным юридическим советником МККК.

Краткое содержание

Международное гуманитарное право возлагает на командиров задачу обеспечить соблюдение подчиненными этого свода норм. Командиры не только обязаны провести подготовку по вопросам МГП для лиц, находящихся под их командованием, но и принять меры, необходимые для предупреждения нарушений и наказания подчиненных, совершивших нарушения МГП. Если командир не принимает соответствующих мер, возникает уголовная ответственность, часто называемая ответственностью вышестоящего начальника. В настоящей статье рассматриваются как с практической, так и с правовой точек зрения, некоторые вопросы, возникающие в связи с применением и развитием этой формы ответственности.

* Настоящая статья отражает точку зрения автора и не совпадает с мнением МККК.



Царь — подданным зеркало, книга, знание,
Он всем пример, урок и назиданье¹.

В соответствии с международным гуманитарным правом (МГП) командиры обязаны обеспечить соблюдение своими войсками этого свода правовых норм во время вооруженных конфликтов и боевых действий. В случае невыполнения этой обязанности командир может понести ответственность. Просто «неисполнение обязанности», то есть обязанности, выполнение которой ожидается от лица этого звания, рассматривается в рамках дисциплинарной системы. Однако, если командир не предотвращает нарушение МГП, совершаемое его подчиненными, или не наказывает их за такие нарушения, вероятнее всего будет иметь место уголовное преследование и наказание будет соответствовать тяжести и характеру преступления, совершенного его подчиненными². Действительно, в силу своего положения, позволяющего осуществлять контроль над личным составом и подчиненными, и в силу своего влияния и ответственности начальника командир или другой начальник обязан предпринимать действия, направленные на предотвращение нарушений МГП, совершаемых подчиненными. В сущности, ответственность командира возникает либо в случае невыполнения им своей обязанности, либо за упущение. Не выполнив свою обязанность начальника предпринять действия для обеспечения соблюдения МГП, он будет рассматриваться как лицо, отвечающее за поведение своих подчиненных, а в некоторых случаях даже как лицо более виновное, чем они. Это не означает, что на подчиненных не возлагается никакой вины: они также обязаны соблюдать МГП и будут нести персональную ответственность за нарушения.

В настоящей статье будут рассмотрены отдельные вопросы, возникающие в связи с применением и развитием этой формы ответ-

1 Уильям Шекспир, *Луcreция*. Пер. А. Федорова.

2 См. Международный уголовный трибунал по бывшей Югославии (МТБЮ), решение, вынесенное по апелляции в деле о деревне Челебичи (*Appeals Judgement in Čelebići case*, Case No. IT-96-21-A, 20 February 2001, at 226): «Статья 7 (3) Устава [МТБЮ] касается ответственности начальника, возникающей в результате бездействия, несмотря на то, что он знал или должен был знать о возможном преступлении. Пренебрежение обязанностью приобрести такое знание не фигурирует, однако в данном положении в качестве отдельного преступления, и поэтому начальник не несет ответственности в соответствии с этим положением за подобное упущение, но только за неприятие необходимых и разумных мер для предотвращения правонарушения или для наказания за него».

ственности, которая называется ответственность командования или ответственность вышестоящего начальника и которая влечет за собой уголовную ответственность командира. Краткое рассмотрение принципа ответственности командования сопровождается комментарием. Он касается стандартов *mens rea* (субъективной стороны преступления), применимых в отношении военных начальников и гражданских официальных лиц; «необходимых и разумных» мер, которые, как ожидается, они должны принять для предупреждения преступлений; определения применимых приговоров и связанного с этим вопроса о незаконных приказах.

Ответственность командования

Вопрос о том, можно ли считать, что командир несет уголовную ответственность за нарушения МПГ, совершенные его подчиненными, был центральным в деле Ямашиты, которое пересматривалось Верховным судом США в 1946 г.³ Генерал Томуюки Ямашита, командующий японскими силами на Филиппинах в 1944–1945 гг., обвинялся в невыполнении своих обязанностей по контролю над действиями находящихся под его командованием лиц, которые нарушали право войны. В решении, вынесенном большинством голосов и оглашенном председательствующим судьей Стоуном, был отражен принцип, в соответствии с которым законы войны налагают на армейского командира обязанность принимать в рамках его полномочий по осуществлению контроля над войсками, находящимися под его командованием, такие меры, которые не позволяют его подчиненным совершать нарушения права войны. По мнению суда, отсутствие такой позитивной обязанности командиров предотвращать нарушения права войны противоречило бы самой цели этого права. Суд постановил: «Совершенно очевидно, что ведение боевых действий войсками, неумеренность которых, не ограничивается приказами или усилиями командира, почти наверняка приведет к нарушениям. Предотвращение этих наруше-

3 *In Re Yamashita No. 61*, Misc. Supreme Court of the United States 327 US 1; 66 S. Ct. 340; 90 L. Ed. 499; 1946 U.S. LEXIS 3090. Соответствующее обвинение, выдвинутое против генерала Ямашиты, заключалось в следующем: «Право войны возлагает на военного командира обязанность принимать в рамках его полномочий по осуществлению контроля над войсками, находящимися под его командованием, меры, направленные на предотвращение деяний, являющихся нарушениями права войны и часто сопровождающих оккупацию территории противника неконтролируемыми солдатами; можно признать, что он несет персональную ответственность за непринятие таких мер, если нарушения имеют место».

ний и является задачей права войны. Его цель, заключающаяся в предоставлении гражданскому населению и военнопленным защиты от жестокости, окажется в значительной степени недостижимой, если командование вторгающейся армии будет безнаказанно пренебрегать принятием необходимых разумных мер. Поэтому право войны предполагает, что его нарушения должны предотвращаться благодаря контролю над военными операциями, осуществляемому командирами, которые в определенной степени несут ответственность за действия своих подчиненных».

