

**Жак Верхаген**

**ПРЕПЯТСТВИЯ ЮРИДИЧЕСКОГО  
ХАРАКТЕРА К СУДЕБНОМУ  
ПРЕСЛЕДОВАНИЮ ЗА НАРУШЕНИЯ  
ГУМАНИТАРНОГО ПРАВА**

Статья опубликована в «Revue internationale de la Croix-Rouge», n° 106, juillet-décembre 1987, pp. 634-647.

От автора: основой для настоящей статьи послужила белгийская дипломатическая лекция, подготовленная для XIV Международного конгресса по международному праву (Вена, 1983). Статья посвящается памяти моего друга и учителя профессора Роберта де Фрэнк.

J. Verhaegen, La répression des crimes de guerre en droit pénal de la guerre, Hans N. Jansbeck, Berlin, Deutscher und Hamblat, 1985, p. 1427.

Общеизвестно, что, подписав и ратифицировав Женевские конвенции от 12 августа 1949 г., Высокие Договаривающиеся Стороны обязались разыскивать и преследовать лиц, совершивших или приказавших совершить те или иные серьезные нарушения данных Конвенций, *независимо от их гражданства*. Как мы указывали в другой публикации<sup>1</sup>, это явным образом сформулированное обязательство находится в таком резком противоречии с существующим обычаем и безнаказанностью, которой граждане соответствующих государств традиционно пользуются в данной области, что совершенно естественно возникает вопрос: каким образом государства намерены проводить в жизнь это обязательство и добиваться, чтобы их политики, военнослужащие и *судебные власти* понимали и принимали вытекающие из него следствия.

Что касается бельгийского государства, мы задаем следующий вопрос: «Можно ли сказать, что оно в большей степени, чем другие государства, готово и подготовило общественное

---

Статья опубликована в «Revue internationale de la Croix-Rouge», n° 768, novembre—décembre 1987, pp. 634—647.

*От автора:* основой для настоящей статьи послужил бельгийский национальный доклад, подготовленный для XIV Международного конгресса по уголовному праву (Вена, 1989). Статья посвящается памяти моего брата Ива, ушедшего добровольцем на фронт.

<sup>1</sup> J. Verhaegen. La répression des crimes de guerre en droit pénal belge. — Mélanges Hans-N. Jescheck. Berlin, Duncker und Humblot, 1985, p. 1441.

мнение к тому, чтобы подвергать санкциям, предусмотренным внутригосударственным уголовным законодательством, любого бельгийца, независимо от его положения и занимаемой должности, нарушившего какой-либо запрет гуманитарного права, и не в корыстных целях или из садизма, а от имени и в интересах государства, в рамках своей деятельности по обеспечению государственной обороны?»

Существующее в настоящее время нежелание преследовать и судить за преступления такого рода стало предметом анализа нескольких авторов<sup>2</sup>. Трудно не согласиться с выводом, который Андре Мальро делает в «Надежде»: «Люди с трудом верят в то, что их товарищи по оружию способны на отвратительные поступки» (перевод МККК). Или замечанием, сделанным одним специалистом по административному праву по поводу злоупотреблений властью во французском внутригосударственном праве: «Бывает нелегко вынести приговор полицейскому, который хотя и превысил свои полномочия, но действовал не злонамеренно и считал, что служит общественным интересам, — это кажется несправедливо»<sup>3</sup>.

Эта проблема была рассмотрена на семинаре Международного высшего института уголовно-правовых наук (Ното, май 1984 г.), посвященном «новым горизонтам международного уголовного права вооруженных конфликтов». В обобщающем докладе говорится: «Сложность насаждения гуманитарного права, подкрепленного *уголовными* санкциями, относимая, несомненно, на счет факторов не столько юридического, сколько политического и психологического свойства, оказалась связанной, в первую очередь, с еще очень широко распространенным непониманием роли, принадлежащей этому праву, в защите того *минимума, который должен быть обеспечен человеку* в наихудших обстоятельствах (...) — минимума гуманности, который приходится постоянно отстаивать от по-

<sup>2</sup> J. Verhaegen. La protection pénale contre les excès de pouvoir et la résistance légitime à l'autorité. Brussels, Ets. Emile Bruylant, 1969, pp. 117 ets.

<sup>3</sup> См. Debary. L'inexistence des actes administratifs. Paris, Pichon-Durand, 1960, p. 32.

святательств во имя «государственных интересов» и военной необходимости...»

Перипетии дела Симода, превратности процесса о событиях в деревне Сонгми, трудности в создании комиссии Кахане в деле о Сабре и Шатиле – вот только немногие из многочисленных примеров глухого сопротивления и препятствий, чинимых выполнению гуманитарного права, *защищенного судебными средствами*<sup>4</sup>.

