

Правосудие переходного периода и санкции

Эрик Соттас

Эрик Соттас — генеральный секретарь Всемирной организации против пыток (ВОПП), крупнейшей международной коалиции неправительственных организаций, борющихся против пыток.

Краткое содержание

Правосудие переходного периода призвано одновременно восстановить достоинство пострадавших, постепенно сформировать взаимное доверие между противоборствовавшими группами и способствовать институциональным изменениям, необходимым для установления новых отношений среди населения. Это требуется, чтобы утвердилось верховенство закона в условиях отказа от практик, делающих возможной полную или частичную безнаказанность. Однако в постконфликтной ситуации управления есть и другие не терпящие отлагательства задачи, такие, например, как разоружение противоборствующих сил, повышение безопасности гражданского населения, возмещение ущерба, причиненного пострадавшим, и восстановление разоренной национальной экономики. В настоящей статье исследуются взаимоотношения между этими потребностями и механизмами правосудия переходного периода и дается критическая оценка форм, которые правосудие принимает в постконфликтных ситуациях.



Концепция правосудия переходного периода получила в наши дни широкое распространение. Оно рассматривается как механизм, позволяющий без конфронтации перейти от авторитарной системы, не признающей верховенства закона, к демократическому режиму, уважающему права человека. Однако лежащая в основе этой концепции философия и используемые в ее рамках методы крайне неоднозначны.

Декларируемые цели правосудия переходного типа состоят в том, чтобы одновременно восстановить достоинство пострадавших, постепенно сформировать взаимное доверие между противоборствовавшими группами и способствовать институциональным изменениям, необходимым для установления новых отношений среди населения, чтобы утвердилось верховенство закона в условиях отказа от практик, делающих возможной полную или частичную безнаказанность. Различные методики, составляющие правосудие переходного периода, обычно сочетают «исцеляющие» меры восстановительного правосудия (комиссии по установлению истины и примирению) и параллельную систему карательного правосудия (преимущественно в отношении лиц, несущих главную ответственность за самые серьезные преступления и непосредственных их исполнителей)¹. Кроме этого, мероприятия, проводимые в рамках правосудия переходного периода, направлены на реформирование институтов общества посредством восстановления верховенства закона и обеспечение в перспективе функционирования судебных органов. В то же время их цель состоит в том, чтобы преступления, совершенные в течение предыдущего периода, не остались безнаказанными.

Таким образом, перед правосудием переходного периода в постконфликтной ситуации стоят многоплановые задачи, а правительству в это же время приходится решать другие насущные проблемы, такие, например, как разоружение противоборствующих группировок, повы-

1 Определение правосудия переходного периода см.: Alex Boraine, President of the International Centre for Transitional Justice, «La justice traditionnelle: un nouveau domaine», Colloquium «Réparer les effets du passé. Réparations et transitions vers la démocratie», Ottawa, 11 March 2004, см. www.idrc.ca/uploads/user-S/10899187131/Discours_d'Alex_Boraine.doc (последнее посещение 10 июля 2008 г.); Marc Freeman and Dorothee Marotine, «Qu'est-ce que la justice transitionnelle?», International Centre for Transitional Justice, 19 November 2007, см. www.ictj.org/images/content/7/5/752.pdf (последнее посещение 10 июля 2008 г.); the observations of Juan Méndez in the amicus curiae brief submitted to the Colombian Constitutional Court on the Justice and Peace Act (Law 975) on 17 January 2007, analyzing the requirements of transitional justice on the basis of various experiences, см. www.ictj.org/en/news/press/release/767.html (последнее посещение 10 июля 2008 г.).

шение безопасности гражданского населения, возмещение ущерба, причиненного пострадавшим, и восстановление разоренной национальной экономики.

Препятствия к использованию механизмов правосудия переходного периода

Можно ли считать, что с завершением конфликта созданы все условия для того, чтобы привести в действие механизмы правосудия переходного периода?

Разоружение, демобилизация и реинтеграция в общество — основные приоритеты в свете требований правосудия переходного периода: пример Демократической Республики Конго

Демократическая Республика Конго (ДРК) пережила один из самых продолжительных периодов диктаторского правления в истории Африки. Полковник Мобуту, захвативший власть в 1965 г., оставался у руля государства до «освободительной войны» 1996–1997 гг., в которой приняли участие Уганда и Руанда. Количество человеческих жизней, унесенных этой войной, а также войной, которая разразилась в 1998 г., разными источниками оценивается в три или четыре миллиона, и это не считая бесчисленных жертв режима Мобуту².

По состоянию на сегодняшний день меры разоружения коснулись примерно половины участников вооруженной борьбы. Что касается правосудия, переходный период не принес практически никаких результатов. Планы по созданию Международного трибунала по ДРК не были осуществлены, а Международный уголовный суд вынес обвинительное заключение и приговорил к наказанию всего лишь одного человека. Комитет по установлению истины и примирению, учреждение которого предусматривалось Глобальным и всеобъемлющим соглашением, тоже не справился с этой задачей даже в плане возмещения ущерба пострадавшим.

2 PopulationData.net Centre приводит данные двух исследований Международного комитета спасения (МКС), датированных апрелем 2004 г. и декабрем 2004 г. В первом число погибших оценивается в 3,3 млн человек, а во втором — в 3,8 млн. См. www.populationdata.net/humanitaire/guerre_bilan_rdc2004.html (последнее посещение 10 июля 2008 г.).

Как показала II Международная конференция по разоружению, демобилизации и реинтеграции (РДР) и стабильности в Африке, которая состоялась в Киншасе 12–14 июня 2007 г., неэффективность правосудия переходного периода в ДРК может быть отнесена на счет того, что приоритет был отдан процессу РДР³.

Чтобы разоружить, демобилизовать и реинтегрировать примерно 330 тысяч участников конфликтов, пришлось дать гарантии безнаказанности полевым командирам и не только их реинтегрировать, но даже повысить их социальный статус, чтобы стимулировать разоружение подчиненных им группировок. Кроме этого, осуществляемое в настоящее время «перемешивание» вовсе не сделало реинтегрированных солдат менее лояльными по отношению к своим племенам⁴.

В этих условиях меры по РДР не только не служат целям правосудия переходного периода (поскольку сознательно проводится политика отказа от передачи полученной информации для расследования имевших место нарушений), но представляют собой двойное препятствие для его осуществления.

Во-первых, они мешают правосудию (любому) рассматривать дела о преступлениях, совершенных в прошлом, и, во-вторых, развивают у пострадавших чувство глубокой несправедливости, поскольку им очевидно, что международное сообщество не только гарантирует безнаказанность главным преступникам, но и не жалеет средств на реинтеграцию тех, кто больше всех нарушал права человека, позволяя им занимать ответственные посты пусть даже в реорганизуемых государственных силах безопасности, и в то же время не способно обеспечить выплату надлежащей компенсации пострадавшим.

Мы вовсе не отрицаем военную необходимость. Операции по РДР после войн, которые в 1990-е гг. разорили ДРК, необходимы и чрезвычайно сложны. Без них конфликт продолжался бы еще десятилетия и создал бы угрозу для самого существования государства и его способности выполнять свои основные функции, как это происходит сейчас в Сомали. Вопрос, скорее, в том, представляет ли правосудие переходного периода реальную альтернативу в таких условиях.

В ДРК даже право на истину воспринимается сегодня как немислимое в силу того, что абсолютный приоритет был отдан разоружению.

3 «DDR and Transitional Justice», issue paper, Second International Conference on DDR and Stability in Africa, Kinshasa, Democratic Republic of the Congo, 12–14 June 2007, UN/ISAA and the Government of the Republic of the Congo.

4 Ibid.

Международная геополитика, избирательное правосудие
и НИГИЛИЗМ*В районе Великих озер...*

Ситуация выглядит еще мрачнее в Бурунди. Несмотря на несколько геноцидов (1966–1972 гг. и 1993 г.), нашедших документальное отражение в докладе Б. Уайткера (B. Whitaker) в Подкомиссии по правам человека (1984)⁵, докладах Специального докладчика по Бурунди⁶ и документах Совета Безопасности ООН⁷, переход к возврату к миру (не говоря уже о восстановлении нормальной жизни) не сопровождался никакими усилиями к тому, чтобы свершилось правосудие (карательное или восстановительное) в отношении этих вопиющих нарушений прав человека⁸.

- 5 Whitaker Report, Revised and updated report on the question of the prevention and punishment of the crime of genocide, United Nations Economic and Social Council, Commission on Human Rights, Sub-Commission on the Prevention of Discrimination and Protection of Minorities, Thirty-eighth session, item 4 of the provisional agenda, UN Doc. E/CN.4/Sub.2/1985/6–2, July 1985.
- 6 Специальный докладчик по Бурунди Паулу Сержиу Пиньейру описал ситуацию в Бурунди в 1995 г. как геноцид. Док. ООН E/CN.4/1996/16/Add.1, 27 февраля 1996 г.
- 7 Совет Безопасности ООН учредил Подготовительную миссию по установлению фактов (Доклад, Док. ООН S/1995/157, 20 мая 1994 г.); Миссию (Доклад, Док. ООН S/1995/163 от 9 марта 1995 г.) и Международную комиссию по расследованию (Доклад, Док. ООН S/1996/682). Один из выводов Международной комиссии по расследованию заключался в констатации наличия достаточных доказательств того, что в Бурунди имел место геноцид национального меньшинства тутси. Она также сделала заключение о том, что бурундийские армия и жандармерия, а также гражданские лица из числа тутси без разбора убивали мужчин, женщин и детей, принадлежащих к народности хуту. Хотя Комиссии и не удалось доказать, что репрессии планировались и осуществлялись по приказам из центра, она установила, что военные власти ни на каком уровне командования ничего не сделали для того, чтобы остановить такие действия, расследовать их и наказать виновных лиц. В своем заключительном докладе Международная комиссия по расследованию нарушений прав человека в Бурунди, совершенных с 21 октября, действовавшая по поручению целого ряда гуманитарных организаций (Human Rights Watch/Africa Watch (Нью-Йорк, Вашингтон), Международная федерация прав человека (МФПЧ, Париж), Лига прав личности в районе Великих озер (ЛПЛ, Кигали), Всемирная организация против пыток (ВОПП, Женева), Национальный центр сотрудничества и развития (Брюссель) и NOVIB (Амстердам)), сделала и гораздо более серьезные выводы относительно роли бурундийских армии и жандармерии, состоящих в основном из тутси.
- 8 Джон Филпот, помощник генерального секретаря Американской ассоциации юристов, обрушился с критикой на ограничения, помешавшие Трибуналу отправлять правосудие, достойное этого названия, в более широком контексте конфликта: John Philpot, «The International Criminal Tribunal for Rwanda: justice betrayed», Montreal, October 1995. См. также доклад Пиньейру, примечание 6, выше.