Таким образом, считалось, что у командиров есть четкая обязанность контролировать поведение своих подчиненных и обеспечивать соблюдение ими МПП. Если командир не делает этого и случаи нарушения МПП имеют место, последует уголовное преследование и соответствующее наказание⁴. Как справедливо указывалось в деле «Соединенные Штаты против Вильгельма фон Лееба и др.» (Дело верховного командования), которое рассматривалось после Второй мировой войны, «в соответствии с основными принципами полномочий и ответственности командования, офицер, который просто наблюдает за тем, как его подчиненные выполняют преступный приказ его начальства, о преступном характере которого ему известно, нарушает нравственное обязательство согласно международному праву. Действуя таким образом, он не может согласно международному праву снять с себя ответственность»⁵.

Если говорить о МПП, то потребовалось еще тридцать лет для того, чтобы эти принципы были кодифицированы в конвенции. Прецеденты, установленные в делах, рассматривавшихся после Второй мировой войны, включая упомянутое выше и дела, которые рассматривались Военным трибуналом для Дальнего Востока (Токийский трибунал) и Военным трибуналом США в Нюрнберге, в определенной степени повлияли на текст статьи 86 (Непринятие мер) Дополнительного протокола I от 1977 г. к Женевским конвенциям 1949 г. (Дополнительный протокол I):

«1. Высокие Договаривающиеся Стороны и стороны, находящиеся в конфликте, должны пресекать серьезные нарушения и прини-

4 В конечном счете, Верховный суд США поддержал смертный приговор, вынесенный генералу Ямашита Военной комиссией.

5 *United States v. Wilhelm von Leeb et al., Trials of War Criminals before the Nuremberg Military Tribunals under Control Council Law No. 10, Vol. XI* (US Govt. Printing Office, Washington, 1950), at 1230, 1303.

мать необходимые меры для пресечения всех других нарушений Конвенций или настоящего Протокола, являющихся результатом непринятия мер, которые должны были быть приняты.

2. Тот факт, что нарушение Конвенций или настоящего Протокола было совершено подчиненным лицом, не освобождает его начальников от уголовной или дисциплинарной ответственности в зависимости от случая, если они знали или имели в своем распоряжении информацию, которая должна была бы дать им возможность прийти к заключению в обстановке, существовавшей в то время, что такое подчиненное лицо совершает или намеревается совершить подобное нарушение, и если они не приняли всех практически возможных мер в пределах своих полномочий для предотвращения или пресечения этого нарушения».

Ответственность командования признается сейчас военными уставами и руководствами многих государств, и само понятие стало предметом дальнейшей разработки, в частности различными международными уголовными трибуналами как в их учредительных документах, так и в их судебной практике⁶. Уставы Международного уголовного трибунала по Руанде (МУТР) и Международного уголовного трибунала по бывшей Югославии (МТБЮ) предусматривают:

«Тот факт, что любое из деяний, упомянутых в настоящем Уставе, было совершено подчиненным, не освобождает его начальника от уголовной ответственности, если он знал или должен был знать, что подчиненный собирается совершить или совершил такое деяние, и если начальник не принял необходимых и разумных мер по предотвращению таких деяний или наказанию совершивших их лиц».

- 6 Например, Руководство по праву вооруженных конфликтов Соединенного Королевства разъясняет: «Военные командиры несут ответственность за предотвращение нарушений права (включая право вооруженных конфликтов) и за принятие необходимых дисциплинарных мер. Командир будет нести уголовную ответственность, если он участвует в совершении военного преступления... особенно если он отдает приказ о его совершении. Кроме того, он также несет уголовную ответственность, если он знал или должен был знать «в обстановке, существовавшей в то время», что военные преступления совершаются или должны совершаться, и не принял «всех практически возможных мер в пределах своих полномочий для предотвращения или пресечения этого нарушения» и не передал этот вопрос соответствующим компетентным властям для расследования и судебного преследования». Ministry of Defence, *Manual of the Law of Armed Conflict*, Oxford University Press, Oxford, 2004, para 16.36.

Основной причиной для развития этой формы ответственности именно в международной уголовной сфере является признание следующего факта: преступления часто совершаются лицами, находящимися на низших ступенях гражданской или военной иерархии, потому что их начальники не предотвратили и не пресекли их совершение⁷. Как сказано выше, существует единодушное мнение, что ответственность командования необходима для того, чтобы можно было вести уголовное преследование не только в отношении лиц, непосредственно совершающих преступления. Без такой формы ответственности начальники могли бы оправдаться в случае совершения любого преступления, сославшись на то, что подчиненные совершали преступления не по приказу, или на то, что они сами не присутствовали в месте совершения правонарушения. Сейчас право сформулировано четко: командир обязан предпринять соответствующие шаги, если действия, совершаемые подчиненными, являются или могут являться нарушениями МП, и предотвратить или пресечь их.

Условия для определения ответственности командования

Судебная практика международных уголовных трибуналов свидетельствует о том, что существует общее понимание того, что для установления наличия ответственности командования необходимы три элемента. Во-первых, должны существовать отношения начальник–подчиненный. Как разъясняется в Комментарий МККК к статье 86 Дополнительного протокола I, «нас интересует только начальник, который несет личную ответственность за лицо, совершившее соответствующее деяние, потому что последнее, будучи подчиненным, находится под его контролем ... Понятие «начальник» ... должно рассматриваться в рамках иерархии, включающей понятие контроля»⁸. Это могут быть де-юре или де-факто отношения, и осуществление эффективного командования, контроля или властных полномочий должно быть решающим фактором⁹. Во-вторых, начальник знал или мог знать,

7 См. A. Cassese, *International Criminal Law*, Oxford University Press, Oxford, 2003, p. 205.

