

Решение Апелляционной камеры МУТЮ по существу дела Тадича

Новые горизонты для международного гуманитарного и уголовного права?

МАРКО САССОЛИ, ЛОРА ОЛСОН*

Когда Душко Тадич совершал различные зверства по отношению к боснийским мусульманам на территории Боснии и Герцеговины в 1992 г., он и подумать не мог, что он — пусть и невольно — внесет огромный вклад в развитие международного гуманитарного права, международного уголовного права и некоторых аспектов международного права в целом. В 1993 г. был создан Международный уголовный трибунал по бывшей Югославии (МУТЮ)¹ — первый такой трибунал со времен Второй мировой войны, — что, несомненно, способствовало созданию аналогичного Трибунала по Руанде в 1994 г.² и принятию в 1998 г. Статута Международного уголовного суда (МУС)³.

* **Марко Сассоли**, доктор прав, является секретарем Верховного суда Швейцарии. Ранее он выполнял различные задания на местах и занимал разные должности в штаб-квартире МККК. **Лора Олсон**, магистр прав, — делегат МККК. Мнения, высказанные в данной статье, принадлежат исключительно авторам. — Получено для публикации в январе 2000 г. (Сведения об авторах указаны на момент представления рукописи в редакцию Журнала. — *Прим. ред.*)

Статья написана на английском языке.

1 Международный трибунал для судебного преследования лиц, ответственных за серьезные нарушения международного гуманитарного права, совершенные на территории бывшей Югославии с 1991 г. (далее: МУТЮ), был учрежден резолюцией 827 Совета Безопасности от 25 мая 1993 г. Его Устав первоначально опубликован в качестве Приложения к Докладу Генерального секретаря, в соответствии с пунктом 2 резолюции 808 (1993) Совета Безопасности, UN Doc. S/25704 (1993).

2 Международный трибунал для судебного преследования лиц, ответственных за геноцид и другие серьезные нарушения международного гуманитарного права, совершенные на территории Руанды, и граждан Руанды, ответственных за геноцид и другие подобные нарушения, совершенные на территории соседних государств, в период с 1 января 1994 г. по 31 декабря 1994 г., учрежденный резолюцией 955 Совета Безопасности от 8 ноября 1994 г.

3 Римский статут Международного уголовного суда, принятый 17 июля 1998 г. Дипломатической конференцией полномочных представителей по учреждению Международного уголовного суда ООН, A/CONF. 183/9 (1998) (далее: Статут МУС).

В 1994 г. Душко Тадич был арестован в Германии и переведен в Гаагу. В 1995 г. Апелляционная камера МУТЮ вынесла важнейшее решение по промежуточной апелляции Тадича по вопросу юрисдикции⁴. В этом решении Апелляционная камера сделала заключения, не всегда бесспорные, но, без сомнения, способствовавшие развитию или разъяснению различных аспектов международного права, а именно: резолюции Совета Безопасности подлежат судебному контролю; МУТЮ был учрежден законно; конфликты в бывшей Югославии носили как международный, так и немеждународный характер; понятие военных преступлений в равной степени применяется в немеждународных вооруженных конфликтах; обширный свод обычного международного права применяется в конфликтах последнего типа и придает некоторым деяниям характер уголовных преступлений. Кто бы осмелился утверждать все это пятью годами ранее?

Позже, 15 июля 1999 г., Апелляционная камера МУТЮ вынесла решение по делу Тадича⁵. Это решение интересно не столько в связи с деяниями, виновным в которых был признан Душко Тадич, сколько благодаря некоторым дополнительным существенным общим выводам относительно международного гуманитарного права и международного уголовного права — тем самым Апелляционная камера отменила решения Судебной камеры. Она видоизменила — критики скажут: сделала менее четким — различие между международными и немеждународными вооруженными конфликтами в международном гуманитарном праве и этим самым вошла в противоречие с решением Международного суда. Она дала современное — критики скажут: довольно произвольное — толкование понятию покровительствуемых лиц, представленному в Женевских конвенциях 1949 г. Она расширила понятие уголовной ответственности в связи с участием в группе, имеющей общую цель, по сравнению с тем понятием, которое знакомо юристам по уголовному праву некоторых систем континентального права. Наконец, она прояснила, что такое преступления против человечности в связи с двумя важными вопросами; в одном из них она вступила в противоречие как с Советом Безопасности ООН, так и с Генеральным секретарем ООН. В данной статье мы хотели бы обсудить эти выводы в более широком контексте.

4 Decision on the Defense Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction, The Prosecutor v. Dusko Tadic, Case No. IT-94-1-AR72, ICTY Appeals Chamber, 2 October 1995 (далее: Tadic, Appeals Chamber, Jurisdiction). Комментарий к этому решению см.: Marco Sassali. La première décision de la chambre d'appel du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie: Tadic (compétence). — Revue générale de droit international public, Vol. 100, 1996, pp. 101–134.

5 Judgment, The Prosecutor v. Dusko Tadic, Case No. IT-94-1-A, ICTY Appeals Chamber, 15 July 1999 (далее: Tadic, Appeals Chamber, Judgment).

Носил ли конфликт в Боснии и Герцеговине международный характер и являлись ли боснийские мусульмане «покровительствуемыми лицами»?

Судебная камера осудила Душко Тадича за зверства, которые она квалифицировала как нарушения законов и обычаев войны в соответствии со статьей 3 Устава МУТЮ. Однако в связи с теми же деяниями она признала его невиновным в совершении серьезных нарушений международного гуманитарного права по смыслу статьи 2 Устава МУТЮ. После встречной апелляции со стороны обвинения Апелляционная камера отменила это решение.

Серьезные нарушения международного гуманитарного права

Прежде чем объяснить и прокомментировать довольно революционные обоснования решений, принятых Камерой, возможно, уместно будет вспомнить понятие «серьезных нарушений», о которых говорится в статье 2 Устава. Женевские конвенции и Протокол I определяют конкретные нарушения как «серьезные нарушения»⁶ и устанавливают принцип обязательной универсальной национальной юрисдикции в отношении лиц, которые, как утверждается, совершили подобные преступления. Согласно тексту и системе Женевских конвенций и Протоколов понятие серьезных нарушений не применяется к нарушениям права немеждународных вооруженных конфликтов. Хотя мнения расходятся⁷, это было признано Апелляционной камерой в ее решении о юрисдикции⁸.

Во-первых, в общей статье 3 Женевских конвенций и во всем Протоколе II, в договорном праве, применяемом во время немеждународных вооруженных конфликтов, действительно ничего не говорится о криминализации нарушений этого права. Во-вторых, общая статья 2 Женевских конвенций ограничивает сферу применения положений о серьезных нарушениях для всех статей Женевских конвенций, кроме общей статьи 3, международными вооруженными конфликтами.

6 I Женевская конвенция, статья 50; II Женевская конвенция, статья 51; III Женевская конвенция, статья 130; IV Женевская конвенция, статья 147; и Протокол I, статьи 11, пункт 4, 85 и 86.