В то же время в соседней Руанде под давлением общественного мнения геноцид был не только признан Организацией Объединенных Наций и Африканской системой, но и вызвал к жизни специальный трибунал, наделенный мандатом предать суду лиц, ответственных за массовые убийства и другие серьезные нарушения, совершенные в этой стране. Кроме этого, руандийская юстиция использовала местные традиционные суды для того, чтобы привлечь к ответственности лиц, принимавших непосредственное или косвенное участие в геноциде. Жаль, что ООН не рассматривала ситуацию в Руанде и в Бурунди в целом в рамках одних и тех же судебных разбирательств. Одна вспышка геноцида ни в коем случае не может оправдать другую, и не следует считать, что тутси, убитые хуту в Руанде, как-то уравниваются хуту, погибшими от руки тутси. Однако когда случаи геноцида имеют место в двух соседних странах по очень сходным, а может быть, даже по идентичным причинам, нельзя не быть шокированным тем, что один случай геноцида привлекает внимание, которого он заслуживает, а другой просто игнорируется. Такое разное отношение международного сообщества нельзя объяснить различием ни масштабов массовых убийств, ни их характера. Отнести это можно только на счет геополитических соображений, которые побудили некоторые державы, в том числе Соединенные Штаты Америки, утверждать, что руандийским геноцидом заниматься нужно, а геноцид в Бурунди и злодеяния армии Кагаме допустимо оставить без внимания⁹. Такой дискриминационный подход способен только породить новую напряженность в регионе. Несмотря на все недостатки трибунала в Аруше и судов гакача, есть основания считать, что в Руанде была проявлена инициатива, призванная помочь переходу к обществу, для которого характерно большее уважение к праву. В то же время невнимание к ситуации в Бурунди может только усилить впечатление у хуту, пострадавших в этой стране, что нарушения, жертвами которых они стали, воспринимаются международным сообществом как менее серьезные, чем те, от которых пострадали тутси в Руанде.

9 Флоренс Хартманн, представитель Карлы дель Понте в Международном уголовном трибунале по бывшей Югославии с 2000 по 2006 г., показала роль, сыгранную США в отставке Обвинителя в августе 2003 г.: Florence Hartmann, *Paix et Cbâtiment, Les guerres secrètes de la politique et de la justice internationale*, Flammarion, Paris, 2007.

...и в Азии

В Камбодже геноцид¹⁰, который некоторые называют «самогеноцидом»¹¹, осуществлялся с 1975 г. по конец 1978 г. красными кхмерами и закончился только в результате вмешательства Вьетнама в декабре 1978 г. По общепринятым оценкам, жертвами массовых убийств стала треть жителей страны. Вопрос о правосудии был «забыт» по нескольким причинам.

США, Китай и их союзники в течение четырнадцати лет искусственно поддерживали режим Пол Пота под тем предлогом, что изменение режима в результате иностранной интервенции было бы неприемлемым. Это делало невозможными любые международные акции. Международное сообщество не замечало документально зафиксированных злодеяний в «Демократической Кампучии», потому что в течение всего этого времени в ООН заседал посол красных кхмеров и осуждал нарушения, совершенные «вьетнамскими захватчиками»¹². В 1979 г. Комиссия по правам человека отказалась заниматься массовыми преступлениями красных кхмеров¹³, и в течение более десяти лет международные инстанции также отказывались предать суду ответственных за геноцид.

Впоследствии мирные переговоры, начатые в 1989 г., ставили целью вовлечь в них в качестве участников красных кхмеров, что исключало любые упоминания о совершенных ими преступлениях против человечности. Во всяком случае, до заключения Парижского соглашения в 1991 г. говорить о политике и практике прошлого было не принято.

С другой стороны, две попытки организовать судебное разбирательство зверств, совершенных во время правления Пол Пота,

- 10 Что касается определения геноцида, отметим следующее: хотя соответствующие статьи Конвенции позволяют достаточно точно установить, что является геноцидом, а какие ситуации не подходят под юридическое определение, на практике признание геноцида часто зависит от политических факторов.
- 11 Лакутиер подтверждает, что он первым использовал это понятие, но в то же время подчеркивает его неоднозначность, см. Gérard Chaliand and Jean Lacouture, *Voyage dans le demi-siècle: Entretiens croisés avec André Versaille*, Editions Complexe Bruxelles, Paris, 2001. Этот термин был заимствован Элизабет Бикер (Elisabeth Beeker), которая использовала его в названии своей книги *Les larmes du Cambodge, l'histoire d'un autogénocide*, Presse de la Cité, Paris, 1988.
- 12 Raoul-Marc Jennar, «Cambodia: Khmer Rouge in court», *Le Monde diplomatique*, Archives, October 2006, <http://mondediplo.com/2006/10/11/cambodia> (последнее посещение 10 июля 2008 г.).
- 13 См. report of the UN Human Rights Commission's 35th Session.

столкнулись с трудностями, которые до сих пор не преодолены¹⁴. Народный революционный трибунал, который судил Пол Пота и Иенг Сари в 1979 г.¹⁵, не был принят и признан народом Камбоджи, который видел в нем судебный орган, навязанный вьетнамскими освободителями/захватчиками.

В 2003 г. ООН и правительство Камбоджи решили провести судебный процесс в 2007 г. Планировалось учредить трибунал, состоящий из семнадцати камбоджийцев и восьми международных судей¹⁶. Им предстояло рассматривать дела о нарушениях камбоджийского законодательства, права прав человека и гуманитарного права¹⁷. Есть опасность того, что судить будут только последних еще остающихся в живых деятелей режима, поскольку главные виновные, в том числе и сам Пол Пот, умерли. Арестовано было всего пять человек. Хотя и на них лежит огромная ответственность, это единицы из множества лиц, участвовавших в зверствах, и отвечать им придется за преступления, совершенные более 30 лет назад. Малочисленность обвиняемых и тот факт, что их будут судить за преступления, совершенные в отношении лиц, принадлежащих к предыдущему поколению, выступают как два фактора, которые не согласуются с заявленными целями правосудия переходного периода — полностью разобраться с наследием прошлого и сделать это как можно скорее.

Эти несколько примеров показывают, что правосудие переходного типа, как и его «обычный» аналог, не обеспечивает удовлетворительного решения проблем во всех постконфликтных ситуациях и что оно может быть заблокировано препятствиями, связанными как с внутренней ситуацией, так и с международным контекстом. Поэтому позволительно задаться вопросом о целесообразности обращения к нему, когда это связано с существенными отступлениями от некоторых принципов международного права, особенно в связи с мера-

14 См. компиляцию позиций, занятых различными государствами, в Centre de droit international de l'Université de Bruxelles, «L'intervention du Vietnam au Kampuchéa en 1978–1979», www.ulb.ac.be/droit/cdi/Site/Vietnam%20Kampuchea%201978-1979.html (последнее посещение 10 июля 2008 г.).

15 См. <http://droit.francophonie.org/df-web/publication.do?publicationId54278> (последнее посещение 10 июля 2008 г.).

16 34-я сессия Генеральной Ассамблеи ООН, UN Doc. A/34/491. См. также Trial Watch Saloth Sar, www.trial-ch.org/de/trial-watch/profil/db/facts/saloth_sar_659.html (последнее посещение 10 июля 2008 г.).

17 См. «Law on the establishment of extraordinary chambers in the courts of Cambodia for the prosecution of crimes committed during the period of democratic Kampuchea», www.derechos.org/human-rights/seasia/doc/krlaw.html (последнее посещение 10 июля 2008 г.).

ми карательного правосудия. Постановления, вынесенные системой правосудия переходного периода, имеют такой же вес, как и решения «классических» судов, руководствующихся «классическими» законами. Поэтому заинтересованные лица могут рассчитывать на принцип *ne bis in idem* и применение наиболее благоприятного для них уголовно-го закона.

Правосудие переходного типа или политика переходного типа?

По Марку Фримену,

Правосудие переходного типа сосредоточивает внимание на том, как общества в состоянии перехода от авторитарного правления к демократии или от войны к миру подходят к событиям массовых нарушений прав человека. Оно занимается в первую очередь серьезными нарушениями прав человека, под которыми понимаются пытки, казни без суда и следствия, насильственные исчезновения, рабство, продолжительное произвольное лишение свободы, а также отдельные «международные преступления», включая геноцид, преступления против человечности и серьезные нарушения законов и обычаев, применяемых в период вооруженных конфликтов, будь они национального или международного характера¹⁸.

Автор перечисляет целый ряд характеристик, отличающих правосудие переходного типа как «*отдельную область*» (курсив автора):

1. Правосудие переходного типа фокусирует внимание на наследии преступлений, связанных с нарушениями прав человека. В то время как основные подходы, используемые правосудием переходного типа, преследуют важные цели, ориентированные на будущее, такие, например, как формирование взаимного доверия среди и между пострадавшими, гражданами и институтами общества, его механизмы в первую очередь касаются

18 Mark Freeman, «What is transitional justice?», International Center for Transitional Justice, 2003, not published — quoted in DDR and Transitional Justice, issue paper, Second International Conference on DDR and Stability in Africa, Kinshasa, Democratic Republic of the Congo, 12–14 June 2007, UN/ISAA, p. 5.

- ответственности за нарушения прав человека, совершенные в прошлом.
2. Правосудие переходного типа никоим образом не призывает к введению в действие законов с обратной силой. Есть понимание того, что в обществе, находящемся в состоянии перехода, потребность в соответствующем правосудии должна быть сбалансирована с потребностью в мире, демократии, справедливом развитии и верховенстве закона.
 3. Различные меры правосудия переходного типа не предназначены для изолированного осуществления, а должны дополнять друг друга.
 4. Правосудие переходного типа на первое место ставит интересы пострадавших. «Легитимность механизмов правосудия переходного типа, — пишет Марк Фримен — оценивается исходя из степени их поддержки или отторжения пострадавшими, а также степени, в которой они могут в них участвовать и получать от них пользу»¹⁹.

Прежде всего отметим, что, по-видимому, среди четырех характеристик, отличающих правосудие переходного типа как «отдельную область», только вторая и четвертая вводят конкретные новые элементы.

Первая характеристика — правосудие переходного типа сосредоточивает внимание на нарушениях прав человека, совершенных в то время, когда механизмы, которые обеспечивали бы отправление правосудия в условиях верховенства закона, либо были парализованы, либо не существовали, — просто информация, не несущая никакого особого содержания.

По крайней мере со времени Нюрнбергского процесса судебное разбирательство, которое не может быть проведено в данный момент, откладывается до восстановления нормальной ситуации или до того момента, когда становится возможным вынесение решения на основе права, действовавшего в момент совершения соответствующих деяний, в частности обычного международного права.

Третья характеристика устанавливает принцип холистического правосудия, который сам по себе не является оригинальной идеей, поскольку правосудие не может удовлетвориться одним только наказанием и не пытается выправить ситуацию, вернуться к *status quo ante* и возместить пострадавшим причиненный им ущерб.

19 Ibid.

С другой стороны, пункты 2 и 4 вводят переменные, которые можно отнести к юридической сфере либо считать производными чисто политических императивов.

В свете этого утверждение, что правосудие переходного типа не призывает к введению законов с обратной силой, может ввести в заблуждение. Вопрос вовсе не в том, чтобы ретроактивно имплементировать закон, который был принят после совершения преступления, что противоречило бы принципу законности санкций, а в том, чтобы имплементировать, когда это становится возможным, закон, который уже действовал в момент совершения преступления.