8 *Commentary to Protocol Additional to the Geneva Conventions of 12 August 1949, and relating to the Protection of Victims of International Armed Conflicts (Protocol I)*, 8 June 1977 (Commentary), ICRC/Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, 1987, p. 1013.

9 См. ICTY Appeals Judgement in *Prosecutor v. Delalić et al. (Čelebići)*, Case No. IT-96-21-A, 20 February 2001, at 195: «Полномочия или власть, дающие возможность предотвратить или наказать, не возникают исключительно в силу юридических властных полномочий, получен-

что одни или несколько его подчиненных совершили или намереваются совершить преступное деяние. В-третьих, начальник не принял необходимых и разумных мер по предотвращению совершения указанных деяний или наказанию за них. Как будет показано ниже, последние два элемента являлись предметом рассмотрения во многих случаях судебной практики.

Требование знать: военные командиры и другие начальники

Традиционно степень и характер «знания», требуемого от начальника относительно действий подчиненных, были одинаковыми в случае как с военными командирами, так и с другими начальниками (например, министрами, мэрами и директорами предприятий), независимо от занимаемой должности. Это нашло отражение в Норме 153 исследования обычного права, проведенного МККК: для того чтобы ответственность возникала в отношении обеих категорий начальников, необходимо доказать, что начальник либо *знал*, либо *мог знать*¹⁰.

В то время как по вопросу об установлении того, что начальник знал, не было особых разногласий, понятие *мог знать* — форма предполагаемой осведомленности — стало предметом дебатов в ходе судебных разбирательств. Статья 86 (2) Дополнительного протокола I проливает некоторый свет на это понятие, утверждая, что как считается, начальники несут ответственность, если они имели в своем распоряжении информацию, которая должна была бы дать им возможность прийти к заключению в обстановке, существовавшей в то время, что подчиненное лицо совершает или намеревается совершить наруше-

ных в результате официального назначения. Во многих современных конфликтах могут существовать только фактические самопровозглашенные правительства и, следовательно, фактические (*de facto*) армии и полувойсковые группировки, подчиняющиеся ему. Командные структуры, созданные в спешке, могут быть довольно хаотичными и примитивными. Обеспечение соблюдения права в этих обстоятельствах требует определения подотчетности не только отдельных правонарушителей, но и их командиров или других начальников, которые, согласно имеющимся свидетельствам, осуществляли над ними контроль, не будучи, однако, официально уполномоченными или назначенными. Трибунал мог бы оказаться не в состоянии применить гуманитарное право в отношении фактических начальников, если бы он в качестве доказательства власти командира принимал только официальное уведомление о полномочиях, несмотря на тот факт, что начальники в соответствующее время действовали, имея все полномочия, которыми обычно располагают официально назначенные начальники или командиры».

10 Жан-Мари Хенкергс, Луиза Досвальд-Бек (ред.), *Обычное международное гуманитарное право*. Москва, МККК, 2006, с. 715–720.

ние. Из-за небольшого различия между английским и французским текстами Дополнительного протокола I Комментарий МККК к Протоколу разъясняет, что информация, которую начальник имел в своем распоряжении, должна быть такой, чтобы *дать ему возможность* прийти к заключению, а не *должна была бы дать ему возможность* прийти к заключению¹¹.

Другими словами, в распоряжении начальников должна быть определенная информация, которая свидетельствует о совершении нарушений МПП подчиненными. Такой стандарт удовлетворял Апелляционные камеры как МУТР, так и МТБЮ:

«[С]тандарт ‘мог знать’ не требует установления фактического знания, явного или косвенного. Не требует он и того, чтобы Камера получила доказательства, что обвиняемый действительно знал, что преступления были совершены или существовало намерение совершить их. Он просто требует, чтобы Камера получила доказательства того, что обвиняемый располагал «некоторыми общими сведениями, которые могли свидетельствовать о том, что его подчиненные могут совершить незаконные деяния»¹².

Интересно, что Римский статут Международного уголовного суда (МУС) в статье 28 устанавливает два отдельных стандарта. Для военных командиров критерий остается таким же — он либо знал, либо в обстановке, существовавшей в то время, должен был знать, что силы, находящиеся под его командованием совершали или имели намерение совершить такие преступления.

В отличие от этого для возникновения ответственности в отношении других начальников — не военных командиров необходимо было показать, что лицо либо знало, либо *сознательно проигнорировало информацию, которая явно указывала* на то, что подчиненные совершали или намеревались совершить такие преступления. Такой подход был принят в деле Кайишемы и Рузинданы, рассматриваемом МУТР. Здесь Судебная камера, процитировав с одобрением статью 28 Статута МУС, постановила касательно ответственности командования, когда речь шла о гражданских официальных лицах:

11 Commentary, p. 1013, см. выше примечание 8.

12 *Prosecutor v. Bagilishema*, Judgement (Reasons), Case No. ICTR-95-1 A-A, 3 July 2002 (*Bagilishema Judgement*), para. 28.

«Принимая во внимание назначение статьи 6 (3), которое заключается в том, чтобы установить личную уголовную ответственность за такие серьезные преступления, как геноцид, преступления против человечности и нарушения общей статьи 3 Женевских конвенций, а также Дополнительного протокола II к ним, Камера считает, что обвинение должно доказать, что обвиняемый в этом деле либо знал, либо *сознательно проигнорировал информацию*, которая явно указывала на то или свидетельствовала о том, что подчиненные совершали или намеревались совершить деяния в нарушение статей 2–4 Устава настоящего Трибунала¹³. (Выделено автором.)