7 См.: Особое мнение судьи Джорджа Аби-Сааба в решении Апелляционной камеры по юрисдикции, глава IV, Tadic, Appeals Chamber, Jurisdiction, *loc. cit.* (примечание 4) и экспертное заключение, представленное Соединенными Штатами, 17 июля 1995 г., pp. 35–36.

8 Tadic, Appeals Chamber, Jurisdiction, *loc. cit.* (примечание 4), paras 79–83.

В-третьих, Женевские конвенции и Протокол I ограничивают понятие серьезных нарушений действиями, совершаемыми «против лиц или имущества, которые пользуются покровительством по смыслу настоящей Конвенции», и понятие «покровительствуемые лица» в том, что касается гражданских лиц, лицами «которые... находятся... во власти стороны, находящейся в конфликте... гражданами которой они не являются»⁹. В-четвертых, к серьезным нарушениям относятся отдельные деяния, которые даже не запрещены международным гуманитарным правом, если они совершаются государством против его собственных граждан¹⁰.

Квалификация конфликта

Чтобы судить Душко Тадича за серьезные нарушения, для Судебной и Апелляционной камер было очень важно квалифицировать конфликт, во время которого Тадич совершил свои преступления, как международный. Право международных вооруженных конфликтов применяется, согласно статье 2, общей для четырех Женевских конвенций, во время конфликтов, ведущихся между двумя и более Высокими Договаривающимися Сторонами. Многие конфликты носят одновременно международный и немеждународный характер либо потому, что иностранные державы осуществляют вмешательство в немеждународный вооруженный конфликт, либо потому, что международные вооруженные конфликты ведутся, как это часто происходило во время «холодной войны», чужими руками. В таких конфликтах смешанного характера право международных вооруженных конфликтов применяется к сражениям между двумя государствами (между их вооруженными силами), а право немеждународных вооруженных конфликтов — к сражениям между правительством и повстанческими силами¹¹. Согласно общим правилам ответственности государств подобное расчленение смешанного конфликта на компоненты

⁹ IV Женевская конвенция, статья 4.

¹⁰ Таким образом, «принуждение покровительствуемого лица служить в вооруженных силах неприятельской Державы» является серьезным нарушением (III Женевская конвенция, статья 130, IV Женевская конвенция, статья 147), тогда как во время немеждународного вооруженного конфликта гражданские лица, хотя и находящиеся под защитой применимого права, могут нести правовое обязательство служить в правительственных вооруженных силах, даже если они считают их неприятельскими.

¹¹ См.: *Military and Paramilitary Activities (Nicaragua v. United States of America)*, I.C.J. Reports 1986, para. 219; *Dietrich Schindler. The Different Types of Armed Conflicts according to the Geneva Conventions and Protocols.* — *Recueil des Cours de l'Academie de droit international*. Vol. 163/II, 1979, p. 150.

необязательно, когда сторона в немеждународном вооруженном конфликте может считаться фактическим представителем вмешивающегося государства; в этом случае деятельность данного представителя подпадает под действие права международных вооруженных конфликтов.

Что касается конфликта в районе Приедора, в котором участвовал Душко Тадич, Апелляционная камера определила в своем решении по вопросу юрисдикции, что «поскольку нельзя согласиться с тем, что боснийские сербы образуют государство», его можно было бы классифицировать как международный только на основании предположения, что боснийские сербы представляют Федеративную Республику Югославия (ФРЮ)¹².

Чтобы определить, так ли это, МУТЮ пришлось не только устанавливать факты, но и определить правовой критерий, согласно которому внешняя поддержка может сделать право международных вооруженных конфликтов применимым к действиям повстанцев. Судебная камера сочла, что Международный суд разъяснил этот критерий, когда ему пришлось решать, можно ли нарушения международного гуманитарного права, совершенные никарагуанскими контраст, отнести на счет собственных действий Соединенных Штатов. Международный суд постановил, что одного участия США, «даже если оно было преобладающим или решающим, в финансировании, организации, подготовке, снабжении и снаряжении контраст, выборе... целей и планировании всех их операций, все еще недостаточно... для того, чтобы отнести на счет Соединенных Штатов действия, совершенные контраст в ходе их военных или подобных им операций в Никарагуа... Чтобы эти действия повлекли за собой юридическую ответственность Соединенных Штатов, в принципе должно быть доказано, что это государство осуществляло эффективный контроль над военными или подобными им операциями, в ходе которых были совершены предполагаемые нарушения»¹³. Этот критерий очень похож на предложенный авторами «Комментария» МККК к Женевским конвенциям, которые полагают, что, когда нарушение было совершено не представителем оккупирующей державы, а местными властями, «важно знать, где было принято решение, приведшее к незаконному действию, где было сформировано намерение и отдан приказ»¹⁴.

12 Tadic, Appeals Chamber, Jurisdiction, *loc. cit.* (примечание 4), para. 76.

13 *Loc. cit.* (примечание 11), paras 110–115.

14 Jean S. Pictet (ed.). Geneva Convention Relative to the Protection of Civilian Persons in Time of War, Commentary. Geneva, International Committee of the Red Cross, 1958, p. 212.

В соответствии с этим критерием Судебная камера приняла решение, что после 19 мая 1992 г. (дня, когда Югославская народная армия официально покинула Боснию и Герцеговину) силы боснийских сербов не могли считаться фактически представляющими ФРЮ, поскольку последняя не осуществляла контроль над действиями первых¹⁵. Известные специалисты, другая Судебная камера МУТЮ и обвинение в своей встречной апелляции энергично оспаривали то, что критерии, примененные Международным судом для установления ответственности государства, не могут быть использованы для определения применимости положения о серьезных нарушениях¹⁶. Апелляционная камера МУТЮ справедливо отвергла этот аргумент¹⁷. Ответственность государства и индивидуальная ответственность, конечно, разные вещи, и Международному суду не следовало определять в «деле Никарагуа», применимо ли было там право международных или немеждународных вооруженных конфликтов по той простой причине, что он считал запрещения, содержащиеся в общей статье 3, применимыми, в качестве минимального критерия, к конфликтам обоих типов¹⁸. Однако, с нашей точки зрения, предварительно определяемые вопросы одинаковы для обоих случаев. Действительно, прежде чем устанавливать ответственность государства или индивидуальную ответственность в каждом конкретном случае, должны быть разъяснены нормы, согласно которым действовало государство или это лицо. Лишь в том случае, если бы действия никарагуанских контрабандистов были отнесены на счет США, они как действия США против Никарагуа попадали бы в сферу применения права международных вооруженных конфликтов. Аналогичным образом это право могло быть применено к деяниям, которые Душко Тадич, боснийский серб, совершил против боснийских мусульман во время конфликта с боснийским правительством, лишь в том

15 The Prosecutor v. Dusko Tadic, Opinion and Judgment, Case No. IT-94-1-T, ICTY Trial Chamber II, 7 May 1997, paras 578–607 (далее: Tadic, Trial Chamber, Judgment).