Нарушения самых главных прав

Сфера действия правосудия переходного типа ограничивается «грубейшими» нарушениями прав человека и некоторыми международными преступлениями, такими, например, как геноцид, преступления против человечности и серьезные нарушения законов и обычаев войны. Таким образом, оно занимается преимущественно категорией преступлений, которые, по заключению Комиссии международного права, «покушаются на священные принципы цивилизации и, собственно говоря, относятся к *jus cogens*»²⁰. Это исключает возможность квалификации любой оспариваемой практики как некриминальной в соответствии с любой нормой — национальной или международной.

Более того, с момента принятия Римского статута и учреждения Международного уголовного суда все поименованные выше преступления подпадают под его юрисдикцию (статья 5 Статута МУС). Определение этих преступлений дано в статьях 6, 7 и 8, а наказания за них установлены в статьях 77 и 78.

Учреждение Международного уголовного суда было справедливо воспринято как большой шаг вперед в развитии международной юстиции и как новое оружие в борьбе с безнаказанностью и средство защиты верховенства закона.

Однако в своем втором пункте Марк Фримен предлагает, чтобы потребность в правосудии переходного типа «была сбалансирована с потребностью в мире, демократии, справедливом развитии и верховенстве закона».

20 Extract from the *Yearbook of the International Law Commission*, 1983, Vol. I, Summary record of the 1755 th meeting A/CN.4/SR.1755.

Эта идея баланса кажется нам особо опасной в той мере, в какой она обуславливает акт правосудия политическими императивами. Конечно, не преминут подчеркнуть, что на практике безнаказанность — обычное дело как раз в тех местах, где общество и люди, которые его составляют, никак не могут добиться мира и демократии. Разве не логично тогда ратовать за создание условий, которые позволят вернуться к верховенству закона, рискуя при этом оставить без наказания преступления прошлого, отложить на время их наказание или смягчить выносимые правонарушителям приговоры?

С точки зрения политики подобное рассуждение вполне приемлемо, но разве можно это рассматривать как элемент правосудия, каким бы эпитетом такая характеристика ни сопровождалась?

Четвертый критерий вроде бы учитывает это возражение, поскольку там предлагается легитимность механизмов правосудия переходного типа оценивать в той степени, в какой они принимаются пострадавшими, тем более что этот критерий надлежит комбинировать с третьим, в котором речь идет о дополнительных мерах как части холистического подхода.

Можно вообразить, что меры, сочетающие карательное и восстановительное правосудие и в то же время обеспечивающие сбалансированность соответствующих целей с потребностью в мире и демократии, будут легитимными, если они пользуются определенной поддержкой пострадавших. Относится ли в строгом смысле примирение между палачами и их жертвами, которое, возможно, и желательно, но редко происходит в реальной жизни, к сфере правосудия? Насколько далеко мы можем пойти в комбинировании двух форм правосудия и допустимо ли одобрять меры амнистии в определенных обстоятельствах, когда пострадавшие не против?

Условная амнистия — на каких условиях?

Пока что страной, где жертвы проявляют наибольшую готовность согласиться с необходимостью ограничить карательное правосудие и принять амнистии, является Южно-Африканская Республика. Режим апартеида, существовавший до 1994 г., основывался на расизме, превращенном в государственный институт, который, хотя и не являлся чем-то уникальным в истории, начал становиться неприемлемым не только для черного населения, но и для растущей части белого меньшинства ЮАР и международного сообщества. В ноябре 1973 г. международное сообщество приняло международную конвенцию, объявившую апар-

теид вне закона и предусматривавшую наказание за него²¹. Статья II Конвенции содержит определение преступления апартеида, а статья I квалифицирует его как преступление против человечности.

После долгих лет, в течение которых экстремистское белое меньшинство противилось реформам и практиковало репрессии, включавшие в себя грубейшие нарушения прав человека, оно уступило давлению, как внутри страны, так и со стороны международного сообщества, и сделало поворот на 180 градусов, предложив лидерам черного большинства принять участие в переходе к системе, основанной на равенстве граждан²². Этот процесс привел к избранию президента из числа представителей черного большинства.

В данном случае термин «переход» означает не медленный и постепенный процесс изменений, а скорее, способ передачи полномочий и способ их использования новыми властями во имя сохранения единства страны.

В самом деле, как только белое меньшинство согласилось поделиться властью с черным большинством, причина для конфликта исчезла. Сразу же был установлен новый общественный порядок — все были признаны равными. Вопрос в данном случае состоял в том, каким образом обеспечить отправление правосудия, иначе говоря, каким образом наказать виновных в серьезных нарушениях прав человека, совершенных в прошлом, сохранив при этом главнейшее институциональное завоевание, а именно отказ от апартеида, и не спровоцировав крупномасштабный конфликт?

Южноафриканские власти отдали предпочтение восстановительному правосудию, сделав акцент на установлении истины и предоставлении полной или частичной амнистии правонарушителям, согласившимся сотрудничать в этом поиске истины. Однако эти амнистии, призванные предотвратить кровопролитную конфронтацию, стали результатом своего рода сделки. У пострадавших, как правило, не было иного средства узнать, что произошло с их родственниками, кроме как из признаний и благодаря сотрудничеству тех, кто решал участь исчезнувших. Поставленные перед выбором — либо никогда ничего не узнать, либо согласиться на безнаказанность преступников — многие предпочли истину наказанию виновных. Такой же выбор сделали многие родственники исчезнувших людей: что угодно лучше мук неиз-

21 Конвенция о пресечении преступления апартеида и наказании за него 1973 г., принятая и открытая для подписания, ратифицирована резолюцией Генеральной Ассамблеи ООН 3068 (XXVIII) 30 ноября 1973 г., вступила в силу 18 июля 1976 г. в соответствии со статьей XV.

22 О конце апартеида см. Elise Colette, «Fin de l'apartheid», *Jeune Afrique*, 26 June 2005.

вестности. В таких случаях выбор в пользу отказа от преследования виновного или виновных выглядит не как результат сбалансированной потребности в справедливости и взвешенной оценки того, что нужно для примирения общества, а как выбор между Сциллой и Харибдой²³. Более того, освобождение от наказания, в особенности амнистии, одобряли далеко не все члены семей пострадавших. Некоторые из них, в том числе родственники Стива Бико²⁴, тщетно возражали против такого рода соглашений.

С юридической точки зрения по этому поводу можно сделать два замечания. Прежде всего, эти амнистии противоречат принципу международного права, согласно которому амнистия неприменима к лицам, совершившим самые серьезные нарушения прав человека, в том числе и преступления против человечности, одним из которых является апартеид.

Как и в других странах, в качестве аргумента для того, чтобы прекратить преследование правонарушителя, иногда выдвигалась концепция прощения на том основании, что согласие жертвы делает такое решение проблемы приемлемым. Прощение и примирение — мощные факторы восстановления общества, раздираемого конфликтом. Этому необходимо содействовать в рамках специальных комиссий, но такие комиссии и их деятельность не могут стать заменителем правосудия. Межамериканская комиссия по правам человека²⁵ и Луи Жуане в своих Принципах²⁶ напоминают о том, что даже прощение со стороны жерт-

23 В *Одиссее* Гомер описывает, как Одиссей, плывя на корабле через Сицилийский пролив, вынужден был выбирать, с каким чудовищем иметь дело: с шестиголовой Сциллой, подстерегавшей мореходов на крутой скале и пожиравшей их, или с Харибдой, засасывавшей огромные массы воды и извергавшей ее, что создавало губительные водовороты. Выражение «между Сциллой и Харибдой» стало означать ситуацию выбора между двух опасностей, когда отдаление от одной означает приближение к другой.

24 Лидер движения против апартеида, погибший под пытками 12 сентября 1977 г.

25 См. Angelika Rettberg, *Entre el Perdón y el Paredón: Preguntas y Dilemas de la Justicia Transicional*, Universidad de los Andes, Bogotá, 2005, www.idrc.ca/openbooks/190-6/ (последнее посещение 10 июля 2008 г.). См. также Pronunciamentos OACNUDH-UNHCHR Ponencia del Director 2004-02-10, «Derechos a la verdad, a la justicia y a la reparación integral en caso de graves violaciones a los derechos humanos», www.hchr.org.co/publico/pronunciamentos/ponencias/po0435.pdf (последнее посещение 10 июля 2008 г.). В Amicus Curiae Expediente No. D-6032, Washington, 2 December 2005, представленном Колумбийскому конституционному суду Центром правосудия и международного права (CEJIL), содержится детальный анализ обязанности государства наказывать согласно межамериканскому и международному прецедентному праву. См. www.cejil.org/documentos/AMICUS%20FINAL.doc (последнее посещение 10 июля 2008 г.).

26 В двух приложениях к своему окончательному докладу «Отправление правосудия и права человека задержанных лиц: Вопрос о безнаказанности лиц, виновных в нарушениях гражданских и политических прав человека», Док. ООН E/CN.4/Sub.2/1997/20/Rev.1, 2 октября 1997 г., Луи Жуане сформулировал 42 принципа, известные как «Принципы Жуане».

вы не может освободить преступника от ответственности. Вред, причиненный пострадавшим и обществу нарушением норм, защищающих основные права, влечет за собой обязанность государства подвергнуть преследованию и наказать ответственных за него лиц.

Теоретики правосудия переходного типа соглашаются с тем, что эти два параллельных набора мер относятся к разным сферам, но их заявления относительно баланса двух императивов как части системы правосудия, обладающей новым измерением, подрывают сами основы правосудия, хотя и облегчают процесс перехода. Так что нам следует говорить, скорее, о «политике» переходного периода и ясно показать, что посредством таких мер мы пытаемся гарантировать минимальный уровень справедливости в делах, касающихся совершенных в прошлом правонарушений.

Какие наказания целесообразны в рамках переходного процесса?

Предлагалось несколько вариантов.

1. Поэтапное решение вопроса.
2. Система, ограничивающаяся установлением истины и возмещением вреда жертвам.
3. Приговоры к менее строгим наказаниям по особому закону.
4. Осуждение с последующими мерами освобождения от ответственности.

«Отложенное» правосудие

В Аргентине диктаторский режим (1976–1982 гг.) создал ультранационалистическую и фашистскую систему, освободившись от представителей левых сил и демократических организаций посредством убийств и насильственных исчезновений. Испытывая давление со стороны международного сообщества, но главным образом в результате экономических трудностей, с которыми не удавалось справиться, хунта попыталась мобилизовать общественное мнение ради достижения «великой» национальной цели — возвращения Фолклендских (Мальвинских) островов, находящихся под британским господством. Потерпев сокрушительное поражение, проводники политики, приведшей к конфликту, полностью потеряли доверие. Диссидентские тече-

ния возникли даже в среде вооруженных сил, которые почувствовали себя вынужденными передать власть гражданскому правительству²⁷.

Сменявшие друг друга демократические правительства предприняли попытки ограничить роль вооруженных сил, чтобы строить демократические структуры на более прочной основе, избегая при этом прямой конфронтации. После поражения военных в 1985 г. состоялся процесс над хунтой, и в отношении ее главных руководителей были вынесены обвинительные приговоры²⁸, однако принятые в последующие два года законы «О полном прекращении» (1986 г.) и «Об обязательном подчинении» (1987 г.) гарантировали безнаказанность лиц, совершавших указанные деяния или несущих за них косвенную ответственность²⁹.