Но это нежелание действовать, будь оно политического или психологического свойства, никогда бы не перевесило юридическую обязанность «разыскивать и преследовать», если бы не опиралось в определенной степени на правовые документы или, по меньшей мере, на соображения, выглядящие как *юридические*. Упомянутый выше доклад, представленный в Ното, в этом смысле можно считать заслугой семинара, поскольку он сделал предметом размышлений и анализа исследователей различные «узкие места, теории, позволяющие обойти закон, и процессуальные препятствия» из числа наиболее часто используемых для возведения «правового» барьера на пути пресечения и осуждения нарушений гуманитарного права, даже если они очевидны и причинили серьезный ущерб.

Именно рассмотрению наиболее часто встречающихся препятствий такого рода и посвящена эта статья.

### 1. Заявление о неподсудности дела данному суду

Известная в некоторых странах под названием *judicial restraint* вековая претензия исполнительной власти на выведение из-под контроля власти судебной решений, относящихся к «заповедным» областям иностранных дел, внешней безопасности государства и национальной обороны, если и не опирается явным и, мы бы сказали, циничным образом на «государственный интерес», очищенный от любых юридических

<sup>4</sup> J. Verhaegen. Les nouveaux horizons du droit international pénal des conflits armés. — Revue de droit pénal et criminel (janvier 1985, p. 34); «New Horizons in International Criminal Law». — Nouv. Et. pénales, 1985, pp. 45 à 58.

и моральных соображений, то пытается черпать легитимность в идее – неправильной, – согласно которой контроль неизбежно сопряжен с посягательствами на неограниченную власть правительства<sup>5</sup>.

Конечно, с тех пор как большое число государств, подписав международные Конвенции<sup>6</sup>, признали принцип уголовной ответственности за акты войны и правомерность индивидуальных обращений с жалобами на нарушения *jus in bello*, трудно утверждать, что действия, относящиеся к сфере национальной обороны, не подлежат уголовным наказаниям. Однако достаточно показательным, что старую теорию продолжают регулярно вытаскивать на свет в заявлениях членов политического и военного руководства или даже в аргументации судей.

«Заявление о неподсудности сделано (...). Решения, касающиеся обороны, выше законов; вопрос о законности этих решений не возникает...»<sup>7</sup>.

Слова эти были произнесены бельгийским должностным лицом, наделенным судебными функциями, в ответ на ходатайство об отмене правительственного решения, касавшегося вооружений. Заявление о неподсудности было сделано в тот самый год, когда Бельгия ратифицировала Протокол, вменявший ей в обязанность *предавать своим судам* лиц, отдавших приказ о нападении на гражданское население или на необороняемые местности, запрещавший прибегать к насильственным действиям неизбирательного характера и обязавший проверять соответствие новых вооружений нормам меж-

<sup>5</sup> Для этой точки зрения характерно следующее высказывание, сделанное по бельгийскому радио генералом В. Уолтерсом сразу после критики его страны Международным судом (27 июня 1986 г.): «Мое правительство не допустит, чтобы его собственная внешняя политика диктовалась ему коллегией иностранных судей...»

<sup>6</sup> См., в частности, статьи 49, 50, 129 и 146, соответственно, I, II, III и IV Женевских конвенций от 12 августа 1949 г., статью 85 Дополнительного протокола I от 1977 г. и статью 15, § 2, Европейской конвенции о защите прав человека, в которых содержатся ссылки на «законность» актов войны.

<sup>7</sup> Ответ первого аудитора при Государственном совете в деле «Рах Christi et consorts», 1986.

дународного права, и это служит прекрасным примером того, как трудно усваивается международное уголовное право вооруженных конфликтов даже теми, на кого возложена обязанность проводить в жизнь его предписания.

Но этот мнимый иммунитет от уголовных санкций вовсе не является единственным средством помешать тому, чтобы нарушения гуманитарного права были доведены до сведения судебных инстанций.

## 2. Отказ в возбуждении уголовного дела и рассмотрение в качестве простых нарушений воинской дисциплины

Полномочие, которым наделены отдельные органы судебной власти, в частности органы дознания, оценивать обоснованность обвинений или даже целесообразность преследования, конечно, в немалой степени способствовало тому, что большинство так называемых служебных преступлений и правонарушений, независимо от степени их тяжести, совершаемых во имя и в интересах национального государства, не рассматриваются в судах<sup>8</sup>.