16 См.: William Fenrick. The Development of the Law of Armed Conflict through the Jurisprudence of the International Tribunal for the Former Yugoslavia. — Schmitt, Green (eds). The Law of Armed Conflict: into the Next Millennium. International Law Studies, US Naval War College, Newport, 1998, pp. 85–92; Theodor Meron. Classification of Armed Conflict in the Former Yugoslavia: Nicaragua's Fallout. — Am. J. Int'l L., Vol. 92, 1998, pp. 236–242; и Prosecutor v. Zejnir Delalic et. al. (the Celebici case), Judgment, ICTY Trial Chamber, Case No. IT-96-21-T, 16 November 1998, paras 230–231 (далее: The Celebici Judgment).

17 Tadic, Appeals Chamber, Judgment, *loc. cit.* (примечание 5), paras 103–105.

18 *Loc. cit.* (примечание 11), para. 219. Интересно, почему МУТЮ не мог прибегнуть к той же аргументации. Тем самым он избежал бы многих правовых противоречий.

случае, если бы эти деяния можно было юридически считать действиями другого государства, Федеративной Республики Югославия.

Признавая, что одни и те же критерии используются в обоих случаях, Апелляционная камера МУТЮ решила, что критерий, примененный Международным судом в «деле Никарагуа», неубедителен даже для установления ответственности государства, поскольку противоречит самой логике права ответственности государств, а также государственной и юридической практике¹⁹. Когда речь идет об ответственности за военную организацию, Апелляционная камера считает, что, если общий контроль над этой организацией осуществляется иностранным государством, этого достаточно для того, чтобы иностранное государство несло ответственность за все действия данной организации и чтобы применялось международное гуманитарное право, касающееся международных вооруженных конфликтов²⁰.

Во-первых, могут возникнуть сомнения относительно того, может ли Международный трибунал давать ответ на вопрос общего международного права, отличный от ответа, данного Международным судом, основным судебным органом ООН²¹. Даже если теоретические рассуждения Апелляционной камеры хорошо обоснованы, можно ожидать, что Международный суд будет продолжать применять свой собственный подход к межгосударственным разногласиям, возникающим по всему миру. Следовательно, неизбежно появление двойных стандартов. Во-вторых, за исключением дела, касавшегося бывшей Югославии, рассмотренного немецким судом, упомянутая Камерой практика состоит в основном из дел, в которых государство признавалось ответственным за действия вооруженных групп, совершаемых на его собственной территории. В них решающим фактором, возможно, был контроль над территорией. Другое дело, упомянутое Камерой, — это дело оккупированной территории²², где действительно присутствуют вооруженные силы оккупирующей державы. Для такого случая Женевские конвенции прямо предусматривают,

19 Tadic, Appeals Chamber, Judgment, *loc. cit.* (примечание 5), paras 115–145.

20 Ранее Судебная камера МУТЮ уже пришла к подобному заключению в деле Челебичи. Из-за продолжающегося участия ФРЮ она применила право международных вооруженных конфликтов к задержанию боснийских сербов боснийскими мусульманами, считая никарагуанский критерий неприменимым к вопросу об индивидуальной ответственности. См. решение по делу Челебичи, *loc. cit.* (примечание 16), paras 233, 234.

21 Устав ООН, статья 92.

22 См. решение Европейского суда по правам человека в деле *Loizidou v. Turkey*, Reports of Judgments and Decisions, 1996, pp. 2, 216 ff., paras 56, 57.

что покровительствуемые лица не могут лишаться своих прав — и, следовательно, оккупирующая держава не освобождается от ответственности — в результате внесения каких-либо изменений в установления, действующие на данной территории²³. Могут быть разные мнения относительно применения этих прецедентов без дальнейшей аргументации к делу Тадича в ситуации, когда местная военная группировка была сформирована из оставшейся части армии бывшего центрального государства, возможно, бывшим центральным правительством, на территории разваливающегося государства. В-третьих, что касается логики права ответственности государств, Апелляционная камера, конечно, права, утверждая, что государство не должно отказываться от международной ответственности за военную группировку, где бы она ни находилась — на своей территории или за границей, прикрываясь тем, что оно не давало ей конкретных указаний. Однако, что касается группировки, находящейся за границей, этот довод убедителен лишь в том случае, когда ей было поручено выполнить определенную задачу. В отношении боснийских сербов можно привести такой аргумент: они выполняли задачу, которую поставили перед собой сами. Правы они были или нет, но они не желали присоединиться к государству Босния и Герцеговина.

Применяя критерий общего контроля к случаю с боснийскими сербами, Апелляционная камера приходит к заключению, что они находились под таким общим контролем со стороны ФРЮ²⁴. Она приводит, как и Судебная камера, впечатляющие косвенные доказательства существования такого контроля. Возможно, они недостаточно весомы для ситуации, в которой оказалось государство, разваливающееся на несколько государств, где вооруженные силы бывшего центрального государства имеют множество связей с бывшими центральными властями, которые теперь являются иностранными властями. Поскольку такие связи свойственны данной ситуации, они не обязательно являются показателем контроля. Апелляционная камера далее приводит тот довод, что ФРЮ подписала мирное соглашение в Дейтоне за боснийских сербов. При всем должном

23 IV Женевская конвенция, статья 47.

24 Tadic, Appeals Chamber, Judgment, *loc. cit.* (примечание 5), paras 146–162. Ранее Судебная камера пришла к аналогичным выводам: Review of Indictment pursuant to Rule 61, The Prosecutor v. Dragan Nikolic, Case No. IT-94-2-I, ICTY Trial Chamber, 20 October 1995, para. 30; суд над боснийскими мусульманами и хорватами в деле Челебичи, *loc. cit.* (примечание 16), paras 233, 234; и относительно участия Хорватии в конфликте в Боснии и Герцеговине: Review of Indictment pursuant to Rule 61, The Prosecutor v. Ivica Rajic, Case No. IT-95-12-R61, ICTY Trial Chamber, 13 September 1996, para. 25.

уважении этот довод практически нельзя считать добросовестным, если вспомнить, что международное сообщество, и в частности Соединенные Штаты, отказалось вести переговоры с боснийскими сербами и обязало ФРЮ вести переговоры и поставить за них подпись²⁵.

В любом случае в критерии, примененном Апелляционной камерой, кроются некоторые опасности. Во-первых, он подразумевает неумышленную форму «судебной этнической чистки». Сербы (и хорваты) рассматриваются как «представители» иностранного государства, а не народы, являющиеся составной частью Боснии и Герцеговины. Если их действия можно законно отнести на счет иностранного государства, почему бы их самих не «приписать» к этому государству, то есть не считать иностранцами? Именно к такому заключению пришла другая Судебная камера МУТЮ в деле Челебичи, утверждая, что боснийские сербы, задержанные боснийским правительством, являлись покровительствуемыми лицами, поскольку они не приняли гражданство Боснии и Герцеговины²⁶. Если эти лица являются иностранцами, их вынужденное перемещение в их «родное государство» представляет собой уже не военное преступление, а услугу²⁷. Сегодня, после конфликта, подобные теории не слишком способствуют миру и примирению. Невозможно себе представить, чтобы во время конфликта можно было убедить военного командира соблюдать определенные нормы, аргументируя это тем, что он является представителем иностранного государства, в то время как его противник находится у себя дома.