Как и в Южно-Африканской Республике, но другими методами, силы, пришедшие к власти в Аргентине, попытались консолидировать новый режим, несмотря на то, что вооруженные силы, хотя и ослабленные, продолжали представлять собой серьезную угрозу. Однако в отличие от Южно-Африканской Республики, где приоритет был отдан установлению истины и реституции, в Аргентине акцент сделали на осуждении и наказании, но только главных преступников.

Приняв систему, гарантирующую безнаказанность тысячам должностных лиц среднего звена посредством законов, которые могли быть отменены, Аргентина вроде бы защитила свое будущее. В августе 2003 г. парламент аннулировал законы «О полном прекращении» и «Об обязательном подчинении», а в июне 2005 г. Верховный

27 Nicolas Zeisler, «La guerre des Malouines dans la société argentine depuis 1983 jusqu'à nos jours», EPICentre — études politiques internationales, <http://etudespolitiquesinternationales.blogspot.com/2006/11/la-mmoire-des-malouines.html> (последнее посещение 10 июля 2008 г.).

28 После восстановления демократии в 1983 г. в отношении главных руководителей хунты были вынесены обвинительные заключения за преступления, совершенные между 1976 и 1983 г. Cámara Federal en lo Criminal y Correccional в 1985 г. вынесла вердикты, которые впоследствии были подтверждены Верховным судом, например в отношении Виделы в 1986 г. После ряда президентских помилований, дарованных Карлосом Менемом, в отношении некоторых бывших лидеров были выдвинуты новые обвинения. О Виделе см. Causa Nro 33714, «Videla Jorge R. s/procesamiento», «Sentencia confirmando el procesamiento del General Jorge Rafael Videla en la causa Plan Cóndor», Buenos Aires, 23 May 2002, www.derechos.org/nizkor/arg/doc/videla2.html (последнее посещение 10 июля 2008 г.). О Галтиери см. «Leopoldo Galtieri», Enciclopedia aRiKaH, www.arikah.net/enciclopedia-espanola/Leopoldo_Galtieri (последнее посещение 10 июля 2008 г.). О Массере см. «Decisión de la Cámara en lo Criminal y Correccional Federal de la Argentina, en el proceso contra Massera y Otros», Expdte. 30514, «Massera, s. Excepciones», J. 7/S. 13, Buenos Aires, 9 September 1999, www.derechos.org/nizkor/arg/ley/massera.html (последнее посещение 10 июля 2008 г.).

29 О содержании законов 23492 («Полное прекращение») и 23521 («Обязательное подчинение») см. José Balla «Leyes de Punto final y Obediencia Debida», www.monografias.com/trabajos/puntofinal/puntofinal.shtml (последнее посещение 10 июля 2008 г.).

суд вынес решение о неконституционности законов об амнистии, которые гарантировали безнаказанность тысячам военнослужащих, виновных в совершении серьезных нарушений прав человека при диктатуре³⁰.

Однако суды, в которых рассматривались дела, возбужденные по искам пострадавших, которые желали осуждения своих обидчиков и получения возмещения за нарушения своих прав, столкнулись с новым, хотя, возможно, и не таким непреодолимым препятствием в виде поведения ответчиков. Арестованные по делам о массовых нарушениях, совершенных совместно с другими лицами, принадлежащими к тем же структурам, оказались связаны настоящим «обетом молчания». Над свидетелями и истцами нависла серьезная угроза. В связи с этим необходимо напомнить о том, что бывший заключенный одного из лагерей хунты Хорхе Хулио Лопес исчез на следующий день после дачи свидетельских показаний в суде Ла Платы, и до сих пор о его судьбе ничего не известно³¹. Все указывает на то, что его убили разоблаченные им лица. Сотни пострадавших, которые подали иски, столкнулись с угрозами со стороны тех, кто совершал преступления в прошлом. Это показывает, что в Аргентине 2007 г., то есть более четверти века спустя, жертвам все еще проблематично узнать всю правду и добиться наказания виновных.

Несмотря на эти серьезные трудности, аргентинская общественность все же узнала правду, пострадавшие получили компенсацию (по крайней мере частичную), а лица, несущие главную ответственность за нарушения, были преданы суду и наказаны. Однако демократические правительства, сменявшие друг друга в течение последних 25 лет, так и не смогли ослабить влияние должностных лиц среднего звена, занявших свои посты еще при диктатуре. Некоторым даже удалось упрочить свои позиции в государственной структуре, благодаря законам, которые до недавнего времени их защищали. Тот факт, что многие пострадавшие в настоящее время подают иски против таких правонарушителей, является показателем недовольства безнаказанностью и демонстрирует ограничения, свойственные поэтапной системе.

30 См. «Les droits de l'homme», published by the Embassy of the Argentine Republic in France following the commemoration of the 30th anniversary of the Coup d'état, 24 March 2006, www.ambasadeargentine.net/derechoshumanos.htm (последнее посещение 10 июля 2008 г.).

31 См. OMCT urgent appeal ARG 260906 and press release of 3 October 2006, www.omct.org/index.php?id5 APP&lang5 eng&articleSet5 Press&articleId56308&PHPSESSID5 b784778 ae05123 cb3 7-c20844114 f2 de9 (последнее посещение 10 июля 2008 г.).

*Право узнать правду о нарушениях,
совершенных неизвестными лицами*

Марокко — интересный пример. В «свинцовые годы» в этой стране существовал режим, который считался одним из самых репрессивных, а сейчас у Марокко репутация образцового государства в регионе в плане соблюдения прав человека³².

К концу своего царствования король Хасан II понял, что репрессивный и авторитарный монархический режим, установленный им в 1960-е гг., долго не продержится. Поэтому он решил сделать более открытой политическую жизнь, назначив премьер-министром человека, которого тот режим заочно приговорил к смерти, и приняв меры к тому, чтобы пострадавшие могли получить компенсацию.

Новая политика, еще более активно продолженная королем Мохаммедом VI, привела к освобождению политических заключенных, а самые серьезные случаи рассматривались Комиссией справедливости и примирения³³.

Эта Комиссия позволила пролить свет на положение политических заключенных и испытания, которым они подверглись в самые страшные годы репрессивного режима Хасана II. Таким образом, она выполнила одну из основных функций восстановительного правосудия, состоящую в том, чтобы позволить народу узнать правду о происшедшем в стране, а жертвам — рассказать о целях своей борьбы и преследованиях, которым они подвергались (право на истину). Это также сделало возможной компенсацию вреда, причиненного пострадавшим.

С другой стороны, серьезные попытки выяснить, кто же совершал нарушения, не предпринимались, а главные ответственные за них

32 Назначение на пост премьер-министра Марокко в 1998 г. Абдеррахмана Юсуфи, чья репутация как правозащитника не вызывает сомнений; назначение Дрисса Бензекри, который сам пострадал в «свинцовые годы» и возглавил борьбу за права человека, председателем Консультативного совета по правам человека и ведущая роль представителей Марокко в работе Комиссии ООН по правам человека и в Генеральной Ассамблее Организации по принятию в 1998 г. Декларации о правозащитниках были восприняты международным сообществом как признаки глубоких изменений. См. statement by Rosalyn Higgins, President of the International Court of Justice, on 20 September 2007, см. www.magharebia.com/cocoon/awi/xhtml1/en_GB/news/awi/newsbriefs/general/2007/09/21/newsbrief-03 (последнее посещение 10 июля 2008 г.). См. также Christine Daure-Serfaty, «Le Maroc vers les droits de l'homme a' petits pas», 9 December 2004, www.yabiladi.com/article-politique-196.html (последнее посещение 10 июля 2008 г.).

33 См. first report of the Moroccan advisory council on human rights (CCDH) under the UPR (Universal Periodic Review) procedure, см. http://lib.ohchr.org/HRBodies/UPR/Documents/Session1/MA/CCDH_MAR_UPR_S1_2008_ConseilConsultatifdesDroitsdelHomme_uprsubmission.pdf (последнее посещение 10 июля 2008 г.).

так и не были наказаны, хотя это противоречит принципу, согласно которому лица, совершившие самые тяжкие преступления, должны поплатиться за содеянное.

Сегодня Марокко стоит перед лицом двойной проблемы. Во-первых, что касается самого перехода, монархия не намеревалась вводить демократическую систему в западном понимании этого слова. Ее цель состояла в укреплении модернизированного и просвещенного монархического строя. В этой системе король не только является основным источником власти — сама его persona считается священной (Повелитель верующих). И, как об этом жестко напомнили суды летом 2007 г., любая критика в прессе заявлений монарха может обернуться для журналистов длительными сроками тюремного заключения³⁴. Иными словами, цель перехода состоит в том, чтобы предоставить права человека населению, но сохранить при этом prerogatives короля, остающиеся краеугольным камнем системы. В условиях Марокко переход производился по решению сверху и имел целью модернизацию монархической системы при сохранении базовых элементов предыдущего режима, и это в значительной степени объясняет скромную роль правосудия в рассмотрении дел, относящихся к наследию прошлого³⁵.

То же самое можно сказать о Бахрейне — еще одной монархии, где переход дал возможность модернизировать государство, введя «сверху» широкий спектр законодательных новаций, призванных, как предполагалось, гарантировать права человека, при том что политические партии остаются вне закона, а виновные в злоупотреблениях продолжают пользоваться безнаказанностью.

В Чили диктаторский режим генерала Пиночета, установленный в результате государственного переворота 1973 г., был вынужден постепенно трансформироваться под давлением международного сообщества и чилийской общественности. Суды расширили свою независимость, в стране смогли состояться более открытые выборы.

Как в свое время во франкистской Испании, диктатура приложила все усилия к тому, чтобы по возможности гарантировать безнаказанность главных лидеров и сохранить контроль над оппозицией.

34 В январе 2007 г. два журналиста еженедельника *Nichane* были приговорены к трем годам лишения свободы за оскорбление ислама. См. www.algerie-dz.com/article7825.html (последнее посещение 10 июля 2008 г.). Журналист издания *Al Watal Al An* был приговорен к восьми месяцам тюрьмы, а другой — к шести месяцам условно в августе 2007 г. См. http://tempsreel.nouvelobs.com/actualites/medias/20070815.OBS0676/prison_ferme_pour_un_journaliste_marocain.html (последнее посещение 10 июля 2008 г.).

35 См. Пьер Хазан, *Природа санкций: случай Марокканской комиссии справедливости и примирения*, в данном номере Международного журнала Красного Креста.

В 1978 г. закон о самоамнистии гарантировал защиту от судебного преследования тем, кто совершил государственный переворот, и лицам, ответственным за последовавшие за ним преступления³⁶. В 1985 г. между хунтой во главе с генералом Пиночетом и рядом партий, деятельность которых отныне допускалась, было заключено соглашение о расширении демократии³⁷. Конституция 1980 г. разрешила определенную степень демократии и избирательной свободы, но прежде всего она обеспечила условия, чтобы весь процесс оставался под контролем генерала Пиночета и других членов хунты. Именно в такой обстановке состоялся плебисцит 1988 г., положивший конец президентскому мандату Пиночета³⁸.

В 1991 г. смогла начать работать Комиссия по установлению истины и примирению, учрежденная для выяснения участи жертв периода с 1973 по 1990 г.³⁹ Комиссией были выявлены 3197 случаев, что явно не соответствует реальным масштабам репрессий.