Некоторые делают отсюда пессимистический вывод, что только вмешательство средств массовой информации способно в отдельных исключительных случаях обеспечить передачу дела в компетентные инстанции для рассмотрения по существу<sup>9</sup>.

В качестве примера можно привести дело «Гринпис». 27 августа 1985 г. французский премьер-министр заверил: «Если выяснится, что преступные действия были совершены французскими гражданами, последние будут немедленно привлечены к судебной ответственности». Однако 28 ноября того

<sup>8</sup> *J. Verhaegen. L'excès de pouvoir, la légalité de crise et le droit de Nuremberg. — La protection pénale contre les excès de pouvoir, op. cit.*, pp. 359 et s. Spécialement, sur la «favor potestatis», pp. 420 et s. По поводу некоторых случаев действительного привлечения к ответственности см. *J. Verhaegen. La culpabilité des exécutants d'ordres illégaux. — «Rev. Jurid. du Congo», 1970/3, p. 231 et s., spécialement note 2.*

<sup>9</sup> См., например, *M. McCarthy. Rapport sur le procès du capitaine Médina. Paris, Laffont, 1973 et compte rendu de J. Verhaegen — «Rev. Dr. Pén. Crim.», 1973—74, p. 615.*

же года, несмотря на то, что было выявлено несколько лиц, несущих политическую и военную ответственность за операцию, а может быть, как раз поэтому, министр обороны счел необходимым заявить, что, к сожалению, уголовное преследование стало невозможным (!) ...ввиду отказа парламента создать парламентскую комиссию по расследованию!

В Бельгии, как и во Франции, неоправданное бездействие органов, привлекающих к ответственности, теоретически может быть преодолено путем использования признанного права потерпевшей стороны самой возбуждать уголовное дело. Но бельгийская юриспруденция ни в коей мере не допускает этого по отношению к военным трибуналам, которые в Бельгии, как правило, являются судебными инстанциями, полномочными разбирать дела о военных преступлениях и вообще о правонарушениях, совершенных военнослужащими.

Более того, в соответствии с бельгийским законом 1975 г., военные судебные инстанции, принявшие дело в производство от компетентных властей, имеют право прекратить производство по делу, представленному на их рассмотрение<sup>10</sup>, и квалифицировать его как дисциплинарное нарушение на том основании, что указанное деяние «имеет недостаточно серьезный характер». Однако не вызывает сомнения, что санкции, применяемые административными властями, могут иногда не соответствовать реальной тяжести правонарушений, представленных на рассмотрение. Кроме того, есть основания опасаться, что на оценку самих фактов этими властями сильно повлияют соображения, не имеющие отношения к праву, такие как некорыстный характер мотивов, которыми руководствовался обвиняемый, корпоративная солидарность, «честь знамени» и т.д.<sup>11</sup>

Именно для предотвращения, насколько возможно, неправомерных отказов в возбуждении уголовного дела и квалификации правонарушений как дисциплинарных проступков,

<sup>10</sup> *J. Verhaegen*. De la connaissance des infractions commises par les militaires. — «Journal Trib.», Bruxelles, 1973, pp. 721 et s.

<sup>11</sup> *Ibid.*, p. 722, 2<sup>e</sup> col.; *J. Verhaegen*. La protection pénale contre les excès de pouvoir, *op. cit.*, pp. 73 et s. et 432 et s.

чтобы, так сказать, «не выносить сор из избы», было предложено в рамках реформы военного уголовного судопроизводства возложить на определенную инстанцию обязанность официально объявлять о том, какой ход будет дан каждому иску, непременно *мотивируя* явным образом *причины* прекращения дела, если таковое будет иметь место. По нашему мнению, трудно переоценить значение этого нововведения.

### 3. Возражения, исходящие из необходимости сохранения государственной тайны

Даже если судебная инстанция считает себя компетентной рассматривать дело, а деяние признано достаточно тяжким и его нельзя квалифицировать как проступок, подлежащий лишь дисциплинарному взысканию, это еще не гарантирует, что доказательства правонарушения будут надлежащим образом представлены в суде.

В такого рода процессах существует значительный риск, что истину не установят из-за отказа обвиняемого и лиц, вызванных в качестве свидетелей, давать показания, если они решат сослаться на государственную тайну либо в отношении того или иного элемента состава преступления, либо одной из улик.

Нужно ли напоминать, что одной ссылки администрации на государственную тайну недостаточно, чтобы она была принята как таковая судебной инстанцией, собирающей материалы по международному правонарушению? Так, рассматривая в 1972 г. дело, где в качестве обвиняемых выступали бельгийские военнослужащие, прибегавшие во время учений к допросам пленных с пристрастием, военный трибунал Льежа отклонил ходатайство о рассмотрении дела на закрытом судебном заседании, исходящее от старшего офицера, которому было предложено описать некий в высшей степени сомнительный вид подготовки личного состава, введенный в одном из армейских формирований<sup>12</sup>.