Во-вторых, в своем решении по вопросу юрисдикции Апелляционная камера все же — по нашему мнению, справедливо — указала на то, что, если считать боснийских сербов представителями ФРЮ, это приведет к «нелепому результату», поскольку поставит их «в весьма невыгодное с юридической точки зрения положение по отношению к центральным властям Боснии и Герцеговины»²⁸. Действительно, жестокости, совершенные правительственной армией Боснии и Герцеговины по отношению к гражданским лицам — боснийским сербам, традиционно не рассма-

25 См.: *Richard Holbrooke. To End a War. New York, Random House, 1998, pp. 4, 5, 99, 105–107, 139, 140, 148–151, 197, 243, 255, 256, 310 and 341–343.*

26 См.: *The Celebici Judgment, loc. cit.* (примечание 16), paras 250–266, и особенно para. 259. Здесь не объясняется, почему желание лиц в распадающемся государстве должно быть решающим при определении их национальности, хотя боснийским сербам не было позволено выбрать государство, в котором они хотели бы жить.

27 См. ниже, примечание 42.

28 *Tadic, Appeals Chamber, Jurisdiction, loc. cit.* (примечание 4), para. 76.

тривались бы как «серьезные нарушения», потому что эти гражданские лица, имея гражданство Боснии и Герцеговины, не считались бы «покровительствуемыми лицами» согласно IV Женевской конвенции. Напротив, сходные жестокости, совершенные боснийскими сербами по отношению к гражданским лицам — боснийским мусульманам, считались бы «серьезными нарушениями», поскольку эти гражданские лица были бы «покровительствуемыми лицами» согласно Женевской конвенции, так как боснийские сербы действовали бы как представители ФРЮ, гражданами которой боснийские мусульмане из числа гражданского населения не были бы. Возможно, именно для того чтобы избежать подобных последствий, Апелляционная камера в своем решении также изменяет определение понятия «покровительствуемые лица», даваемое IV Женевской конвенцией, что поясняется ниже²⁹. Исходя из положений III Женевской конвенции, можно также задать вопрос, должны ли и будут ли боснийские правительственные силы обращаться с пленными из состава сил боснийских сербов и хорватов, «законно признанных представителями Сербии или Хорватии», как с военнопленными? Могут ли они «репатриировать» их после окончания конфликта в «страну, за которой они числятся», то есть депортировать за границу?

Кто является покровительствуемым лицом?

Даже если конфликт, во время которого Душко Тадич совершил свои деяния, был международным, их можно квалифицировать как серьезные нарушения только в том случае, если пострадавшие от них лица, как объяснялось выше, являлись «покровительствуемыми лицами», поскольку и во время международного вооруженного конфликта жестокости, совершенные по отношению к своим согражданам, традиционно не считаются «серьезными нарушениями». Судебная камера заключила, что боснийские мусульмане, пострадавшие от действий Душко Тадича, не являлись «покровительствуемыми лицами», поскольку они находились не во власти стороны в конфликте, чьими гражданами они не являлись³⁰, а во власти боснийских сербов, таких как Душко Тадич, имевших то же гражданство, что и их жертвы³¹. В результате встречной апелляции

29 См. ниже, примечание 33 и соответствующий текст.

30 См. выше, примечание 9 и соответствующий текст.

31 Tadic, Trial Chamber, Judgment; *loc. cit.* (примечание 5), paras 584–608. Судебная камера не разъяснила, считает ли она их всех гражданами Боснии и Герцеговины или по-прежнему гражданами бывшей Югославии.

со стороны обвинения и последующих предложений по изменению определения покровительствуемых лиц в соответствии «с основными требованиями современных конфликтов»³² Апелляционная камера отказывается от этого буквального толкования определения покровительствуемых лиц. Она заменяет фактор гражданства факторами лояльности и эффективной защиты³³. Представленное обоснование очень коротко. С одной стороны, в нем приводятся отдельные случаи, для которых, согласно явно выраженным положениям (или в соответствии с *travaux préparatoires*) Женевских конвенций, гражданство не является решающим фактором, а именно: случаи с беженцами и гражданами нейтральных стран³⁴. Однако жертвы в деле Тадича не были ни беженцами, ни гражданами нейтрального государства. С другой стороны, Камера ссылается на неадекватность критерия гражданства для современных конфликтов и напоминает, что международное гуманитарное право должно применяться в соответствии с существующими отношениями, а не формальными рамками. Последнее верно для права немеждународных вооруженных конфликтов и для разрешения вопроса о наличии вооруженного конфликта, тогда как при применении права международных вооруженных конфликтов формальный статус стороны, территории или лица важен для определения применяемого режима защиты³⁵. Из этих теоретических рассуждений следует, что отныне все жертвы международных вооруженных конфликтов должны пользоваться полным статусом покровительствуемых лиц в соответствии с Женевскими конвенциями. Действительно, государство очень редко дурно обращается с теми, кто лоялен к нему и кто пользуется его эффективной защитой. Вряд ли во время международных вооруженных конфликтов государ-

32 См.: *Meron, op. cit.* (примечание 16), pp. 238–242; *Christopher Greenwood. International Humanitarian Law and the Tadic Case.* — *Eur. J. Int'l L*, Vol. 7, 1996, pp. 273–274; *Fenrick, op. cit.* (примечание 16), pp. 91–92; и *The Celebici Judgment; loc. cit.* (примечание 16), paras 245–266.

33 *Tadic, Appeals Chamber, Judgment, loc. cit.* (примечание 5), paras 163–169.

34 См.: IV Женевскую конвенцию, статьи 4, часть 2, 44 и 70, часть 2.

35 Полная защита, положенная «покровительствуемым лицам», предоставляется неприятелю или определенным гражданам третьей страны (IV Женевская конвенция, статья 4), тогда как собственные граждане стороны обладают гораздо более ограниченными, основными гарантиями (там же, статьи 13–26, и Протокол I, статья 75). Комбатанты могут быть интернированы без всяких дальнейших объяснений до окончания активных военных действий, тогда как гражданские лица могут быть интернированы лишь при исключительных обстоятельствах (III Женевская конвенция, статьи 21 и 118, и IV Женевская конвенция, статьи 41–43 и 78). Покровительствуемые гражданские лица получают гораздо более широкие гарантии на оккупированной территории, чем на национальной территории неприятеля (сравните статьи 35–46 и статьи 47–78 Женевской конвенции IV).