В 1994 г. Комиссия по возмещению и примирению решила, что компенсация должна быть выплачена 2115 семьям. Однако признание нарушений, от которых пострадали жертвы, и предоставление возмещения не повлекли за собой расследования деятельности лиц, ответственных за нарушения⁴⁰. Комиссия ООН по правам человека на своей сессии в марте 2007 г. приветствовала начало процесса институцио-

36 Текст Закона об амнистии см. www.derechos.org/nizkor/chile/doc/amnistia.html (последнее посещение 10 июля 2008 г.). О его действии см. Amnesty International on the case of Carmelo Soria Espinoza at www.derechos.org/nizkor/chile/soria2.html (последнее посещение 10 июля 2008 г.). О деле Луиса Альфредо Альмонасида см. «Corte Interamericana condena vigencia de Ley de Amnistia en Chile», www.memoriando.com/noticias/101-200/158.html (последнее посещение 10 июля 2008 г.). См. также Communication No 746/1997 against Chile of 4 August 1999 to the UN Human Rights Committee, [www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/\(Symbol\)/CCPR.C.66.D.746.1997.En](http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/(Symbol)/CCPR.C.66.D.746.1997.En) (последнее посещение 10 июля 2008 г.).

37 См. text of August 1985 «Acuerdo Nacional para la transición a la plena democracia», http://es.wikisource.org/wiki/Acuerdo_Nacional_para_la_transici%C3%B3n_a_la_plena_democracia (последнее посещение 10 июля 2008 г.).

38 См. «Constitución Política de la República de Chile», Instituto de derecho público comparado Universidad Carlos II de Madrid. Этот документ содержит краткий обзор конституционного развития Чили, тексты Конституции 2001 г. и различных законов о внесении поправок в Конституцию, принятых с 1991 г. по май 2001 г., см. <http://turan.uc3.m.es/uc3m/inst/MGP/conschi.htm> (последняя проверка доступности 10 июля 2008 г.).

39 «Comisión nacional de Verdad y Reconciliación» established by President Patricio Aylwin on 24 April 1990 by 'Decreto Supremo No. 355', Report см. www.usip.org/library/truth.html#Chile (последняя проверка доступности 10 июля 2008 г.).

40 См. «Linea Cronológica del Programa: De la Comisión Nacional de Verdad y Reconciliación al Programa de Derechos Humanos», Ministerio de Interior Chile, www.ddhh.gov.cl/historia_programa.html (последняя проверка доступности 10 июля 2008 г.). См. также Report of the National Truth and Reconciliation Commission referred to in the above document.

нального восстановления в Чили, но в то же время выразила озабоченность в связи с тем, что вопреки Международному пакту о гражданских и политических правах продолжает действовать декрет-закон, в соответствии с которым полной амнистией пользуются лица, совершившие правонарушения в период с 11 сентября 1973 г. по 10 марта 1978 г.⁴¹

В 1998 г. генерал Пиночет, готовясь уйти на покой, сам себя назначил пожизненным сенатором, гарантировав себе таким образом иммунитет от судебного преследования до самой смерти. Однако план этот сработал не полностью, но не из-за действий оппозиции, а благодаря шагам, предпринятым на международном уровне, в том числе испанским судьей Бальтасаром Гарсоном.

Только в 2005 г., то есть через 32 года после свержения президента Сальвадора Альенде, конституционная реформа, одобренная парламентом, устранила последние унаследованные от диктатуры Пиночета элементы авторитаризма, завершив таким образом переход к демократии. Переход длился двадцать лет — с 1985 по 2005 г. — и привел к созданию демократического режима, проявляющего большее уважение к правам человека. Однако в плане установления истины, возмещения ущерба жертвам и в особенности наказания ответственных за нарушения процесс был жестко ограничен пределами, установленными режимом генерала Пиночета.

Наказания по соглашению сторон или гарантии безнаказанности

Процесс, разворачивающийся сегодня в Колумбии в соответствии с Законом о справедливости и мире, имеет целью положить конец боевым действиям между правительственными войсками и организованными группами, действующими вне закона. Повстанцам предлагается сложить оружие и помочь в восстановлении верховенства закона. Закон предусматривает смягченные наказания за преступления, совершенные в политических целях. В связи с этим возникает множество вопросов⁴².

41 Concluding observations of the Human Rights Committee: Chile 18/05/2007, Eighty-ninth session 12–30 March 2007, CCPR/C/CHL/CO/5.

42 См. Report «Consideraciones sobre la Ley de Justicia y Paz», Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights, Bogotá, 27 June 2005, www.hchr.org.co/ (последнее посещение 10 июля 2008 г.). Свежую информацию о спорных юридических инструментах можно также найти на сайте Колумбийской комиссии юристов «Documentos acerca del marco jurídico sobre desmovilización e impunidad en Colombia», www.coljuristas.org/justicia.htm (последнее посещение 10 июля 2008 г.).

Согласно этому закону, в противовес тому, что происходило в Южно-Африканской Республике, участникам организованных групп, действующих вне закона, не угрожают потерей преимуществ, которые они приобретают в соответствии с положениями этого закона, даже если они полностью отказываются добросовестно сотрудничать, рассказать о всех совершенных ими преступлениях и сообщить известную им информацию. Напротив, закон гласит, что даже если соответствующее лицо «забудет» об одном из своих преступлений — хотя бы таком тяжком, как массовые убийства, — ему будет грозить лишь 20-процентное увеличение срока наказания по сравнению с первоначально назначенным.

Более того, как указал Араухо Рентерия, судья Верховного суда Колумбии, альтернативное наказание, предусмотренное для участников вооруженных групп Законом о справедливости и мире за такие преступления, как геноцид, геноцид посредством многочисленных убийств, оправдание геноцида, убийство и убийство при отягчающих обстоятельствах, составляет от 5 до 8 лет лишения свободы, тогда как за те же самые преступления — в зависимости от их категоризации — Уголовный кодекс предусматривает сроки тюремного заключения от 8 до 50 лет. Поскольку общеуголовные преступления, совершенные в политических целях, подпадают под действие этого закона, какому-нибудь наркодилеру, которого могут приговорить к 50 годам тюрьмы за пытки, единичные или массовые убийства, есть прямой смысл объявить себя участником «нарко-военизированной группы», как это сделал «Дон Берна» в Медельине, чтобы воспользоваться максимальным 8-летним сроком заключения, установленным для преступлений того же типа по Закону о справедливости и мире⁴³.

Этим можно объяснить некоторые статистические курьезы. Прежде всего, при демобилизации военизированных формирований, согласно официальным цифрам, 35 тысяч их участников, в том числе более 10 тысяч с оружием, выразили желание воспользоваться Законом. При этом следует напомнить, что военизированные организации продолжают действовать практически на всей территории, которую они контролировали до его введения в действие.

В свете всего этого довольно трудно объяснить продолжающийся контроль над территорией, ведь по официальным оценкам, опубликованным вооруженными силами до демобилизации военизи-

43 Jaime Araújo Rentería, «Loi 'Justice et Paix' et droit des victimes: l'expérience colombienne», *Mouvement* 2008/1, No. 53, pp. 88–94.

рованных группировок, численность последних составляла порядка 15 тысяч человек. Было установлено, что некоторые из «демобилованных» на самом деле никогда не «мобилизовывались», а сами «записались», чтобы воспользоваться преимуществами, предоставляемыми Законом⁴⁴. Более того, многие из этих демобилизованных впоследствии были включены в другие группы или тайно продолжают командовать своими людьми. Таким образом, Закон мало сказался на военных операциях незаконных формирований.

У Закона есть еще один нежелательный побочный эффект. За последние два десятилетия были убиты тысячи крестьян и, по данным крестьянских организаций, более трех миллионов крестьян были вынуждены покинуть свои надель⁴⁵. По данным тех же источников, более половины перемещенных лиц были мелкими землевладельцами. Хайме Араухо Рентерия оценивает площадь украденных у людей угодий в примерно четыре миллиона гектаров⁴⁶.

Большинство пострадавших никогда не получают назад утраченную собственность. Те же, кто присвоил эти земли, купив их через подставных лиц или воспользовавшись земельными законами, призванными покончить с незаконными плантациями, получают огромные барыши. На практике происходит настоящая аграрная реформа наоборот, когда поощряется выращивание пальм для многонациональных корпораций в ущерб традиционным продовольственным культурам. Закон, предусматривающий очень небольшой фонд компенсаций, которые никогда не позволят семьям, лишенным имущества, достичь прежнего уровня благосостояния, способствует обнищанию этой категории населения. Пример Колумбии показывает, насколько трудно бороться с преступными нарушениями гражданских и политических прав, если одновременно не пресекать экономические и социальные преступления, которые с ними тесно связаны.

44 О демобилизации военизированных группировок см. доклад «Хьюман Райтс Вотч» «Las arapencias engañan: La demovilización de grupos paramilitares en Colombia», August 2005, Vol. 17 (3) (B) и сравните с заявлениями колумбийских вооруженных сил *Diario Occidente* 11 марта 2006 г. «Fuerza Aérea Colombiana: concluye proceso de desmovilación de 26,000 paramilitares», www.fac.mil.co/index.php?idcategoria58374&facmil_20075689fbbe5ae2017760f8ef647ed40aaba (последнее посещение 10 июля 2008 г.).

45 См. «Solidaridad mundial con las victimas de los crímenes de Estado y del paramilitarismo en Colombia», Medellín, 6 March 2008, <http://colombia.indymedia.org/news/2008/03/82561.php> (последнее посещение 10 июля 2008 г.).

46 Araujo Rentería, см. примечание 43, выше.

Осуждение и (или) наказание

Луи Жуане предложил способ, посредством которого правосудие переходного типа могло бы совместить борьбу с безнаказанностью и примирение и укрепление процесса, направленного на обеспечение полного соблюдения прав человека. На коллоквиуме, состоявшемся в 1996 г. в Сантьяго-де-Чили, он представил доклад, озаглавленный «Набор принципов для защиты и упрочения прав человека посредством мер по борьбе с безнаказанностью», предложив разграничивать амнистии, предоставленные до какого бы то ни было судебного разбирательства и вынесения приговора, и амнистии, решение о которых принимается после завершения процесса и осуждения виновного⁴⁷.

Амнистии, которые препятствуют привлечению к судебной ответственности лиц, подозреваемых в нарушении основных прав человека, незаконны с точки зрения международного права. Однако, по мнению Луи Жуане, амнистия, предоставленная после вынесения приговора и позволяющая осужденному либо понести более мягкое наказание, либо вовсе не отбывать назначенный срок, может не только быть приемлемой, но и способствовать процессу перехода. Иногда осуждение само по себе позволяет заклеить преступника и его деяния в достаточной мере для того, чтобы удовлетворить ожидания широкой общественности и пострадавших. Важнее всего, что закон сказал свое слово и восстанавливается порядок, основанный на ценностях, что палач явным образом объявлен преступником, а человек, подвергшийся пыткам, — жертвой. Постановление, вынесенное судом, одновременно удовлетворяет потребности в установлении истины и в реабилитации. Таким образом, можно представить механизмы амнистии, следующей за осуждением.