Таким образом, Статут МУС вводит дополнительный элемент, который должен быть принят во внимание при определении наличия необходимой *mens rea* (субъективной стороны преступления) для того, чтобы признать невоенного начальника ответственным в силу принципа ответственности командования. Необходимо не только показать, что начальник располагал информацией о действиях своих подчиненных, но и то, что начальник *сознательно проигнорировал* такую информацию. Другими словами, что он решил не рассматривать ее и не предпринимать в связи с ней каких-либо действий. Кроме того, информация должна *четко указывать*, что подчиненные совершили или имели намерение совершить преступления. В некоторой степени это положение идет дальше, нежели стандарт, разработанный МУТР и МТБЮ, в соответствии с которым информация должна просто служить предупреждением начальнику о *возможных* незаконных действиях его подчиненных. Поэтому в соответствии со Статутом МУС должен быть удовлетворен критерий *определенности*, а не *возможности* в отношении совершения преступлений, если речь идет о невоенных начальниках.

Несмотря на заслуги МУС и на стандарт, принятый в деле Кайишемы и Рузинданы, возникают спорные вопросы, как юридический, так и политический. Выше указывалось, что одной из основных целей положения об ответственности вышестоящего начальства являлось наказание тех лиц, находящихся на верхних ступенях иерархической лестницы, которые, не используя оружие непосредственно, считаются тем не менее с точки зрения уголовного права лицами, несущими

13 *Prosecutor v. Clément Kayishema & Obed Ruzindana*, Judgement, Case No. ICTR-95–1-T, 21 May 1999, at 228.

ответственность за то, что не предприняли соответствующих шагов по осуществлению контроля над своими подчиненными и по их наказанию. Положение об ответственности вышестоящего начальства оказалось крайне полезным для того, чтобы обвинители международных трибуналов могли предать правосудию глав правительств, министров и других гражданских высокопоставленных лиц, которые в этом своем качестве гражданских руководителей совершенно очевидно играли существенную роль, наблюдая за нарушениями МГП, преступлениями против человечности и геноцидом и руководя ими, не обязательно даже присутствуя в зонах боевых действий или там, где совершались преступления.

Наличие требования показать, что невоенные начальники «сознательно проигнорировали» информацию, которая «явно указывала» на то, что подчиненные предпринимали конкретные незаконные действия, делает еще более настоятельной необходимость доказать это, при определении ответственности вышестоящего начальства. Поэтому может стать труднее эффективно преследовать в судебном порядке невоенных командиров за нарушения МГП, используя положение об ответственности командования. Здесь может быть выдвинут аргумент, что такое применение иного и более строгого требования *mens rea* по отношению к невоенным начальникам может только ослабить борьбу с безнаказанностью, поскольку многие обвиняемые в международных уголовных трибуналах являются гражданскими руководителями.

И все же можно также утверждать, что эта дифференциация оправдана в той степени, в какой в гражданской обстановке отношения начальник–подчиненный чаще всего строятся на осуществлении фактического, а не правового контроля. Существование сравнительно более формальных и институционализированных отношений в вооруженных силах делает более строгим требование к военным командирам принимать меры на основании имеющейся информации, даже если в такой информации просто высказывается предположение и нет четкого указания на то, что нарушения МГП совершаются их подчиненными.

«Необходимые и разумные» меры

В соответствии со статьей 86 (2) Дополнительного протокола I начальники должны принять все «практически возможные меры» в пределах своих полномочий для предотвращения или пресечения нарушения

МПП, совершаемого их подчиненными. В международном уголовном праве общепринятым стандартом является непринятие начальником «необходимых и разумных мер» в рамках его полномочий для предотвращения или пресечения совершения преступлений его подчиненными. Большинство национальных правовых систем предоставляют краткие определения термина «разумные», а также термина «необходимые», хотя таких определений меньше. В международной уголовной судебной практике говорится о критерии «разумности в сложившихся обстоятельствах» и наблюдается тенденция рассматривать «разумность» и «необходимость» вместе¹⁴. Однако применение такого критерия по отношению к серьезным нарушениям МПП, преступлениям против человечности и геноциду может оказаться проблематичным.

Дела, в которых рассматриваются серьезные нарушения МПП, преступления против человечности и геноцид, если их сравнивать с большинством дел о бытовых преступлениях, представляют собой сложный набор фактов, в них часто фигурируют несколько преступников и многочисленные жертвы. Такие преступления обычно совершаются в ситуациях, когда разрушена нормальная структура общества и знакомый порядок подчинения, где все перемешано — гражданские лица и военнослужащие, жертвы и палачи. Как сказал судья Мэрфи в своем особом мнении по делу Ямашиты:

«Обязанности, а также возможности по осуществлению контроля над войсками могут быть разными в зависимости от характера и напряженности каждого конкретного сражения. Для того чтобы обнаружить незаконное отступление от выполнения обязанностей в боевых условиях, нужны трудные и спекулятивные расчеты. Такие расчеты становятся крайне ненадежными, если производятся победителем по отношению к действиям поверженного противника. Вряд ли будут применяться объективные и реалистичные нормы поведения при составлении суждения об отступлении от выполнения обязанностей»¹⁵.

14 Тем не менее следует отметить, что в некоторых делах, рассматриваемых МТБЮ, сторона обвинения пыталась определить оба понятия: «Необходимыми» называются такие меры, которые требуется принять для того, чтобы выполнить обязанность предотвратить или наказать при существующих в соответствующее время обстоятельствах. «Разумными» мерами являются те, которые командир мог принять при существовавших в соответствующее время обстоятельствах». См. *Prosecutor v. Tibomir Blaškić*, Judgment, 3 March 2000, Case No. IT-95-14, at 333.

15 Судья Мэрфи опасался того, что в «правосудии победителей» свою роль будет играть жажда отмщения, что приведет к несправедливым судебным процессам.