ства будут готовы обращаться со своими собственными гражданами как с покровительствуемыми лицами, если эти лица лояльны по отношению к неприятелю. Некоторые действия, например, использование покровительствуемых лиц в военной деятельности или вербовка их в вооруженные силы, запрещаются и могут быть запрещены только в том случае, если они совершаются по отношению к гражданам неприятельской стороны³⁶. Лояльность также трудно определить в пылу конфликта. В любом случае, даже если этот подход обладает многими преимуществами *de lege ferenda* возникает вопрос, допустимо ли *ex post* в уголовном судопроизводстве давать иное толкование составу преступления серьезного нарушения, а именно: что оно должно быть совершено против лиц другой гражданской принадлежности?

Всегда ли право международных вооруженных конфликтов предоставляет лучшую защиту, чем право немеждународных вооруженных конфликтов?

Принятые Апелляционной камерой критерии значительно увеличивают число случаев, в которых жертвы войны могут пользоваться преимуществами всеобъемлющего и подробно разработанного режима, установленного Гаагским положением 1907 г., Женевскими конвенциями и Протоколом I, а не более упрощенного режима, содержащегося в единственной статье Женевских конвенций, а именно их общей статье 3, и в Протоколе II. С гуманитарной точки зрения подобное достижение нельзя не приветствовать, если оно применимо ко всем конфликтам. Однако оно основано на предположении, что право международных вооруженных конфликтов предоставляет жертвам лучшую защиту. Это не всегда так. Право немеждународных вооруженных конфликтов легче применить, и его соблюдение в хаосе многих современных конфликтов более вероятно.

Защита, предоставляемая правом международных вооруженных конфликтов лицу, находящемуся во власти воюющей стороны, значительно варьируется в зависимости от гражданства этого лица, от того, является ли лицо комбатантом или гражданским лицом, и от статуса территории, на которой он или она находится³⁷. В немеждународном вооруженном конфликте зачастую трудно практически определить, кто

³⁶ III Женевская конвенция, статьи 50 и 130, и IV Женевская конвенция, статьи 40, 51 и 147.

³⁷ См. выше, примечание 35.

является «комбатантом», а кто — «гражданским лицом». Принципиально невозможно считать «оккупирующей державой» правительство или повстанцев, занявших часть территории страны, где они сражаются. Даже если бы можно было провести черту между собственной территорией стороны и оккупируемой ею территорией, нет ни единого шанса, что эта граница будет соблюдаться стороной, участвующей в немеждународном вооруженном конфликте.

Напротив, право немеждународных вооруженных конфликтов представляет защиту в зависимости от действительного положения лица. Большинство его норм применяется, без всякого неблагоприятного различия, ко всем лицам, не принимающим или прекратившим принимать активное участие в военных действиях³⁸. Другие, дополнительные нормы защищают лиц в особенно опасных ситуациях, например тех лиц, чья свобода ограничена по причинам, связанным с вооруженным конфликтом, или против кого возбуждено уголовное преследование³⁹. Возможно, подобные нормы гораздо более уместны в неизбежно менее формализованных и более расплывчатых ситуациях многих современных конфликтов. Иногда сами нормы, применяемые в немеждународных вооруженных конфликтах, строже. Отвратительная практика «этнических чисток», столь широко распространенная в бывшей Югославии, явным образом запрещается международным гуманитарным правом, применяемым в международных и немеждународных вооруженных конфликтах, если средства изгнания жертв незаконны как таковые, например убийства, изнасилования, грабеж и т. д. Право немеждународных вооруженных конфликтов запрещает, кроме того, любое принудительное перемещение гражданских лиц⁴⁰. Право международных вооруженных конфликтов менее жестко высказывается по этому вопросу, так как «индивидуальные или массовые принудительные перемещения, а также депортация покровительствуемых лиц... запрещаются, вне зависимости от их мотива» лишь с оккупированных территорий⁴¹. Высылка «покровительствуемых гражданских лиц», то есть иностранцев, с собственной территории стороны прямо не запрещается⁴².

38 Общая статья 3 четырех Женевских конвенций и Протокол II, статья 4.

39 Протокол II, статьи 5 и 6 соответственно.

40 Там же, статья 17.

41 IV Женевская конвенция, статья 49, часть 1.

42 Статья 35 Женевской конвенции IV регулирует лишь их право покинуть территорию. В «Комментарии» МККК, *loc. cit.* (примечание 14), р. 235, предполагается, что «право высылки сохранено».

Мы не убеждены, что уместно применять одно право в ситуации, для которой было создано другое право. Вместо этого мы бы предложили — в качестве вызова новому тысячелетию — создать новое право, применяемое во всех ситуациях. Однако мы вынуждены признать, что, если государства, какие они есть на сегодняшний день, предпримут такую попытку кодификации, опасность того, что они могут уменьшить защиту, предусмотренную для всех вооруженных конфликтов, будет значительной.

Наконец, не следует забывать, что в бывшей Югославии и в других местах различие между правом международных и немеждународных вооруженных конфликтов имело лишь минимальное значение для действительного положения жертв. Проблема заключалась не в том, что соблюдались не те нормы, а в том, что *никакие* нормы не соблюдались. Ни одно из ужасных преступлений, в результате которых оказался разрушен этот и другие регионы, не было бы законным, если бы применялось лишь право немеждународных вооруженных конфликтов. Душко Тадич и очень многие другие нарушали даже простые нормы статьи 3, общей для четырех Женевских конвенций.

Ответственность участников международных преступлений: совершались ли они для достижения общей цели или нет?

Три категории соучастников преступления

Судебная камера установила, что Душко Тадич участвовал в составе вооруженной группы в операциях по «этнической чистке» в районе Приедора. В числе других действий он выселял мужчин, не являвшихся сербами, из деревень Сивчи и Яскичи. В Сивчи во время таких операций погибших не было, но в Яскичах, как позже выяснилось, были убиты, по крайней мере, пятеро мужчин. Доказательств, что Душко Тадич сам принимал участие в этих убийствах, нет, и поэтому Судебная камера заключила, что Душко Тадич не может быть осужден за них. После встречной апелляции обвинения Апелляционная камера отменила это заключение. Во-первых, на основании фактов она установила вне всяких сомнений, что пять жертв были убиты членами вооруженной группы, к которой принадлежал Душко Тадич⁴³. Во-вторых, в правовом плане она постановила, что в соответствии с доктриной общей цели на Душко

43 Tadic, Appeals Chamber, Judgment, *loc. cit.* (примечание 5), paras 178–184.

Тадича может быть возложена ответственность за эти убийства, даже если они были совершены другими членами его группы и даже если убийства жителей необязательно были частью общего плана. По мнению Камеры, подобная ответственность возникает, как только риск действий, приводящих к смертельному исходу, становится предсказуемым последствием выполнения общего плана, и обвиняемый был небрежен или равнодушно отнесся к этому риску⁴⁴.