<sup>12</sup> J. Verhaegen. La tentation de la torture. — «Journal Trib.», 1975, p. 473 et s. et plus spécialement «Savoir où porter le fer. A propos de la condamnation de six para-commandos». — «Journal Trib.», 1973, p. 140, col. 2.



Не подлежит сомнению и то, что допущение ссылки на государственную тайну по тому или иному конкретному моменту рассмотрения дела никоим образом не освобождает членов администрации от обязанности предоставить по требованию судьи материалы, необходимые для установления истины в возбужденном преследовании: «Изыятие материалов, оглашение которых заключало бы в себе серьезную опасность, должно сочетаться с представлением других материалов, делающих возможным осуществление контроля за законностью»<sup>13</sup>.

По поводу запрещения бельгийским уголовным законодательством разглашать «секретные сведения, касающиеся национальной обороны и внешней безопасности государства», на которые могли бы ссылаться допрашиваемые, следует напомнить также, что статья 119 Уголовного кодекса, в которой сформулировано это запрещение, и статья 13 Закона от 14 января 1985 г. о дисциплинарном уставе вооруженных сил карают только за сообщение сведений лицам, не имеющим права на ознакомление с ними, к каковым явно не может быть отнесена судебная инстанция, занимающаяся выявлением и расследованием нарушений международного уголовного права, в том числе и тех, которые совершаются под покровом государственной тайны<sup>14</sup>.

Поскольку Женевские конвенции вменяют в обязанность уведомление об их нарушении (статья 87 Дополнительного протокола I), а проект бельгийского закона № 577 предусматривает наказание за неприятие мер теми, кому становится известно о приказах, отданных в нарушение этих Конвенций, было бы абсолютно нелогичным препятствовать сообщению соответствующих сведений судебной инстанции, ко-

<sup>13</sup> *Cyr Cambier*. La censure de l'excès de pouvoir par le Conseil d'Etat. Bruxelles, 1956, n° 223.

<sup>14</sup> Известно, что бельгийский Уголовный кодекс карает разглашение профессиональной тайны «за исключением случаев, когда обладатели тайны должны давать показания в суде, и случая, когда закон обязывает их сообщить эти секретные сведения...».

торая как раз и призвана выявлять подобные нарушения и пресекать их.

В своем докладе, представленном в 1980 г. в Лувенском университете как раз по этому вопросу, профессор Х.-Х. Есхек дал на него предельно ясный ответ. «Приходится, — сказал он, в частности, — выбирать между двумя противоположными ценностями: с одной стороны, интересом государства, который заключается в том, чтобы сохранить в тайне некоторые факты в целях ненанесения ущерба его внешней безопасности, системе национальной обороны и внешней политике, и, с другой стороны, интересами защиты общего правопорядка, угроза которому создается этими фактами. Однако не всегда возможно просто подчинить правопорядок, в том числе высшие публично-правовые нормы, политическим интересам государства... Так, должна существовать возможность оправдать разглашение секретной подготовки к нарушению международных обязательств гуманитарного характера (например, угроза правовым ценностям, защищаемым во время вооруженных конфликтов Женевскими конвенциями и Дополнительными протоколами к ним) в соответствии с принципами и на условиях служащего основанием состояния необходимости»<sup>15</sup>.

#### 4. Отказ в правовой квалификации фактов

Как и всякий уголовный закон, нормы международного уголовного права подлежат строгому толкованию: они применяются ко всем случаям и только к тем случаям, которые входят в их сферу действия. Естественно, строгое истолкование не исключает ни *логических* толкований, которые выводят из нормы все необходимые импликации, ни истолкований в зависимости от обстоятельств, охватывающих в особенности *modus operandi*, трудно или вовсе не поддающийся прогнозированию законодателем ввиду своего высокого тех-

<sup>15</sup> Н.-Н. Jescheck. La protection des secrets d'Etat illégaux en République fédérale d'Allemagne. — «Licéité en droit positif et références légales aux valeurs». Bruxelles, 1982, p. 376.

нического уровня, лишь бы этот *modus* явным образом охватывался сферой действия.

Если при вынесении приговоров военным преступникам после окончания второй мировой войны судьи слишком часто поддавались соблазну *расширительного* толкования уголовных законов и игнорировали, в частности, законные ссылки на основания для освобождения от ответственности<sup>16</sup>, когда речь идет о государственных правонарушениях, совершаемых представителями национальных государств при исполнении служебных обязанностей, имеет место, наоборот, тенденция к *ограничительному* толкованию в квалификации или к отказу от последней<sup>17</sup>.