Внимательное прочтение фактических данных из судебных решений МТБЮ, МУТР и Специального суда по Сьерра-Леоне подтверждает, что из-за сложности происходящих событий попытки перенести эти факты в ситуацию судебного рассмотрения и постараться определить, какие меры были разумными и необходимыми при сложившихся на тот момент обстоятельствах, могут оказаться делом, чреватым опасностью. Такое определение не может быть сделано абстрактно и зависит от характера и полноты представленных в суде свидетельств. И даже несмотря на тысячи процессуальных гарантий нельзя абсолютно точно сказать, принимая во внимание ту обстановку хаоса, в которой совершаются большинство нарушений, можно ли полагаться на заявления «разумного человека, находящегося в положении обвиняемого», для того, чтобы определить, действительно ли обвиняемый принял необходимые и разумные меры. Можно сказать, что без тех преимуществ, которые могла бы дать машина времени Герберта Уэллса, остается опасность, что обвиняемые окажутся в безвыходном положении, когда судьи скрупулезно будут оценивать и высчитывать, какой властью они обладали над своими подчиненными¹⁶.

В качестве примера можно привести аргументы Судебной камеры МТБЮ, касающиеся конкретных обстоятельств дела Музема, когда судьи высказали предположения относительно мер, которые, по их мнению, обвиняемый мог бы принять в отношении своих подчиненных в тех обстоятельствах:

«Камера считает, что было установлено, при отсутствии обоснованного сомнения, что Музема де-юре обладал властью над сотрудниками Чайной фабрики Гисову, когда они находились на территории фабрики и когда они выполняли свои профессиональные обязанности в качестве работников Чайной фабрики, даже если эти обязанности выполнялись за пределами территории фабрики. Камера отмечает, что Музема осуществлял юридический и финансовый контроль над этими сотрудниками, в частности благодаря его полномочиям назначать этих сотрудников на различные посты на Чайной фабрике и увольнять их. Камера отмечает, что Музема был в состоянии в силу своих полномочий принять разумные меры, например, уво-

¹⁶ См., например, различные выводы в решении по делу Багилишемы (см. выше, примечание 12), к которым пришли судья Асока де З. Гунавардана в своем особом мнении, с одной стороны, и судья Мехмет Гани, с другой, в своем несовпадающем особом мнении относительно полномочий и ответственности обвиняемого во время резни в его коммуне.

лить какое-либо лицо с его должности на Чайной фабрике или пригрозить увольнением, если было установлено, что это лицо совершило преступления в соответствии с Уставом. Камера также приходит к выводу, что, располагая такими полномочиями, Музема мог принять разумные меры и постараться не допустить использования транспортных средств, форменной одежды или другого имущества Чайной фабрики при совершении таких преступлений или наказать виновных за такое использование. Камера считает, что Музема осуществлял властные полномочия де-юре и контроль де-факто в отношении сотрудников и ресурсов Чайной фабрики»¹⁷.

Судьи очень внимательно отнеслись к правам обвиняемого и приняли во внимание тот факт, что от начальника можно было требовать не более того, что он действительно был в состоянии сделать во время совершения преступлений. Как заключил МТБЮ в деле о деревне Челебичи, необходимо «признать, что международное право не может обязать начальника сделать невозможное. Поэтому начальник может нести ответственность за непринятие таких мер только в рамках своих полномочий ... [или] в рамках своих материальных возможностей»¹⁸. В деле Блашкича Апелляционная камера добавляет, что «необходимые и разумные меры являются такими мерами, которые могут быть приняты в пределах полномочий командира, а о них свидетельствует степень эффективного контроля, который он осуществлял над своими подчиненными»¹⁹.

Такой подход соответствует статье 86 Дополнительного протокола I, которая, как было указано выше, говорит о принятии «всех практически возможных мер в пределах своих полномочий». Комментарий МККК к этой статье разъясняет, что эта формулировка «разумным образом ограничивает обязательство начальника «практически возможными» мерами, поскольку не всегда можно предотвратить нарушение или наказать преступников. Кроме того, просто с точки зрения здравого смысла меры, о которых идет речь, описываются как «меры в пределах их полномочий и только такие»²⁰. Эти два последних слова носят

17 *Prosecutor v. Alfred Musema*, Judgement, 27 January 2000, Case No. ICTR-96-13-T, at 880.

18 *Prosecutor v. Delalić et al. (Čelebići)*, Judgement, Case No. IT-96-21-T, 16 November 1998, at 395.

19 *Prosecutor v. Tibomir Blaškić*, Appeals Judgement, 29 July 2004, Case No. IT-95-14-A 29 July 2004, at 72.

20 Commentary, p. 1015, см. выше примечание 8.

ограничительный характер, закрывая дверь перед возможными спекуляциями относительно того, какие действия могли быть «разумными». В военных наставлениях многих стран нашли отражение формулировки статьи 86, а не словосочетание «разумные и необходимые», которое встречается в отдельных международных юридических текстах.

Судебная практика, несомненно, и дальше разовьет понимание формулы «разумные и необходимые меры». Однако на данном этапе представляется, что применимый тест больше основывается на наличии средств, а не ориентируется на достигнутые результаты и что меры должны быть в пределах полномочий обвиняемого. И все же даже этот прагматичный стандарт может толковаться по-разному. Некоторые будут утверждать, что выражение «разумные и необходимые» синонимично термину «практически возможные». Другие, однако, считают, что наличие чрезвычайных обстоятельств (например, резня во время геноцида) требует от начальства принятия чрезвычайных мер для предотвращения преступлений и наказания подчиненных²¹. Какой бы подход ни был выбран, любая оценка, касающаяся эффективности контроля, должна быть осторожной и делаться с пониманием положения обвиняемого и должным учетом его прав.