Прежде чем подробно обсуждать эту третью категорию случаев, когда соучастники преступления несут уголовную ответственность за действия, совершенные не ими, Апелляционная камера — что важно — разъясняет две другие категории случаев, не вызывающие сомнения. Во-первых, есть случаи, когда все обвиняемые действуют согласно общему плану и имеют одно и то же преступное намерение; в подобных случаях участник, который лично не совершал преступления (например, убийства гражданского лица или изнасилования женщины), несет уголовную ответственность за преступление, если он добровольно принимал участие в осуществлении части общего плана и намерен был добиться преступного результата⁴⁵. Вторая категория — случаи организованной системы, предназначенной для совершения преступлений (например, нацистские концентрационные лагеря во время Второй мировой войны). Камера справедливо считает ее вариантом первой категории. Здесь любого участия в претворении системы в жизнь достаточно в качестве *actus reus*, тогда как для *mens rea* необходимо знание характера системы и намерение воплощать соответствующий общий план⁴⁶. Эти две категории представляют собой разумное, полезное и важное обобщение международных и внутригосударственных прецедентов и юридической мысли.

Третья категория: ответственность соучастников преступления, чьи действия выходят за рамки общего плана

Третья категория заслуживает более подробного обсуждения. В ней содержится критерий, из которого вытекает ответственность Душко Тадича за убийства в Яскичах, и она распространяется на действия, совершенные одним из соучастников преступления и не входящие в общий план. Апелляционная камера пришла к заключению, что все

44 Tadic, Appeals Chamber, Judgment, *loc. cit.* (примечание 5), para. 204.

45 Ibid., paras 196–201.

46 Ibid., paras 202 and 203.

другие соучастники несут ответственность за такие действия, если можно было предвидеть, что они могут быть совершены, и обвиняемые добровольно пошли на этот риск⁴⁷. Это заключение основывается не на положении Устава МУТЮ или норме международного гуманитарного права, а на проведенном Камерой анализе прецедентов и национальных правовых систем.

Обзор прецедентов и практики

Изучая прецеденты, которые помогли ей прийти к заключению, Апелляционная камера установила, что такой подход был принят военными судами Великобритании и США в Германии, итальянскими судами, рассматривавшими события Второй мировой войны, судами англосаксонского права, Францией и Италией. Она признает, однако, что когда в Германии и Нидерландах кто-то из участников совершает преступление, не предусмотренное общим планом, он один несет ответственность за это преступление. Камера могла бы еще добавить к этому списку Швейцарию⁴⁸.

В своем обзоре Апелляционная камера в определенной степени уравнивает яблоки с апельсинами, что неизбежно при сравнении ответов, которые различные правовые системы дают на конкретный вопрос. Кроме того, определение третьей категории не очень ясное и меняется на протяжении обсуждения, приводимого Камерой. Во вступлении считается достаточным, чтобы результат, не входивший в общий план, был предсказуем и чтобы обвиняемый проигнорировал существующий риск⁴⁹. После обсуждения дел, рассматривавшихся итальянскими судами, Камера заключает, что «кажется, [итальянский кассационный суд] либо применял понятие смягченной формы умысла (*dolus eventualis*), либо требовал высокой степени небрежности (*culpa*)»⁵⁰. Однако в итальянской и других системах континентального права *dolus eventualis* и *culpa* — явно не одно и то же, а промежуточной категории грубой неосторожности не существует⁵¹. *Dolus eventualis* влечет за собой ответственность за намеренное

47 Tadic, Appeals Chamber, Judgment, *loc. cit.* (примечание 5), paras 204–226.

48 См. практику Швейцарского верховного суда в Arrêts du Tribunal Fédéral Suisse, Recueil Officiel Vol. 118, Part IV, pp. 227 ff., consideration 5d/cc, p. 232.

49 Tadic, Appeals Chamber, Judgment, *loc. cit.* (примечание 5), para. 204.

50 Ibid., para. 219.

51 См.: Ferrando Mantovani. Diritto penale, Parte generale. 3rd ed. Padova, CEDAM, 1992, pp. 320–323 (содержит ссылку в примечании 21 на право, применяемое в Германии, Дании,

преступление; *culpa* означает небрежность. Однако в следующем абзаце решения написано, что «больше чем небрежность... необходима так называемая *dolus eventualis* (в некоторых национальных правовых системах другое название — намеренная неосторожность)»⁵². Если бы это было критерием, то он соответствовал бы критерию швейцарского и немецкого права, и никто бы не смог возразить, даже когда «доктрина общей цели» в традиции англосаксонского права толкуется в таком смысле. Согласно этому критерию тот, кто знает, что его действия неизбежно или вероятно повлекут за собой какой-то результат, и принимает этот результат, несет ответственность за умышленное преступление, тогда как тот, кто надеется в той же ситуации, что вероятный результат не будет иметь места, ответствен лишь за небрежность⁵³. Подытоживая содержание всей главы, Камера упоминает еще один критерий, а именно: преступление можно было предвидеть, и обвиняемый добровольно пошел на этот риск⁵⁴. Однако это меньше, чем *dolus eventualis*, когда принимается результат, а не только риск, и гораздо больше, чем упоминавшийся изначально критерий, когда результат предсказуем (что включает в себя неосознанную небрежность) и обвиняемый равнодушен к этому⁵⁵. Может возникнуть вопрос: какой же из критериев Камера в конце концов применяет? В целях систематизации и учитывая, как этот критерий был в действительности применен в деле Душко Тадича, можно предположить, что это тот критерий, который приводится в заключении: преступление можно было предвидеть, и обвиняемый добровольно пошел на этот риск.

Значение национальной практики

В замечательном, с точки зрения теории источников, заявлении Камера МУТЮ заключает, что сделанный ею обзор национального законодательства не показал, что в этой области существует признанный странами мира общий принцип права. Более того, такое национальное законодательство, даже если бы оно было общепризнанным, нельзя было

Чили и Аргентине, где проводится такое же различие). См. также ниже примечание 53 относительно немецкого и швейцарского права.

52 Tadic, Appeals Chamber, Judgment, *loc. cit.* (примечание 5), para. 220.

53 О сложном различии между *dolus eventualis* и *culpa* в немецком праве см. Claus Roxin. Strafrecht, Allgemeiner Teil. Vol. 1, 3rd ed., München, Beck, 1997, pp. 372–400, и в швейцарском праве Günter Stratenwerth. Schweizerisches Strafrecht, Allgemeiner Teil I: Die Straftat. 2nd ed., Bern, Staempfli, 1996, pp. 183–187.

54 Tadic, Appeals Chamber, Judgment, *loc. cit.* (примечание 5), para. 228.

55 Ibid., para. 204.

бы рассматривать как внутрисударственное право, включающее в себя обычное международное право⁵⁶, поскольку оно не является результатом имплементации международного права, а скорее идет параллельно международному регулированию, предшествуя ему⁵⁷.