У толкователей международного уголовного права можно отметить ряд таких ошибок, более или менее сознательных, но, несомненно, ведущих к сужению сферы действия уголовного права.

а) Общие принципы международного уголовного права (начиная с первой среди них принципа верховенства *законов гуманности*, выраженного в оговорке Мартенса с вытекающими из нее прямыми следствиями: принцип иммунитета некомбатантов и основополагающее запрещение прибегать к средствам ведения войны, причиняющим чрезмерные страдания и имеющим неизбирательное действие) не признаются в качестве императивных правовых норм<sup>18</sup>.

б) Нормы, сформулированные в общих выражениях или недостаточно четко определенные<sup>19</sup>, из-за своей расплывча-

<sup>16</sup> «Зубастое» правосудие» – это выражение одного французского правительственного комиссара приводит Ж.-П. Мауноа в «La répression des crimes de guerre devant les tribunaux français et alliés». Genève, 1956, p. 52.

<sup>17</sup> La Protection pénale contre les excès... *op. cit.*, p. 427 et références citées.

<sup>18</sup> «Оговорка (Мартенса) не является обязательной для нашей страны...» – заявление министра внешних сношений, сделанное 9 ноября 1983 г. в парламенте (С.Р.А., p. 130). По поводу обязывающего характера оговорки Мартенса ср. ответ г-на посла Р. Биндшедлера, главы швейцарской делегации на Дипломатической конференции, в «Licéité en droit positif», *op. cit.*, p. 632, note 23.

<sup>19</sup> Международные конвенции пестрят расплывчатыми формулировками. См. J. Verhaegen. Les impasses du droit international pénal. — «Rev. Dr. Pén.

тости не могут послужить основанием для правовой квалификации. *Lex infinita, transgressio permissa!*

в) Когда же речь идет о недвусмысленно сформулированных и достаточно четких положениях, имеет место отказ делать из них логически неизбежные выводы<sup>20</sup>, а также отказ от эволюционного толкования этих документов<sup>21</sup>.

г) Лицу, совершившему серьезное нарушение, позволено приводить в качестве оправдания «мотивы, связанные с исполнением служебных обязанностей», хотя в глазах закона они никоим образом не освобождают от уголовной ответственности<sup>22</sup>. Некоторые авторы доходят до того, что считают объективным оправданием подчинение преступному приказу начальника.

д) Признание преступными таких деяний, как неосторожное убийство, неосторожное нанесение телесных повреждений<sup>23</sup> в соответствии с внутригосударственным правом и, в

*Crim.*», 1957—1958, pp. 1—61, spécialement pp. 18 à 20. В том же смысле: «Возникает вопрос, были ли юристы (составившие Комиссию по международному праву ООН, призванную сформулировать принципы Нюрнберга) в достаточной степени подготовлены к обсуждению вопросов уголовного права, ибо юридическая подготовка «международников» отличается от той, которую получают специалисты по уголовному праву... Сам председатель Селле был вынужден это отметить» («*Rev. Dr. Pén. Crim.*», 1950—1951, p. 819).

<sup>20</sup> J. Verhaegen. L'activité militaire en période de crise (conditions et limites de sa justification en droit pénal belge). — «*Rev. Belge Dr. Intern.*», 1984—1985/I, p. 331.

<sup>21</sup> «Возникли споры о том, применимо ли Гаагское положение к ядерному оружию» (заявление г-на Тиндеманса, министра внешних сношений, в парламенте 9 ноября 1983 г.). Ср. заключение Государственного совета от 8 октября 1984 г. по законопроекту «об одобрении Женевских дополнительных протоколов», в котором содержится также напоминание о применимости к ядерному оружию международно-правовых документов, таких, например, как Гаагские конвенции 1899 и 1907 г. и Женевские конвенции 1949 г.

<sup>22</sup> Типичный пример этого приведен в «*La protection pénale contre les excès de pouvoir*», *op. cit.*, p. 435.

<sup>23</sup> Об одновременном наличии элементов состава неумышленного убийства см. *Rapport de la Commission Kahane sur les responsabilités encourues à l'égard des événements de Sabra et Chatila*, Stock, 1983, p. 109. Также J. Verhaegen. Le délit d'imprudence et la guerre. — «*Rev. Dr. Pén. Crim.*», 1959—1960, pp. 419 à 491 et «*L'ordre illégal et son exécutant devant les juridictions pénales*». — «*Journal Trib.*», sept. 1986, pp. 449 à 454, spécialement p. 45.