Более суровые приговоры в отношении вышестоящих начальников

Международное гуманитарное право и международная уголовная юстиция возлагают на начальников более строгую, чем на их подчиненных, ответственность в деле обеспечения соблюдения права. Начальники в силу их более высокого положения в иерархии имеют позитивную обязанность обеспечить должное соблюдение МПП и должное пресечение его нарушений. Невыполнение этого обязательства можно истолковывать как молчаливое согласие с незаконными действиями подчиненных, что будет способствовать дальнейшим нарушениям и созданию обстановки безнаказанности. При вынесении приговора суд принял во внимание положение обвиняемого как начальника. Признавая, что длительность тюремного заключения должна определяться характером и тяжестью преступления, прецедентное право международных уголовных трибуналов, как представляется, диктует,

21 См., например, выше примечания 16 и 17, судебные решения и протоколы судебного разбирательства по делам Багилишемы и Муземы.

что положение вышестоящего начальника само по себе должно рассматриваться как отягчающее обстоятельство.

Международные уголовные трибуналы глубоко и тщательно изучали вопрос о том, какие приговоры должны выноситься командирам. Аргументация в ходе судопроизводства заключалась в том, что должность начальника обуславливает более суровое наказание, особенно если обвиняемый занимал высокопоставленное положение в структуре гражданского управления или военного командования. С точки зрения права совершенно очевидно, что положение в структурах власти, как гражданских, так и военных, налагает определенные обязанности и выдает кредит доверия, и если ими пренебрегать или злоупотреблять, приговор может быть только более строгим²².

Трибуналы далее разъяснили, что если командир не выполняет своих обязанностей по предотвращению преступлений и не наказывает лиц, совершивших их, ему должен выноситься более суровый приговор, чем подчиненным, которые совершили преступление. Обоснованием для вынесения более сурового приговора служит следующее обстоятельство: если командир не наказывает своих подчиненных за совершение преступлений и не принимает мер, чтобы не допустить правонарушений, это создает атмосферу терпимости по отношению к таким действиям подчиненных, молчаливого согласия с ними или даже их одобрения. Трибуналы пришли к выводу, что было бы нелогично и необоснованно выносить в отношении простого правонарушителя приговор, равный приговору командира или даже более суровый приговор:

«Следовательно, если командир не выполняет своих обязанностей по предотвращению преступления или наказанию лица, совершившего его, он должен получить более суровое наказание, чем подчиненные, которые совершили преступление, поскольку его бездействие говорит о том, что он терпимо относится к совершению преступлений своими подчиненными или даже одобряет их и таким образом поощряет совершение новых преступлений. Было бы нелогично выносить в отношении простого преступника такой же приговор, как и в отношении командира, или даже более суровый»²³.

22 См. *Prosecutor v. Jean Kambanda*, Case No. ICTR 97-23-S, Judgement and Sentence, 4 September 1998; *Prosecutor v. Jean Paul Akayesu*, Case No. ICTR-96-4-T, Sentence, 2 October 1998.

23 *Prosecutor v. Tibomir Blaškić*, Judgement, Case No. IT-95-14-T, 3 March 2000, at 789.

Как таковые последствия действий лица обязательно оказываются более серьезными, если это лицо находится на вершине военной или политической иерархии и использует свое положение для совершения преступлений. Поскольку этот человек является руководителем, его поведение гораздо более достойно осуждения:

«Настоящая Камера считает отягчающим обстоятельством тот факт, что Кайишема, будучи префектом, занимал высокую должность. Настоящая Камера считает, что Кайишема руководил геноцидом в префектуре Кибуе и что это превышение власти и злоупотребление своими должностными обязанностями представляет собой самое значительное отягчающее обстоятельство»²⁴.

Судебная практика указывает на простой вывод: гражданские и военные начальники заслуживают более суровых приговоров, чем их подчиненные. Сам по себе тот факт, что они занимают ответственное положение, будет рассматриваться в качестве отягчающего обстоятельства:

«Командное положение должно поэтому, как правило, увеличивать наказание или, по крайней мере, приводить к тому, чтобы Судебная камера придавала меньше значения смягчающим обстоятельствам, независимо от формы участия в преступлении»²⁵.

Можно было бы сказать, что в прецедентах, о которых речь шла выше, при определении приговора слишком много внимания уделяется положению обвиняемого в качестве начальника, а не тяжести самого преступления. Действительно, если понимать все буквально, то судебная практика говорит о том, что начальник, который не наказал подчиненного за совершение убийства, должен быть подвергнут более суровому наказанию, чем убийца, даже если такой начальник не обладал необходимым конкретным намерением совершить убийство. Однако здесь не находит отражения тот факт, что служебное положение определенного уровня подразумевает возникновение ответственности и обязанности предпринимать действия.

24 *Prosecutor v. Clément Kayishema & Obed Ruzindana*, Sentence, Case No. ICTR-95-1-T. 21 May 1999, at 15.

25 *Blaškić* Judgment, p. 789, см. выше примечание 23.

Явно незаконные приказы

Часто, когда военные преступления совершаются лицами из состава вооруженных сил, подчиненные заявляют, что, совершая определенные незаконные действия, они просто выполняли приказы. Чаще всего подчиненный не ставит под вопрос законность приказа, поскольку у него существует внутренняя презумпция, что начальники лучше могут определить, что правильно, а что нет в ходе ведения военных действий. Хотя в другом случае, если представляется, что приказ выходит за рамки юридически допустимого, подчиненный будет поставлен перед выбором: i) не подчиниться и подвергнуться возможному дисциплинарному взысканию и наказанию со стороны начальника или военного суда либо ii) выполнить приказ и подвергнуться уголовному наказанию за выполнение приказа, который имел незаконные последствия. Чем ниже положение подчиненного, тем труднее бывает послушаться приказа. Здесь для подчиненного возникает дилемма как нравственного, так и правового характера.

Часто выдвигается аргумент о том, что дисциплина и безоговорочное выполнение приказов являются основными условиями достижения успеха в бою, однако право признает, что существуют пределы «слепого подчинения», которое ожидается от подчиненных. Подчиненные не смогут избежать наказания, действуя просто во исполнение приказа, если приказ был явно незаконным.