После этих двух справедливых замечаний Камера тем не менее таинственным образом приходит к заключению, что «логичность и убедительность прецедентного права и упомянутых выше договоров, а также их созвучность общим принципам уголовной ответственности, установленным в Уставе, общем международном уголовном праве и национальном законодательстве, позволяют заключить, что [это] прецедентное право отражает обычные нормы международного уголовного права»⁵⁸. Что касается национального законодательства, то этому утверждению противоречат предыдущие замечания, если только критерием Камеры не является *dolus eventualis*. Однако в последнем случае Камере следовало гораздо тщательнее проанализировать, позволяют ли косвенные улики предположить *dolus eventualis* со стороны Душко Тадича. Можно добавить, что, как правильно упоминает Апелляционная камера в нескольких примечаниях, суды англосаксонского права все больше ограничивают доктрину убийства, квалифицируемого как фелония, что так трудно принять юристам, работающим в системе континентально-европейского права⁵⁹. Кроме того, важно помнить, что эта доктрина относится лишь к убийству, тогда как решение Апелляционной камеры применялось бы ко всем преступлениям, предусмотренным Уставом.

Что касается международного прецедентного права, можно считать, что военные суды Великобритании и США в Германии применяли международное право в рассматриваемых ими делах — потому что иначе был бы нарушен принцип *nullum crimen sine lege* в отношении обвиняемых немцев, действовавших в Германии. Однако почему Камера рассматривает получившие столь широкое освещение итальянские прецеденты, в отличие от немецких и голландских, как случаи применения международного права? Потому что они имели отношение к военным событиям? Но они основывались на ясно выраженном положении Уголовного

56 Такое право не очень внятно было предложено Генеральным секретарем ООН в качестве дополнительного источника для МУТЮ, см. Доклад Генерального секретаря, *op. cit.* (примечание 1), para. 36.

57 Tadic, Appeals Chamber, Judgment, *loc. cit.* (примечание 5), para. 225.

58 Ibid., para. 226.

59 Ibid., para. 224, примечания 287–291, и Black's Law Dictionary. 6th ed., 1991, pp. 428 f.

кодекса Италии 1931 г., и в них использовались те же доводы, к которым итальянские суды прибегают во всех других уголовных делах⁶⁰. Что же касается международных прецедентов, установленных военными судами Великобритании и США в Германии, то неясно, подтверждают ли они то заключение, которое Апелляционная камера делает на их основании. В деле *Essen Lynching* гражданские лица были объявлены виновными в убийстве пленных, оскорблять которых и издеваться над которыми они собрались после того, как немецкий капитан заявил во всеуслышание, что пленных не следует защищать от толпы и что их надо пристрелить. Невозможно было установить конкретных гражданских лиц, которые собственно и убили пленных, — после издевательств их сбросили с моста, а затем застрелили. В этом деле не было ни судьи-адвоката, ни мотивированного судебного решения. Обвинение в основном утверждало, что гражданские лица имели намерение убить, но даже если бы такого намерения у них не было, «каждый человек в этой толпе, который нанес удар, несет моральную и уголовную ответственность за эти смерти»⁶¹. Поскольку гражданские лица были осуждены, Апелляционная камера «предполагает», что доводы обвинения были приняты. Однако неясно, был ли принят основной довод обвинения или вспомогательный. Относительно другого международного дела, которое рассматривала Апелляционная камера, дела *Borkum Island*, она сама была вынуждена признать, что это был явный случай общего плана убийства, то есть выделяемой Камерой первой категории⁶². Непонятно, почему это дело рассматривается как прецедент третьей категории.

Прецеденты в договорном праве

Что касается ссылок на договоры, то Камера на самом деле ссылается на две конвенции, которые еще не вступили в силу. Во-первых, она упоминает принятую на основании консенсуса Генеральной Ассамблеей ООН Международную конвенцию о борьбе с бомбовым терроризмом

⁶⁰ См. часто критикуемую статью 116(1) Уголовного кодекса (*Codice penale*) (принят в 1930 г. в период правления фашистов и по-прежнему остается в силе); *Mantovani, op. cit.* (примечание 51), pp. 538–541; *Giuseppe Zuccalá* (ed.). *Commentario breve al codice penale. Complemento giurisprudenziale*. 3rd ed., Padova, CEDAM, 1994, pp. 339–344; *Mario Romano, Giovanni Grasso. Commentario sistematico del codice penale*. Vol. II, 2nd ed., Milano, Giuffrè, 1996, pp. 217–224.

⁶¹ *Tadic, Appeals Chamber, Judgment, loc. cit.* (примечание 5), para. 208.

⁶² *Ibid.*, paras 210–213.

от 15 декабря 1997 г., которая криминализует умышленное содействие, оказываемое «либо в целях поддержки общего характера преступной деятельности или цели группы, или же с осознанием умысла группы совершить соответствующее преступление»⁶³. Во-вторых, она ссылается на Статут Международного уголовного суда, который был принят подавляющим большинством государств, присутствовавших на Римской дипломатической конференции, — однако, добавим мы с сожалением, за отдельными заметными исключениями, такими как Соединенные Штаты. Для Апелляционной камеры Статут выражает *opinio juris* государств, принявших его, — весьма широкое обобщающее утверждение в соответствии с любой теорией источников, но в целом верное⁶⁴. В статье 25, пункт 3d, Статут МУС предусматривает, что лицо подлежит уголовной ответственности за преступление, если оно любым образом (помимо пособничества, подстрекательства или какого-либо иного содействия совершению преступления) «способствует совершению... такого преступления группой лиц, действующих с общей целью. Такое содействие должно оказываться умышленно и либо: i) в целях поддержки преступной деятельности или преступных намерений группы...; либо ii) с осознанием умысла группы совершить преступление». По нашему мнению, эта формулировка необязательно включает третью категорию, поскольку она требует наличия намерения группы совершить преступление, тогда как в третьей категории лишь один член группы имеет намерение совершить дополнительное преступление.

Некоторые другие соображения

В заключение следует сказать, что третья категория, по которой Душко Тадич был осужден за убийства в Яскичах, возможно, не столь прочно утвердилась в международном праве, как предполагает Апелляционная камера. Поэтому могут возникнуть сомнения, совместимо ли ее применение в деле Душко Тадича с принципом *nullum crimen sine lege*. Довольно интересно, что никто не попытался проверить, следовало уголовное право бывшей Югославии подходу США — Италии или Нидерландов — Германии.

Более важен вопрос, является ли третья категория действительным развитием международного уголовного права. Мы полагаем, что да,

⁶³ Международная конвенция о борьбе с бомбовым терроризмом, 15 декабря 1997 г., G. A. Res. 52/164.

⁶⁴ См.: Marco Sassòli. Bedeutung von 'Travaux préparatoires' zu Kodifikationsverträgen für das allgemeine Völkerrecht. — Österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht und Völkerrecht. Vol. 41, 1990, pp. 109–149.

но с учетом требования, которое Апелляционная камера вскользь упоминает для этой категории: должно наличествовать *преступное* деяние и намерение соучастника преступления участвовать в *таком* деянии и способствовать ему⁶⁵.

Во-первых, действующее международное право проводит строгое различие между *jus ad bellum*, то есть правом, касающимся (не)законности конфликтов, и *jus in bello*, то есть правом, касающимся поведения во время конфликтов⁶⁶. Согласно этому правилу вооруженные конфликты как таковые, даже агрессивные войны, нельзя рассматривать как преступные деяния со ссылкой на *jus in bello*.