особенности, «превентивное» признание деяний преступными в соответствии с внутригосударственным уголовным правом (которое, не касаясь самого преступления, предусматривает санкции за действия, порождающие или подготавливающие преступление) не принимаются в расчет, тогда как ни персональная, ни территориальная подсудность не препятствуют в правовом смысле их применению. Так бывает в случае приказа (пусть даже не возымевшего действия) о подготовке преступления, участия в преступном сговоре, содействия совершению преступления и непринятия мер для его предотвращения<sup>24</sup>.

е) Напротив, самые необоснованные толкования и квалификации, исходящие от исполнительной власти, принимаются покорно и без вопросов, даже если они несовместимы с тем или иным четко сформулированным законом в предельно ясной ситуации<sup>25</sup>.

В связи с этим можно вспомнить отказ в 1914–1918 гг. рассматривать применение отравляющих газов как очевидное нарушение общего и явным образом сформулированного запрещения использовать *яды* (статья 23 (а) Гаагского положения), отказ видеть в *бомбардировках с воздуха* незащищенных городов очевидное нарушение общего и явным образом сформулированного запрещения подвергать эти местности *бомбардировкам* (статья 25 того же Положения)<sup>26</sup>, отказ – до августа 1949 г. – рассматривать *взятие*

<sup>24</sup> J. Verhaegen. L'activité militaire en période de crise, *op. cit.*, p. 316 à 339.

<sup>25</sup> J. Verhaegen. Une interprétation inacceptable du principe de proportionnalité. — «Rev. dr. pén. mil. dr. guerre», 1982, pp. 333 et s. По вопросу квалификации права исполнительной властью см. M.-F. Furet. Préface aux Actes du colloque de Montpellier (1982), где о международном праве и вооружениях сказано, что «общие понятия (такие как «нападение неизбирательного характера» или причинение «чрезмерных страданий») могут толковаться только посредством соглашения между государствами, которые решают, какие виды оружия должны быть запрещены, исходя из этих общих данных».

<sup>26</sup> Отметим, что именно для сохранения логического и эволюционного толкования статьи 25 Гаагского положения по просьбе генерала Амуреля были добавлены слова «каким бы то ни было способом».

заложников как очевидное нарушение общего и явным образом сформулированного запрещения коллективных наказаний и посягательств на жизнь отдельных лиц на оккупированной территории (статьи 46 и 50 того же Положения).

В своем постановлении от 4 августа 1949 г. по делу Мюллера, ставшему прецедентом пресечения военных преступлений в бельгийском праве, Кассационный суд в Бельгии не преминул напомнить обязательный характер:

1) всех необходимых следствий явным образом сформулированных положений гуманитарного права<sup>27</sup>;

2) восполняющего принципа *гуманности*, который приводится в оговорке Мартенса, хотя неопределенность этой минимальной дополнительной нормы дает судьям более широкие возможности для того, чтобы принимать в расчет основания для снятия личной ответственности с официальных представителей, ставших жертвой фактических или правовых ошибок<sup>28</sup>.

## 5. Необходимость защиты жизненных интересов нации

Когда бельгийский судья противопоставляет норму *salus rei publicae suprema lex esto* ходатайству об отмене правительственного решения в области вооружений<sup>29</sup>, а его французский коллега отклоняет аргумент защиты, основанный на международных обязательствах Франции, и противопоставляет последним «естественное, незыблемое и неотъемлемое пра-

<sup>27</sup> «В кассационной жалобе справедливо указывается, что, хотя Гагская конвенция от 18 октября 1907 г. и приложенное к ней Положение... не содержат явным образом сформулированного положения о заложниках, тем не менее казнь заложников неявным образом рассматривается как нарушение законов и обычаев войны в статьях 46 и 50 вышеупомянутого Положения» (*Pasicristie*, 1949, I, p. 515).

<sup>28</sup> Хотя до августа 1949 г. репрессалии в отношении гражданского населения не были явным образом запрещены, есть приказы, «неподчинение которым становится необходимым ввиду очевидного нарушения высшего принципа гуманности» (Cass., 4 juillet 1949, *Pas.* 1949, p. 516).

<sup>29</sup> Requête citée, en cause «Pax Christi et consorts» (1986).