С точки зрения принципов ясно, что такое решение вопроса заслуживает внимания, поскольку оно удовлетворяет оба аспекта запросов людей в переходный период. Однако при его практическом осуществлении возникает ряд вопросов. Как мы видели на примере

47 В своем докладе (см. примечание 26, выше) Луи Жуане поднял вопрос о совместимости любой формы амнистии с международным правом. Бенжамин Куэльяр в своем выступлении «Амнезия или амнистия» в Сан-Сальвадоре осенью 1995 г. пришел к выводу, что посредством амнистий организуется заговор молчания и создаются препятствия к получению пострадавшими какого бы то ни было возмещения. Осуждение с последующей амнистией имеет меньше нежелательных последствий. Выступление Бенжамина Куэльяра (Benjamin Cuellar) см. <http://pauillac.inria.fr/, maranget/volcans/06.96/amnesie.html> (последнее посещение 10 июля 2008 г.).

Южно-Африканской Республики, цель мер по предоставлению амнистии состоит в том, чтобы заставить правонарушителя как можно полнее сотрудничать в установлении истины обо всех нарушениях, о которых ему известно, — совершенных как им самим, так и любыми другими лицами.

Амнистия, предоставленная после осуждения преступника, не обязательно будет способствовать достижению этих целей таким же образом. Если лицо было предано суду за преступления, не все из которых могли быть доказаны за недостаточностью улик, у него не будет стимула помогать установить истину, потому что это может обернуться для него дополнительными обвинениями. Принцип *ne bis in idem* не будет распространяться на эти оставшиеся скрытыми преступления, даже если они являются частью серии. Остается следующая возможность: осужденный преступник разоблачит сообщников или расскажет о других деяниях, о которых он мог узнать, например, в официальном качестве. И в этом случае человек, оказавшийся в подобном положении, может предпочесть не разглашать имеющуюся у него информацию из боязни ответных шагов со стороны лиц, которых коснулись бы его разоблачения, в виде новых обвинений.

Чтобы избежать таких проблем, обвиняемый, возможно, потребует гарантий того, что любая сообщенная им новая информация или информация, исходящая от других лиц и содержащая обвинения против него, не повлечет за собой более тяжкое наказание или осуждение за вскрывшиеся деяния. Это создало бы как раз ту ситуацию, которую указанные меры были призваны предотвратить, а именно амнистию, защищающую преступника от судебного преследования и осуждения, которого он заслуживает, в качестве «платы» за сотрудничество.

Практика Южно-Африканской Республики показала, что правонарушители, даже когда они соглашаются сотрудничать, склонны раскрывать информацию о собственных правонарушениях и тех, которые им известны, по частям — нередко из страха, что один из сообщников заговорит первым и выдаст более полную информацию о преступлениях, которые они хотели скрыть или минимизировать. У тех, кто хочет воспользоваться законом об амнистии, есть стимул для искренности, особенно если им заранее дают гарантии амнистии или смягчения наказания. При этом после осуждения условия, по-видимому, меняются и осужденные, если только им не грозят последствия раскрытия новых преступлений, оставшихся неизвестными, склонны вести себя более осторожно.

Избирательный подход к нарушениям

Теоретики правосудия переходного типа исходят из наличия четкого водораздела между временем «до», где черным-черно от страшных злодеяний, и абсолютно безукоризненным «после».

Мне вовсе не хочется защищать диктаторов или выступать в качестве апологета конфликтов, но все же следует подчеркнуть, что, хотя переходный период и может представлять собой радикальное улучшение по сравнению с ситуациями беззакония, он редко соответствует потребностям в мире, демократии, справедливом развитии и верховенстве закона, удовлетворение которых является заявленной целью правосудия переходного типа.

Правосудие, которое занимается только нарушениями гражданских и политических прав

Понимаемое таким образом правосудие переходного типа допускает ограничения, налагаемые на его идеальное отправление, особенно в плане карательных санкций, в той мере, в какой оно одобряет отклонения, обоснованные необходимостью ускорить процесс перехода. В основе этого подхода лежит такое рассуждение: демократия и мир, которые позволят обществу восстановиться, а населению — покончить с расколом, гарантируют более мирную и справедливую организацию жизни, и потому допустимо пожертвовать скрупулезным применением некоторых принципов ради ожидаемых результатов.

Этот процесс имеет ярко выраженную идеологическую составляющую, поскольку он базируется на модели демократии, делающей акцент в первую очередь на свободе самовыражения граждан и уважении международно-признанных гражданских и политических прав. При этом сторонники такого либерального подхода как-то забывают о том, что любой конфликт — будь то внутренний конфликт или конфликт, порожденный диктатурой, — возникает и разгорается в обстановке, для которой характерны повреждения социальной структуры в соответствующем государстве, отражающиеся не только на гражданских и политических правах, но также на правах экономических, социальных и культурных⁴⁸.

48 См. Thomas E. McCarthy (ed.), *Attacking the Root Causes of Torture: Poverty, Inequality and Violence*, preface by Louise Arbour, ОМСТ, Geneva, 2005, книгу в электронном формате см. www.omct.org.

Правосудие переходного типа утверждает, что занимается самыми тяжкими преступлениями, принадлежащими к наследию прошлого, такими, например, как пытки, внесудебные казни, насильственные исчезновения, рабство и произвольное лишение свободы. В своем подходе оно отдает предпочтение, так сказать, «ядру» прав человека, которое видится как средоточие гражданских и политических прав. Но если мы пытаемся полностью разобраться с наследием прошлого, разве можно пройти мимо нарушений экономических, социальных и культурных прав, таких, например, как отказ в предоставлении крова, доступа к пище и сельскохозяйственным угодьям? Это тем более парадоксально, что правосудие переходного типа стремится не воспроизвести *status quo ante*, а создать условия для становления более мирного общества, живущего в условиях верховенства закона.

Исходя из этого, будет ли целесообразно принимать во внимание нарушения экономических, социальных и культурных прав, совершавшиеся или усилившиеся во время конфликтного периода, как это было, например, в ЮАР или Колумбии? По-видимому, есть все основания это делать, тем более что нарушения гражданских и политических прав, перечисленные Марком Фрименом⁴⁹, часто сочетаются с очень серьезными нарушениями экономических, социальных и культурных прав, несоблюдение которых в ряде случаев создает благоприятные условия для нарушения гражданских и политических прав.

Несомненно, криминализировать такие нарушения и наказывать за них труднее, но именно они часто сеют семена конфликта. Если цель состоит в том, чтобы обеспечить реальный переход, конечно, придется заниматься всеми серьезными нарушениями прав человека, совершенными в прошлом. Однако затем выяснится, что истоки пыток и насильственных исчезновений следует искать в социальной напряженности, порожденной неравенством и несправедливой системой, в том числе и распределения произведенного продукта, а также незаконным присвоением имущества и ограблением целых групп населения. Можно ли наказывать за одно и не наказывать за другое? Не потому ли, что нарушения экономических, социальных и культурных прав считаются менее серьезными, ими не занимается правосудие переходного типа? Как можно добиться прочного примирения, когда нарушения экономических и социальных прав замалчиваются и будущее строится на основе, которая сохраняет в неприкосновенности или даже усугубляет эти нарушения?

49 Freeman, см. примечание 18, выше.

На это могут возразить, что механизмы судебного преследования за нарушения экономических, социальных и культурных прав находятся в зачаточном состоянии, и поэтому целесообразнее дальше развивать механизмы имплементации гражданских и политических прав с помощью уже имеющихся более четко действующих и эффективных инструментов. Не оспаривая обоснованность этого замечания, мы считаем необходимым подчеркнуть, что, когда речь идет об определении новой области, правосудие переходного периода старается не выходить за рамки комбинации мер, предназначенных для защиты гражданских и политических прав, и полностью игнорирует социальные, экономические и культурные права, нарушения которых даже не упоминаются в указанных рамках. Однако ситуации после конфликта или после диктатуры нередко приводят к глубокому разочарованию граждан. Они могли бы чувствовать облегчение от того, что над ними больше не творят произвол, но ощущают недовольство моделью общества, которая появляется в результате перехода. В связи с этим положение в странах бывшего социалистического блока в Европе обладает характеристиками, заслуживающими более углубленного анализа.

Иллюстрацией этого может послужить тот факт, что переход, осуществленный в Южно-Африканской Республике, позволил воплотить в жизнь принцип «один человек/один голос», но оставил практически неприкосновенной социальную структуру страны, которая является наследием колониализма. Эта социальная структура сохраняет важнейшие природные ресурсы в руках белых, в то время как большинство черного населения продолжает жить в условиях ужасающей нищеты. Насилие в южноафриканском обществе (уровень городской преступности в ЮАР — среди самых высоких в мире) не рассматривается как результат политической дискриминации, но оно, несомненно, связано с социальной дискриминацией, которая не искоренялась в рамках переходного периода.

В результате, помимо относительной безнаказанности, которой пользуются лица, совершившие преступления против гражданских и политических прав, этим обществам приходится иметь дело с «пост-переходными» ситуациями, в которых система социальной несправедливости, изначально приведшая к конфликту, остается практически неприкосновенной.

Здесь представимы два подхода. Ввиду того, что невозможно наказывать за все нарушения основных прав из-за отсутствия системы санкций за нарушения экономических, социальных и культурных прав, первый подход означает неизбежность применения норм с определенной степенью гибкости, что, естественно, может поставить под вопрос

сами принципы уголовного права и в части, касающейся гражданских и политических прав. Второй подход подразумевает борьбу с безнаказанностью во всех сферах, имеющих отношение к соблюдению основных прав, без чего право не сможет сохранить свою роль общего регулятора социального поведения, ставить перед собой задачу найти способы привлечения к судебной ответственности за нарушения социальных, экономических и культурных прав и выработать эффективные механизмы криминализации их нарушений.

Демократический переход?

Хотя невозможно отделить нарушения гражданских и политических прав от преступлений против социальных, экономических и культурных прав, важно определить политическую цель перехода, которая будет зависеть от параметров конфликта.

Будь то в Испании, Чили или Аргентине, конфликты, приведшие к власти диктаторов, были результатом конфронтации политических сил, стремившихся создать диаметрально противоположные политические режимы. По крайней мере в этих трех странах, цель перехода, последовавшего за периодом диктаторского правления, состояла не столько в том, чтобы восстановить политический *status quo ante*, а в том, чтобы укрепить процесс, начатый против воли большинства населения.

Конечно, невозможно переделать исторические процессы, выступающие как результат сложной и в большой степени необратимой динамики. Однако в рамках перехода, следующего за диктатурой, когда мы анализируем вопрос о возможных компенсациях и наказаниях, мы должны рассматривать не только индивидуальных пострадавших и лиц, причинивших им вред, но также общественные движения, профсоюзы и другие вовлеченные в процесс институты. Этот коллективный аспект часто остается нераскрытым, потому что главными акторами оказываются одни и те же лица; результаты преступлений официально закрепляются, а самим преступлениям придается статус легитимности. Ведь цель любой диктатуры состоит в конечном счете в том, чтобы воспрепятствовать демократическому процессу или поставить его под контроль, с тем чтобы будущее страны выглядело не так, как того желает большинство населения.

Как и мятеж против республиканского правительства в Испании в 1936 г., свержение президента Альенде в результате государственного переворота в Чили в 1973 г. было преступлением против демократии.