Традиционно считалось, что подчиненный, совершая преступное деяние, не должен нести ответственность за выполнение незаконного приказа. Защита ссылкой на совершение действий по приказу начальника обосновывалась практическим здравым смыслом. Неподчинение приказу может привести к дисциплинарному взысканию, понижению в должности или звании или даже к военному суду. В конце концов выполнение приказа начальника является первой обязанностью солдата. Поэтому когда подчиненному предоставляется возможность оправдать свои действия ссылкой на приказ начальника, тем самым признается тот факт, что подчиненные в военной иерархии почти или вообще не имеют возможности ставить под вопрос приказы начальников²⁶.

Однако судебные прецеденты времен Первой мировой войны дают основание предполагать, что ссылка на приказы вышестоящего начальника могла служить оправданием, только если подчиненный

26 См., например, L. Oppenheim, *International Law: A Treatise*, Vol. 2, 6th edn. 1940 ed. H. Lauterpacht (London: Longman, Green & Co.).

не знал, что приказ сам по себе является незаконным и его выполнение приведет к совершению преступления. Суть и смысл подобного подхода заключается в том, что знание о незаконности приказа предполагает нравственный выбор — подчиниться или нет, что при определенных обстоятельствах может оказаться важнее, нежели необходимость подчиниться приказу.

Это выступает на первый план в двух прецедентах, связанных с Первой мировой войной. В деле о госпитальном судне *Dover Castle* командир немецкой подводной лодки, которая торпедировала британское госпитальное судно, для своей защиты ссылаясь на приказ вышестоящего начальника на том основании, что были получены распоряжения германского правительства и адмиралтейства, в которых указывалось, что госпитальные суда использовались в военных целях в нарушение законов войны. Таким образом, командир не знал, что приказ был незаконным, поскольку в распоряжениях говорилось, что суда являются законными целями²⁷.

В отличие от этого в деле о судне *Llandoverly Castle* ссылка на приказ вышестоящего начальника была отклонена. В свою защиту ее выдвинули двое подчиненных, выполнившие приказ командира своей подводной лодки и открывшие огонь по выжившим и находившимся в спасательных шлюпках людям после того, как госпитальное судно *Llandoverly Castle* было торпедировано. В данном случае был сделан вывод, что приказ нарушал общепризнанную норму международного права. Подчиненные не могли заявлять о том, что не знали о его незаконности²⁸.

После Второй мировой войны суды также не принимали оправдания ссылкой на приказ вышестоящего начальника, если у подчиненного был «нравственный выбор» — подчиниться или не подчиниться приказу. При таком подходе предполагается, что существуют четкие обстоятельства, при которых подчиненные должны поставить под вопрос и не выполнять отдельные приказы, которые по своему характеру находятся за пределами того, что является допустимым с нравственной и правовой точек зрения. Этот стандарт находит отражение в Нюрнбергских принципах:

«То обстоятельство, что какое-либо лицо действовало во исполнение приказа своего правительства или начальника, не осво-

27 *Dover Castle*, 16 AJIL (1921), 704.

28 *Llandoverly Castle*, 16 AJIL (1921), 708.

бождает это лицо от ответственности по международному праву, если сознательный выбор был фактически для него возможен»²⁹.

В недавнем деле *Finta* Верховный суд Канады высказал мнение, что защита ссылкой на совершение действий по приказу начальника может быть допустимой в некоторых обстоятельствах, в частности, если у подчиненного *не было нравственного выбора* касательно выполнения приказа, даже когда приказ был явно незаконным:

«К защите ссылкой на совершение действий по приказу начальника или с целью сохранения общественного порядка могут прибегать лица из состава вооруженных сил или полиции в ходе судебного преследования за совершение военных преступлений или преступлений против человечности. Такие обстоятельства, освобождающие от ответственности, должны быть проверены с применением критерия явной незаконности: защита ссылкой на совершение действий по приказу начальника недопустима, если соответствующие приказы были явно незаконными. Но даже если приказы были явно незаконными, защита ссылкой на совершение действий по приказу начальника или с целью сохранения общественного порядка будет возможной в обстоятельствах, когда перед обвиняемым не стоял нравственный выбор — выполнять или не выполнять приказ. Такая ситуация может иметь место, если обвиняемый действовал по принуждению или под угрозой и у него не было альтернативы выполнению приказа»³⁰.

Судебная практика специальных международных уголовных трибуналов пошла еще дальше, исключив возможность прибегнуть к защите ссылкой на совершение действий по приказу начальника. Вместо этого Уставы МУТР и МТБЮ допускают только смягчение приговора:

«Тот факт, что обвиняемое лицо действовало по приказу правительства или начальника, не освобождает его от уголовной ответственности, однако может рассматриваться как основа-

29 Принцип IV Нюрнбергских принципов.

30 *R.v. Finta* [1994] 1 SCR [701], Supreme Court of Canada.

ние для смягчения наказания, если Международный трибунал [...] признает, что этого требуют интересы правосудия»³¹.

Статья 33 Статута МУС не допускает защиты ссылкой на совершение действий по приказу начальника, если приказ носил *явно* незаконный характер:

- «1. Тот факт, что преступление, подпадающее под юрисдикцию Суда, было совершено лицом по приказу правительства или начальника, будь то военного или гражданского, не освобождает это лицо от уголовной ответственности, за исключением случаев, когда:
 - а) это лицо было юридически обязано исполнять приказы данного правительства или данного начальника;
 - б) это лицо не знало, что приказ был незаконным; и
 - с) приказ не был явно незаконным.
2. Для целей настоящей статьи приказы о совершении преступления геноцида или преступлений против человечности являются явно незаконными».