во каждой нации защищаться от агрессии»<sup>30</sup>, когда делегат французского государства на Дипломатической конференции 1974—1977 гг. обосновывает свой отказ принять положения, касающиеся нападений неизбирательного характера, тем, что они могли бы помешать осуществлению права на самооборону, признанного статьей 51 Устава Организации Объединенных Наций<sup>31</sup>, все они забывают (или делают вид, что забыли), что императивные положения международного права, являющиеся плодом предварительно установленного и тщательно выверенного компромисса между требованиями политической и военной необходимости, с одной стороны, и гуманности — с другой, носят *безусловный* характер, который не могут изменить никакие государственные надобности.

Речь здесь идет именно о «договорных и жестких нормах», представляющих собой абсолютный минимум, который должен быть предоставлен человеку в наихудших обстоятельствах.

Этот характер, абсолютно не терпящий никаких отступлений, о котором упоминается в статье 4 Международного пакта о гражданских и политических правах, в статье 15 (2) Европейской конвенции о правах человека и статье 60 (5) Венской конвенции о праве международных договоров, был особенно рельефно высвечен в постановлении от 18 января 1978 г. Европейского суда по правам человека по делу «Ирландия против Соединенного Королевства» (§ 163), где упомина-

<sup>30</sup> «Учитывая, что, даже если допустить примат международных договоров над внутригосударственным правом каждой страны, над этими документами существует норма, обязательная для всех, а эта норма исходит из естественного права каждой нации на защиту от любой агрессии и любого гнета, и это право незыблемо и неотъемлемо, поскольку оно составляет одно из средств защиты свободы личности» (Jugement du Tribunal de grande instance de Nîmes, 17 juin 1985, en cause M.P. contre J.-L. Cahu). В том же смысле: «Поскольку другие угрожают нам химическим оружием, мы не можем оставаться на стадии противогаза. Франция отступает. Она не должна ничего себе *запрещать*». — F. Mitterrand. «Le Monde», 11 février 1986.

<sup>31</sup> См. Commentaire des Protocoles additionnels aux Conventions de Genève. Comité international de la Croix-Rouge, Genève, 1986, p. 629 à 631, n° 1923 à 1934.

ются четыре характеристики запретов, устанавливаемых статьей 15, § 2, Конвенции:

- они не подлежат ограничениям,
- они не допускают никаких отступлений,
- они не обусловлены взаимностью, то есть соблюдением другой стороной,
- они имеют силу, даже когда речь идет о жизненных интересах нации.

В Бельгии в 1975 г. генеральный штаб распространил документ под названием «Наставление А.2», в котором, как представляется, не учитывалось, что эти запреты не допускают никаких отступлений. В ответ на это был предпринят целый ряд мер, в частности, юридическими факультетами, и в результате спорный документ был изъят. В марте 1983 г. министр обороны Бельгии признал, что действительно некоторые основополагающие ценности имеют преимущественную силу даже по сравнению с жизненными интересами нации, и принял решение о пересмотре «Наставления А.2», с тем чтобы оно «в большей мере соответствовало принципам гуманитарного права»<sup>32</sup>.

Интересно отметить: именно исходя из того, что ответственные круги слишком часто забывают об этом принципе, участники Семинара по военному уголовному праву и праву войны, состоявшегося в Брюсселе в 1980—1981 гг., предложили официально внести в проект закона № 577 о пресечении серьезных нарушений Женевских конвенций следующее положение: «Никакой интерес, никакая необходимость политического, военного или государственного характера не могут оправдать, даже в порядке репрессалий, серьезные нарушения, предусмотренные статьями 1, 3 и 4, без ущерба для исключений, указанных в пунктах 9, 12 и 13 статьи 1»<sup>33</sup>.

<sup>32</sup> Об этой проблеме см. *A. Andries. Note sur l'illégalité de l'article 20.b du règlement de discipline militaire A.2. — «Licéité en droit positif et références légales aux valeurs», op. cit., pp. 599—604.* Также *J. Verhaegen. L'illégalité manifeste et l'exception de la nation en péril. — «Journal Trib.», 1973, pp. 629 à 634 et «La répression des crimes de guerre en droit pénal belge», op. cit., p. 1449.*

<sup>33</sup> О законопроекте № 577 см. *J. Verhaegen. Le vote du projet de loi belge n° 577:*



Те же соображения в 1986 г. побудили Правительственную комиссию по пересмотру уголовного кодекса рекомендовать включение аналогичного текста в будущий уголовный кодекс Бельгии.

## 6. Очищающие процессы

Даже когда при помощи всякого рода проволочек и других процессуальных уловок не удастся избежать возбуждения уголовного дела, а общественное мнение, подготовленное вниманием средств массовой информации к тому или иному конкретному злоупотреблению, настоятельно требует «осуждения виновных», в ставшем неизбежным уголовном процессе все равно еще могут оставаться некоторые лазейки<sup>34</sup>.