Преступления этого типа состоят не только в одномоментном устранении законно избранных властей, но имеют продолжение во времени в виде уничтожения или глубокого перерождения общественных и политических движений, которым большинство народа доверило управление делами государства.

К концу периода диктатуры все группы, образующие политический спектр, претерпевают глубокие и часто необратимые изменения. образу партий, прошедших через кровавые чистки, наносится долгосрочный ущерб. Иногда они и вовсе перестают существовать.

Сегодня мы — бессильные свидетели подобного явления в Колумбии. Меньше чем за два десятилетия Патриотический союз был обезглавлен. Более 3 тысяч его членов, в том числе и многие лидеры, которые его представляли в высших органах власти страны, были убиты или «исчезли». Эти преступления стали результатом не столкновений противоборствующих вооруженных сил — регулярных или нерегулярных, — а осуществления цели устранить людей. Цели эти были сформулированы в планах, разработанных одной группировкой внутри вооруженных сил и носящих такие кодовые названия, как «Красный шар» или «Операция «Последний удар»» (*Coup de grâce*)⁵⁰. Как и тысячи заказных убийств профсоюзных лидеров, эти планы являются частью стратегии, направленной на уничтожение левых сил и профсоюзной оппозиции, в целях построения государства, основанного на консенсусальной демократии и ультралиберальных принципах.

Таким образом, при переходе надо учитывать ситуацию, существовавшую до конфликта, и ту, которая должна установиться в результате переходного процесса. Действительно ли это поможет не вернуться к *status quo ante*, чего достичь нельзя по раскрытым выше причинам, — а хотя бы гарантировать различным общественным группам право выражать свое мнение и организовываться не просто свободно, но делать это в обществе, которое наказало силы, ответственные за создавшиеся условия?

В отличие от Конвенции о предупреждении преступления геноцида и наказании за него колумбийское уголовное право, как и уголовное законодательство большинства латиноамериканских стран,

50 В июне 1994 г. у меня была встреча с сенатором Мануэлем Сепеда Варгасом. Он сказал мне, что его, вероятно, убьют по возвращении на родину в рамках операции «Последний удар» (*Golpe de Gracia*), направленной на устранение членов Патриотического союза. Он и в самом деле был убит 9 августа того же года. Документальный фильм *El Baile Rojo: Memoria de los Silenciados* режиссера Есида Кампоса (*Yesid Campos*) был показан по каналу Caracol колумбийского телевидения 18 августа 2008 г. См. [www.reiniciar.org/drupal/?q5 node/145](http://www.reiniciar.org/drupal/?q5%20node/145) (последнее посещение 10 июля 2008 г.).

инкорпорировало определение геноцида вместе с исходным проектом составителей Конвенции, в котором и уничтожение политических групп рассматривается как составляющая геноцида⁵¹. Однако, как мы могли видеть на примере демократического перехода в Чили, если генералу Пиночету и пришлось понервничать из-за попыток привлечь его к судебной ответственности за преступление геноцида, это стало результатом демаршей иностранного судьи, а не переходного процесса в Чили.

Поскольку фаза перехода нацелена на восстановление или установление демократии и верховенства закона, логично было бы подвергнуть преследованию не только индивидуальных правонарушителей, ответственных за политику истребления, но и организации, которые такое истребление планировали и осуществляли. Это тем более важно в странах, где подобные преступления квалифицируются как геноцид. Аналогичным образом различные движения, пострадавшие при диктатуре от политики репрессий или истребления, должны иметь возможность получить возмещение или компенсацию, чтобы восстановить в той мере, в какой это можно сделать, статус, подобный тому, которым они пользовались до преступления.

Однако такие меры, которые могут быть приняты в отношении отдельных лиц в рамках удовлетворения потребностей, связанных с национальным возрождением, чрезвычайно редко касаются выплаты возмещения за понесенный ущерб организациям, партиям и профсоюзам, хотя они иногда и пользуются своего рода символической реабилитацией. Конечно, трудно себе представить, какая адекватная компенсация может быть предоставлена партии, политическому движению или ассоциации, исчезнувшим в результате репрессий.

Наказание властей, которые проводили такую политику, должно рассматриваться как чрезвычайно важная задача, потому что оно может стать самым эффективным средством проложить путь к подлинно демократической реконструкции. Но и здесь часто возникают неразрешимые практические проблемы. Авторитарные или дикта-

51 Когда судья Гарсон осудил генерала Пиночета, одним из пунктов обвинения был геноцид. В интересном исследовании, озаглавленном «Exclusión de los Grupos Políticos en la Tipificación Internacional del Genocidio» («Исключение политических групп из международной типификации геноцида»), Ригоберто Паредес Айлон анализирует различия подходов между концепцией, предложенной в 1944 г. Рафаэлем Лемкином, и формулировкой статьи II Конвенции (см. примечание 21, выше). Он также указывает на различие, существующее между уголовными кодексами латиноамериканских стран и международным правом. См. www.rigobertoparedes.com/web_english/ver_publicacion.php?Cual511, www.rigobertoparedes.com/web_english/_files/Exclusion_de_los_Grupos_Políticos-Genocidio.doc (последнее посещение 10 июля 2008 г.).

торские движения, которые отняли власть у сил, осуществлявших ее на законных основаниях, а затем эти силы уничтожили, к концу процесса, который иногда растягивается на несколько десятилетий, претерпевают существенную эволюцию. После очень жесткой фазы такие режимы, стремясь обеспечить себе легитимность и долгое пребывание у власти, как правило, заменяют должностных лиц в подконтрольном им государственном аппарате на технократов, считающихся политически нейтральными. В результате движение, которое изначально было продиктаторским, постепенно приобретает более приемлемую форму и позволяет перейти к демократии, основанной на сохранении системы, созданной путчистами. Именно таким образом демократия установилась в Чили в рамках ультралиберальной системы, которую хотела создать военная хунта, полностью искоренив программу, за которую народ проголосовал в начале 1970-х гг.

Парадоксально, что вопрос о наказании политических групп и движений политического характера может решаться только там, где происходит полный разрыв с прошлым, а не переход от него. Нюрнбергский трибунал смог судить не только индивидуумов, но и собственно нацистскую партию только потому, что перехода в Германии не было. И наоборот, у политических сил, поставленных у власти Франко и Пиночетом, было время приспособиться, и потому их существование не ставилось под вопрос по окончании переходного периода.

В той мере, в какой демократический процесс снова способен функционировать беспрепятственно, можно надеяться на появление на политической сцене новых движений, профсоюзов и партий, более соответствующих интересам демократических сил общества, и на то, что они помогут начать обсуждение имеющихся проблем с новых позиций. При этом сохраняется опасность, что, если снова начнутся острые трения, у экстремистских движений может появиться искушение прервать процесс. Примеры предпринятых в прошлом успешных попыток в этом направлении могут только придать им уверенности.

Наказание — элемент правосудия среди прочих...

Предпринятый нами обзор, очень беглый и ни в коем случае не претендующий на полноту (ни географически, ни тематически), позволяет сделать несколько выводов.

Прежде всего надо, по нашему мнению, сказать, что различные переходы соответствовали обстоятельствам и политическим импера-

тивам и не могут быть признаны настоящей моделью, которая помогла бы нам выработать подход к наказаниям и их логическому следствию — устранению безнаказанности.

Акцент, сделанный в Чили на восстановительном правосудии, когда предпочтение отдается выявлению имевших место нарушений посредством комиссии по установлению истины и примирению, а затем комиссии по возмещению ущерба и реконструкции и, наконец, в рамках второй фазы, выплате компенсаций пострадавшим, — лучшее из того, что можно было сделать на основании законов 1978 г. об амнистии. Конечно, генерал Пиночет и хунта, приведшая его к власти в 1973 г., подвергались сильному давлению со стороны как международной общественности, так и народа, стремившегося к большей свободе, но режим продолжал жестко контролировать процесс либерализации, который он был вынужден начать. Эти параметры и определили формы борьбы семей тех, кто пропал без вести и был убит армией или полицией, и тех, кто подвергался пыткам и пострадал от актов произвола. Как сила оказанного давления, так и решимость режима отвергать любые попытки призвать к ответу правонарушителей (особенно тех, кто играл главную роль в осуществлении государственного переворота и направлял репрессии во время диктатуры) объясняют фазы, контуры и ограничения переходного процесса.

Напротив, в Аргентине обстоятельства поражения генералов сделали возможным предание суду и осуждение представителей высшего военного руководства — как за государственный переворот, так и за преступления, совершенные в годы, когда в их руках были сосредоточены практически все рычаги власти в стране. Неспособность режима справиться с экономическими трудностями страны побудила его — в целях восстановления своего престижа — предпринять катастрофическую по своим последствиям попытку захвата Фолклендских островов. Потерпев поражение, генералы были вынуждены уступить место и полностью потеряли доверие как сила, способная управлять делами страны. Это положило начало переходному периоду.

Однако очень скоро новым властям пришлось ограничиться мерами, принимаемыми в отношении представителей режима, которые несли главную ответственность за происшедшее. Полная чистка сил, участвовавших в преступлениях при диктатуре, была бы слишком рискованной ввиду опасности дестабилизации режима (риск нового переворота) и подрыва внутренней безопасности (продолжительный подрыв авторитета сил безопасности мог бы отрицательно повлиять на способность государства обеспечивать порядок в стране).

По контрасту с Чили новый режим мог воспользоваться обстоятельствами, которые делали возможным наказание главных преступников, но только тогда, когда было установлено, что их подчиненные не несут никакой ответственности. Закон «Об обязательном подчинении» легализовал использование для защиты аргумента, на который тщетно пытались сослаться обвиняемые в Нюрнбергском процессе, а именно: они были обязаны подчиняться приказам начальников и не могут быть привлечены к ответственности за это.

Амнистия для должностных лиц среднего звена не только поможет тем, у кого на совести серьезные нарушения, укрепить свои позиции в иерархии, особенно в провинциях, как мы показали выше, но и станет серьезным препятствием для установления истины. Ввиду того, что никакие уголовные дела не были возбуждены против тех, кто украл их внуков, сначала убив их сыновей и дочерей, бабушки Пласаде-Майо во многих случаях не смогут найти никаких следов разыскиваемых ими детей. Чаще всего окажется невозможным распутать систему соучастия, связывающую убийц, должностных лиц, изготовивших фальшивые документы, и семьи, выдавшие детей за своих.

В этом отношении Южно-Африканская Республика добилась более убедительных результатов. Однако и там особенности перехода могут быть отнесены на счет конкретных обстоятельств, существующих в этой стране. Тяжесть наследия несправедливости, напряженности между различными африканскими племенами и сохранившийся контроль белого меньшинства над экономикой порождали опасность, что падение системы апартеида создаст в стране ситуацию разгула насилия.

Личность Нельсона Манделы и история всей его жизни в решающей степени способствовали принятию — пусть иногда и неохотному и окрашенному горечью — системы условных амнистий как платы за установление истины и основы для компенсаций и реконструкции. Человек, который возглавил переход к демократии и попросил пострадавших и общину, к которой он принадлежал, отказаться от своего права на справедливость, сам был жертвой произвола, поскольку провел более четверти века в тюрьмах, где условия содержания были далеки от приемлемых.