Это нашло отражение в Норме 155 исследования МККК по обычному праву, в соответствии с которой уголовная ответственность продолжает применяться, если было известно о явной незаконности приказа:

«Подчинение приказу начальника не освобождает подчиненного от уголовной ответственности, если подчиненный знал, что действие, которое ему приказано совершить, является незаконным, или должен был знать об этом в связи с явно незаконным характером этого действия»³².

Можно сказать, учитывая позицию МУС, что современная практика допускает защиту ссылкой на совершение действий по приказу начальника, если подчиненный может доказать, что приказ не был явно

31 Устав МУТР, статья 6 (4); Устав МТБЮ, статья 7 (4).

32 Хенкергс и Досвальд-Бек, с. 723, см. выше примечание 10.

незаконным или что он не знал и не мог знать о незаконном характере приказа. Правило 11 Военного кодекса поведения Канады 2001 г. разъясняет:

«Приказы должны выполняться. Военная эффективность зависит от быстрого выполнения приказов. Практически все приказы, которые вы получите от ваших начальников, будут законными, ясными и не требующими разъяснения. Однако что происходит, если вы получаете приказ, который, по вашему мнению, сомнителен? Во-первых, вы, конечно, должны постараться получить разъяснение. Затем, если даже после этого приказ все же кажется сомнительным, согласно военному обычаю вы все же должны подчиниться и выполнить приказ, если приказ не является явным образом незаконным».

Другими словами, подчиненный должен не подчиниться незаконному приказу, только если он знает, что такой приказ является явно незаконным. Однако трудность для подчиненного может возникнуть при оценке того, является ли приказ «явно незаконным».

Судебная практика и научные работы определяют явно незаконный приказ как приказ, который является оскорблением для совести каждого разумного, благонамеренного человека и который является несомненно и явно преступным. В судебных прецедентах говорится об очевидно незаконных приказах, которые не оставляют никаких обоснованных сомнений относительно их незаконности.

«Отличительный признак «явно незаконного» приказа должен бросаться в глаза, как черный флаг, развевающийся над отданным приказом, как предупредительный знак, говорящий: «Запрещено!» Если определить это могут только специалисты-правоведы, приказ не является незаконным; определенная и очевидная незаконность, которая видна в самом приказе ... противозаконность, которая бросается в глаза и возмущает сердце, если глаза не закрыты, а сердце не очерствело и не развратилось»³³.

Интересно отметить, что в соответствии со статьей 33 Статута МУС приказы совершить геноцид или преступления против человек-

33 Israel, District Military Court for the Central Judicial District, *Ofer, Malinki and Others* case, Judgement, 13 October 1958.

ности рассматриваются как явно незаконные, в то время как такое же определение не обязательно применимо к приказам совершить военные преступления. Таким образом, можно прийти к выводу, что МУС допускает защиту ссылкой на совершение действий по приказу начальника в ситуациях, когда совершаются военные преступления. Допустимость такой защиты в общем-то понятна, если принять во внимание сложность современных асимметричных военных действий, в которых участвует множество сторон, размытую грань между комбатантами и гражданскими лицами и тот факт, что управление военными действиями, как и осуществление контроля над применением оружия, ведется из удаленных центров, а не на самом поле боя. Реальность современной войны может сделать еще более трудной задачу подчиненных в разгар боя оценить и провести различие между хорошим и плохим, допустимым и явно незаконным. Действительно, целый ряд военных преступлений, перечисленных в статье 8 Статута МУС, не обязательно представляются таковыми без определенных специальных знаний и подготовки³⁴. Поскольку это так, может считаться несправедливым наказывать простых подчиненных, которые действовали добросовестно и с честными намерениями³⁵.

Заключение

Принцип, в соответствии с которым командиры и другие начальники должны нести уголовную ответственность за то, что не предотвратили нарушения МГП, совершаемые подчиненными, и не наказали их, получил развитие в практике международных уголовных судов, кодифицирован в Дополнительном протоколе I и является сейчас, по мнению многих, частью международного обычного права. Все согласны с тем, что если командир не обращает внимания на преступления, совершаемые его подчиненными, это может только способствовать дальнейшим нарушениям МГП. Также признается, что было бы неправильным дать возможность командирам избежать какой-либо формы ответственности просто потому, что не в их руках находилось оружие, которым был

34 Например, объявление об отмене, временном приостановлении действия или неприемлемости в суде прав и исков граждан стороны противника; применение пуль, которые расширяются и легко расплющиваются в теле человека, таких как пули, твердая оболочка которых не покрывает всего сердечника или имеют надрезы или намеренное нападение на здания, служащие, среди прочего, целям науки и благотворительности.

35 См. Charles Garraway, «Superior orders and the International Criminal Court: justice delivered or justice denied?», *International Review of the Red Cross*, Vol. 81, no. 836 (1999), pp. 785–94.

нанесен смертельный удар. Аналогичным образом подчиненные, которые нарушают МГП, не должны иметь возможности избежать наказания под тем предлогом, что они просто выполняли приказы, если эти приказы несли на себе печать явного беззакония.

Однако несмотря на эти успехи в деле пресечения нарушений МГП, независимо от того, каково положение совершающих их лиц в существующей иерархии, развивающаяся в этой сфере судебная практика поставила целый ряд вопросов и высветила трудности при установлении уголовной ответственности командиров и определении того, какие действия они могли бы предпринять при существовавших обстоятельствах для предотвращения совершения нарушений МГП своими подчиненными, если такие действия вообще были возможны. Некоторые считают, что стандарты, соблюдение которых ожидается от командиров в разгар боя, являются необоснованными, и аналогичным образом нереалистично ожидать от подчиненных, что они будут ставить под вопрос приказы начальника или не подчиняться им, какими бы незаконными они ни казались. Именно при рассмотрении таких вопросов развивалась теория ответственности командования, в рамках которой предпринимаются попытки найти правильное соотношение между обязанностями, возлагаемыми на начальников, и отдельными действиями подчиненного в пылу сражения.