Если возьмет верх соблазн не пытаться дойти до самых истоков военного преступления, не направлять нож хирурга в самый очаг поражения, правосудие, конечно, будет совершено, но покарает, возможно, единственного исполнителя из ста, которому одному придется отвечать за чудовищные ситуации, возникшие против его желания и с которыми он, как говорил Бернанос, «всего лишь сообразовал свою душу» (перевод МККК).

Некоторые наблюдатели показали недостаточность, лживость и смехотворность осуждения этих козлов отпущения. Мы имели возможность коснуться данной темы в других публикациях<sup>35</sup>.

un enjeu international. — «Journal Trib.», n° centenaire, 1982, pp. 227 et s. Текст, адаптированный к Дополнительному протоколу I и одобренный Красным Крестом Бельгии, был рекомендован для юридических факультетов всех бельгийских университетов (A. Andries. Chronique de droit pénal militaire. — «Rev. Dr. Pén. Crim.», nov. 1983, p. 906—907). О его важности упоминалось на Симпозиуме по гуманитарному праву (Брюссель, ноябрь 1986 г.).

<sup>34</sup> Эти уловки были рассмотрены в *Les impasses du droit international pénal*. — «Rev. Dr. Pén. Crim.», 1957, pp. 57 et s., «Savoir où porter le fer — A propos de la condamnation de six para-commandos. — «Journal Trib.», 1973, p. 137 à 141 et *L'ordre illégal et son exécutant devant les juridictions pénales*, cité «Journal Trib.», 1986, p. 454.

<sup>35</sup> См., в частности, интересный анализ Й.-Й. Зерван-Шрайбера, приведенный в «*Le délit d'imprudence et la guerre*». — «Rev. Dr. Pén. Crim.», févr. 1960, p. 431. Выражение «очищающий процесс» (*procès-catharsis*) заимствовано у П. Видаля-Наке. См. *La torture dans la République*. Paris, 1972.

Если же судья, желая восстановить справедливость, принимает во внимание обстоятельства, в которых оказались обвиняемые подчиненные, отказывается сделать из них козлов отпущения и решает прекратить преследования, такое правосудие будет воспринято как более справедливое, но и тогда останется немало вопросов. Возьмет ли кто-нибудь на себя смелость сказать, что такое решение, как бы «растворяющее» преступный и не поддающийся оправданию характер деяния, а также оставляющее в тени виновность – одновременно более опосредованную и более реальную – других лиц, «будет способно оказать какое-либо профилактическое воздействие на генезис военного преступления?»<sup>36</sup>.

### Заключение

Факторы, которые продолжают оказывать тормозящее действие и создавать помехи для работы наших внутригосударственных судебных инстанций в заповедных пространствах национальной обороны и внешней политики, в известной степени могут быть отнесены на счет пробелов в наших процессуальных законах (в частности, в том, что касается принятия дела в производство судьей).

И все же это, по всей видимости, не главное. Как писал в этой связи профессор Станислав Нахлик, «сейчас ощущается недостаток уже не в нормах, а в воле к их соблюдению»<sup>37</sup>.

Объективности ради следует констатировать, что описанные нами препоны объясняются прежде всего умонастроением, *менталитетом*, еще недостаточно подготовленным, в частности, к признанию примата права в политической сфере. Во всяком случае, плохо подготовленным к применению уголовного права к деятельности государства.

И все же именно в этом заключается, на взгляд находящихся-

<sup>36</sup> См. *Les impasses du droit international pénal, op. cit.*, p. 36; *La protection pénale contre les excès de pouvoir... cité, avant-propos*, p. 7 et *conclusions*, p. 458 et *L'ordre illégal et son exécutant... op. cit.*, p. 453.

<sup>37</sup> *Stanislas Nahlik. Précis abrégé de droit international humanitaire. — «Revue internationale de la Croix-Rouge», n° 748, juillet-août 1984, p. 236.*

ся в выгодном положении наблюдателей, в том числе Карла Ясперса и Пьера-Анри Тейтгена, урок, который человечество могло бы извлечь из обвинительного заключения, вынесенного в Нюрнберге. Там был сделан выбор «между двумя ведущими концепциями: концепцией права, подчиненного государствам, и концепцией права, стоящего выше государств... Последняя является основополагающим принципом, вносящим в развитие, прогресс и упрочение международного права такой вклад, что это обвинительное заключение, несомненно, станет решающим историческим этапом...»<sup>38</sup>.

<sup>38</sup> «Rev. dr. intern. sc. dipl. et pol.», octobre 1946, p. 165 et suiv.