Поэтому его призыв восприняли не как результат холодного политического расчета, а как проект человека, который сам перенес физические страдания и был вправе требовать правосудия, но был готов отказаться от этого права на четко определенных условиях во имя достижения более высокой цели — избежать риска «кровавой бани». Но ситуация такого рода остается исключением, потому что редко

можно встретить личность, способную стать воплощением всех жертв и дела демократии и в то же время обладающую подлинным величием и качествами государственного мужа, распространившего свое влияние на обе общины и осуществившего мирный переход ко всеобщему удовлетворению.

...или гарантия возврата к верховенству закона

Все три примера, на которые мы ссылались выше, показывают, что решения проблем, найденные до сих пор, не могут считаться полностью удовлетворительными и выступают, скорее, как реагирование *suí generis*, и его вряд ли можно принять за основу абстрактной системы, так сказать, на все случаи жизни.

Более того, как мы показали в начале статьи, меры переходного периода иногда предполагают в качестве предварительного условия паралич всех форм правосудия — восстановительного или карательного. Потребности, связанные с операциями по разоружению, демобилизации и реинтеграции в ДРК, вылились в гарантии не только безнаказанности, но и неразглашения любой информации, полученной в ходе этих операций, что сделало невозможным установление истины. Что еще хуже, «перемешивание» войск, необходимое для разрыва племенных связей, означало получение новых командных постов теми, кто нарушал основные права, будь то с точки зрения гуманитарного права или права прав человека. И все же эти операции продолжают считаться необходимыми для того, чтобы остановить массовые убийства, изнасилования и грабежи.

Существует общее согласие относительно того, что после любого конфликта требуется переходный период, в течение которого государственный аппарат, необходимый для утверждения верховенства закона, находится в процессе создания и еще слишком слаб для удовлетворительного осуществления закрепленных за ним полномочий в области правосудия, особенно в отношении преступлений, совершенных в прошлом. Но можем ли мы отсюда заключить, что в этом контексте санкции должны быть как-то «адаптированы» к обстоятельствам, и делать главный акцент на восстановлении справедливости правонарушителем, а не на его наказании в классическом понимании этого слова?

Именно так и происходит на практике, создавая искушение подвести под этот процесс нормативную базу и систему правосудия, которая облегчала бы переход, но про которую нельзя было бы сказать,

что она уделяет недостаточное внимание правам пострадавших и обязанностям государств. Однако перед лицом возникающей в результате дилеммы приходится признать, что приоритет отдается все-таки мерам восстановительного правосудия, которые нередко считаются достаточными для того, чтобы удовлетворить условиям правосудия «воздаятельного».

Далее, на пути карательного правосудия нередко встают непреодолимые преграды. В дополнение к тому, что по практическим причинам судебная система не может отправлять правосудие надлежащим образом, тяжесть совершенных преступлений затрудняет применение соразмерных наказаний. Как можно найти соразмерные наказания для того, кто хладнокровно убивает целую семью или организует геноцид? Если лицо, виновное в геноциде, приговаривается к пожизненному заключению, чего тогда заслуживает человек, осужденный «всего лишь» за массовые убийства?

И эти, и многие другие вопросы абсолютно обоснованы. Но ведь нужно помнить о том, что конец любого конфликта означает возврат к верховенству закона, то есть к применению абстрактных норм, одинаково действенных для всех, а не соглашений, исходящих из оценки влияния тех или иных заинтересованных лиц.

Вопрос о наказании за преступления, связанные с нарушениями прав человека и в определенной степени гуманитарного права, не рассматривается в тех же категориях, что и вопрос наказания за нарушения позитивного права государства.

В сущности, лицо, нарушающее норму уголовного права, не наделено никакими полномочиями и не имеет обязанностей по соблюдению права и тем более по толкованию законов. Правонарушитель выступает в личном качестве и действует по личным же причинам, когда нарушает установленную норму, призванную защищать всех граждан и общество в целом от неправомерных посягательств на основные интересы, в том числе на право на жизнь.

Напротив, нарушения прав человека совершаются представителями государства или лицами, облеченными властью либо действующими с молчаливого согласия государства. В таких случаях возникает двойкая ответственность, а именно ответственность государства как такового за невыполнение своих обязанностей по международному праву или обычному праву и ответственность индивидуального носителя власти, совершившего противозаконное деяние.

Как правило, в отличие от того, что имеет место в классическом уголовном праве, преступник не только нарушает ту или иную норму, но и пытается доказать ее относительность или вовсе отбросить нару-

шаемую им норму во имя более высокой нормы или высших интересов государства.

Для диктатур Южного конуса (Бразилия, Парагвай, Уругвай, Аргентина и Чили) доктрина национальной безопасности рассматривалась в нормативном плане как обладающая приматом над действующим правом. В своем ответе Ги Ораншу, бывшему президенту организации АСАТ («Христианское действие против пыток»), капитан Флэри (Бразилия) не отрицал применения пыток, практики насильственных исчезновений и внесудебных казней, оправдывая их как тяжкие, но необходимые действия, которые согласились совершить смелые люди во имя защиты общества, члены которого не осознают грозящей им опасности и не обладают храбростью, необходимой для применения адекватных средств, чтобы устранить эту опасность⁵².

В подобных условиях наказание играет педагогическую и профилактическую роль. Оно посылает ясный сигнал обществу в целом о ценностях, которые его цементируют, и о священной природе права, служащего фундаментом для этих ценностей и защищающего их. В то же время наказание обеспечивает, чтобы правонарушители или те, кто их поддерживает или оправдывает их действия, не занимали ответственных постов в государственных учреждениях.

По словам матери, чей сын, борец за свободу, умер под пытками, тяжелее всего ей была реакция соседей, которые, не оправдывая, конечно, зверств, совершенных в отношении ее сына, говорили, что своих детей они «воспитывают» так, чтобы те не «совершали» таких действий, которые привели к аресту ее сына. Да, детей воспитывали по канонам культуры страха, учили их проявлять уважение к системе, основанной на отрицании верховенства закона и своего рода «праве» произвола, системе, которая построила общество на основе антидемократических и антигуманных ценностей, чтобы избежать незаконного наказания.

В системах такого рода наказание служит для придания легитимности ссылкам на неприемлемые ориентиры, которые пытаются навязать фактические власти. Там, где существует атмосфера всеобщего доносительства, часто слышишь такие замечания: «Раз их наказали, значит, они в чем-то провинились». Пострадавший в результате нару-

52 Капитан Флэри — известный бразильский палач, которому тогдашний президент АСАТ направил письмо с призывом изменить свой образ действий во имя христианских ценностей, на которых, по его мнению, основывалось бразильское общество. В своем ответе капитан обосновывал применение пыток (см. exchange of letters in the ACAT publication: *Echange de lettres dans le Courrier de l'ACAT N° 12: Non à la Torture en Europe*, Paris, 1979).

шения прав человека считается виновным, потому что власти его наказали, а рассуждать о том, было ли это наказание справедливым, оказывается делом опасным.

В таких условиях вероятность того, что сработают механизмы восстановительного правосудия, призванные «устыдить» правонарушителей, крайне мала. В экстремальных случаях, как, например, с капитаном Флэри, режим поднимает преступника на щит, чтобы оправдать свою политику. Американцы отметили аналогичное явление во время Нюрнбергского процесса, когда допрашивали Геринга⁵³.

Цель перехода — восстановить шкалу ценностей, которые послужат основой для неоспоримых норм и защиты этих норм. Попытки их преступить или, что еще опаснее, поставить под вопрос их легитимность со стороны тех, кто нарушал их в прошлом и продолжает это делать сегодня, должны встречать решительное сопротивление. Для пострадавших, общества и даже для преступников наказание нередко является единственным критерием оценки правосудия.

Со времен Средневековья мерилом полного суверенитета государства была его способность отправлять правосудие на всех уровнях. К счастью, в плане концепций имел место определенный прогресс, однако система, в которой наказание становится предметом торга, показала свою слабость. Правосудие должно быть одновременно восстановительным и карательным.

Это требование тем более важно, что мы живем в эпоху, отмеченную на международном уровне очень сильным релятивизмом и тем, что договоры по праву прав человека не только часто нарушаются, как, увы, это нередко случалось в истории, но и само их содержание подрывается недобросовестным толкованием, а их авторитет ставится под вопрос, например, введением в действие внутреннего законодательства или региональных договоров, противоречащих обязательствам государств-участников. Эта тенденция просматривается особенно четко в связи с запрещением пыток.

Нарушить норму, особенно принадлежащую к *jus cogens*, — серьезное деяние, но куда опаснее активные попытки поставить под сомнение саму норму, ее сферу применения и ее последствия. Обсуждение природы наказания в контексте переходного периода может усугубить опасность релятивизма в отношении самой нормы,

53 Во время суда Геринг вел себя вызывающе, был агрессивен с обвинителем и пытался выставить себя как бессмертного героя германской нации, лидера, осознающего свое превосходство и действующего во имя достижения великой цели. Он ни в чем не раскаивался и использовал суд как трибуну для защиты своих достижений.

особенно когда обсуждается возможность смягчения назначаемого законом наказания в целях содействия переходу. Особенно порочная стратегия состоит в том, чтобы энергично подтверждать принципы и нерушимость норм, одновременно подрывая саму их суть.

Примером этого могут послужить имеющие место в настоящее время попытки поставить под вопрос абсолютное запрещение пыток, равно как и бесчеловечного и унижающего человеческое достоинство обращения. Подтверждая свою незыблемую приверженность запрещению пыток, некоторые лидеры и юристы заявляют вопреки всем *достижениям* международного права, что жестокие, бесчеловечные и унижающие достоинство виды обращения или наказания входят в категорию, в отношении которой запрещение может быть оспорено в зависимости от обстоятельств. Более того, поскольку критерии, используемые ими для определения пыток, неправомерно ограничивают понятие нарушения, то деяния, относящиеся к категории пыток, «понижаются» до жестокого, бесчеловечного или унижающего достоинство обращения или наказания, а последние не менее неправомерно объявляются законными, когда они обусловлены угрозой безопасности государства или особо серьезными обстоятельствами.

Существует и вероятность того, что наказание за самые тяжкие преступления может быть поставлено под вопрос или, по крайней мере, значительно смягчено во имя благородных целей, таких, например, как восстановление демократии. Даже пострадавшие могут признать такие меры неизбежными по политическим причинам, но если эти меры в то же время представляются как производные от системы правосудия со всеми вытекающими последствиями (*res judicata, ne bis in idem* и т.д.) — в этом, на наш взгляд, кроется серьезная опасность.

Независимо от своей формы карательная санкция за тяжкое преступление — единственно возможная реакция на нарушение. Раскаяние преступника, его усилия с целью восстановления *status quo ante* или, по крайней мере, компенсации вреда, причиненного пострадавшим, либо помощь в установлении истины выступают как элементы, способные повлиять на наказание, но они не могут его заменить или послужить основанием для его смягчения ниже минимального уровня, который предписывался законом на момент совершения противоправного деяния.

Не вызывает сомнений, что многим пострадавшим будет не суждено увидеть свершившееся правосудие. Однако, укрепляя свои институты после конфликта или диктатуры, государство должно пытаться отправлять правосудие и не поддаваться искушению обсуждать вопрос о применении законов, так сказать, «по выбору клиента».