Во-вторых, не следует забывать, что, в отличие от участия в преступных бандах в мирное время, пребывание в вооруженных силах часто является обязательным и часто не обусловлено преступными мотивами, даже если можно предвидеть, что будут совершаться преступления. Согласно критерию, принимаемому Апелляционной камерой, каждое лицо, входящее в состав многочисленных, к сожалению, вооруженных сил в странах, где рухнула государственная структура (ситуация, которая зачастую приводит к обычным грабежам⁶⁷), несет ответственность за любые убийства, которые, как можно предвидеть, будут совершаться, когда некоторые из жертв грабежа окажут сопротивление. Поэтому необходимо принимать во внимание индивидуальные обстоятельства, при которых «соучастник» присоединился к вооруженной группе.

В-третьих, по нашему мнению, даже систематические и широкомащтабные преступления, совершаемые во время современных конфликтов, не следует рассматривать как доказательство того, что эти конфликты являются преступными деяниями в свете этого правила. Мы уже упоминали, что в соответствии с некоторыми законодательствами лица, присоединяющиеся к преступной группе, несут ответственность за совершаемые другими членами «банды» предсказуемые преступления, выходящие за рамки общей цели. В военное время существует совершенно особая категория «банд», а именно вооруженные силы. Члены их личного состава

65 Tadic, Appeals Chamber, Judgment *loc. cit.* (примечание 5), para. 220.

66 Это основополагающее различие между *jus ad bellum* и *jus in bello* признается в пункте 5 преамбулы Протокола I. См. Marco Sassòli, Antoine Bouvier. How Does Law Protect in War? Geneva, ICRC, 1999, pp. 83–88, и особенно pp. 681–682: the case of US v. William List and Others.

67 О таком разрушении государственных структур см. Preparatory Document drafted by the ICRC for the First Periodical Meeting on International Humanitarian Law. Geneva, 19–23 January 1998, in Sassòli, Bouvier, *op. cit.* (примечание 66), pp. 482–492.

называются комбатантами. В отличие от преступников комбатанты имеют право принимать участие в военных действиях, включая право убивать неприятельских комбатантов, однако они обязаны соблюдать международное гуманитарное право⁶⁸. Они этого часто не делают. В этом случае они могут и должны быть наказаны. Однако неотъемлемой чертой статуса комбатанта является иммунитет от наказания для тех, кто соблюдает это право. Это сделано для того, чтобы содействовать его соблюдению. Лицо из состава вооруженных сил не утрачивает иммунитета из-за того, что его товарищи нарушают международное гуманитарное право, а утрачивает его лишь тогда, когда сам нарушает это право⁶⁹. Простой солдат не должен считаться насильником из-за того, что некоторые его товарищи из той же вооруженной группы совершили изнасилование. Исключение может быть уместно лишь в крайних случаях, когда военные преступления, а не участие в вооруженном конфликте становятся основной целью данной вооруженной группы. Однако на практике такие случаи подпадают под упомянутую Камерой вторую категорию.

Действительно, сама основа международного гуманитарного права, с его цивилизующим вкладом в применение международного права, заключается в том, что уголовная ответственность индивидуальна. По сравнению с санкциями против государств — традиционным методом принуждения в международном сообществе — наказание отдельных лиц имеет большее значение как превентивное средство и как средство, навлекающее позор. Решение о нем принимается во время официальной и справедливой процедуры, на него нельзя наложить вето, и оно гораздо меньше подвержено влиянию политических соображений, чем процесс принятия решений в Совете Безопасности ООН. Важнее всего то, что наказание приводит к индивидуализации ответственности и пресечению преступлений. Этим ясно показывается, что ужасающие преступления, свидетелем которых стал наш век, совершались не коллективно «сербами», «немцами», «хорватами» или «хуту», а отдельными преступниками. До

68 См.: Протокол I, статьи 43, пункт 2, и 44, пункт 2.

69 Согласно статье 4А, пункт 2, Конвенции III, единственное исключение из этого правила касается вооруженных сил, которые не отличают себя в достаточной степени от гражданского населения. Весь их личный состав теряет статус комбатантов, включая тех, кто носит отличительные знаки. Статья 44, пункт 4, Протокола I индивидуализировала эту норму. Каждое лицо из состава вооруженных сил, которое в достаточной степени отличает себя от гражданского населения, обладает статусом комбатанта, даже если большинство его товарищей не соблюдают эту норму.

тех пор пока ответственность относят на счет государства или народа, в этом всегда будет скрыт зародыш будущих войн. Поэтому, мы полагаем, очень важно, чтобы определенные понятия в международном уголовном праве, такие как доктрина общей цели, не придавали ответственности коллективного характера. Конечно, можно считать, что все, кто сражается в несправедливых войнах, участвует в геноциде или поддерживает бесчеловечные режимы, также несут моральную и политическую ответственность за нарушения международного гуманитарного права, совершаемые в этих ситуациях. Однако, по нашему мнению, это не должно приводить к уголовной ответственности просто на основании участия в группе и знания политики этой группы. На самом деле такая концепция сделает менее строгой уголовную ответственность тех, кто в действительности совершил преступление, и их лидеров и заставит их сплотиться. Это, в свою очередь, не усилит защиту жертв и не будет способствовать действительному отправлению международного уголовного правосудия.

Понимание фразы «связанное с нападением на гражданское население»: могут ли преступления против человечности совершаться по исключительно личным мотивам?

Элементы состава преступлений против человечности

Определяя элементы, которые должны присутствовать для того, чтобы можно было осудить лицо за преступления против человечности, Судебная камера сочла необходимым доказать существование вооруженного конфликта и наличие связи между деянием и вооруженным конфликтом. Далее Судебная палата разъяснила, что в этом условии наличия связи объединяются два предупреждения:

1) деяние должно «географически и по времени быть связано с вооруженным конфликтом»⁷⁰ и 2) деяние не должно «быть не связанным с вооруженным конфликтом»⁷¹, или, как перефразировала это Апелляционная камера, деяние и конфликт должны быть связаны между собой. Вопрос для Апелляционной камеры возникает в связи с дальнейшим требованием Судебной камеры, заключающимся в том, чтобы второе

⁷⁰ Tadic, Appeals Chamber, Judgment, *loc. cit.* (примечание 5), para. 239, citing Tadic, Trial Chamber, Judgment, *loc. cit.* (примечание 15), para. 633.

⁷¹ Ibid., цитируя Tadic, Trial Chamber, Judgment, *loc. cit.* (примечание 15), para. 634.

вышеупомянутое предупреждение содержало два условия: 1) «преступник должен знать о более общей ситуации, в которой происходит деяние»⁷² и 2) «деяние не должно осуществляться по исключительно личным мотивам преступника»⁷³. После встречной апелляции обвинения Апелляционная камера отменила настояние Судебной камеры на втором условии этого второго предупреждения.

(Не)важность «исключительно личных мотивов»

Мы полагаем, что Апелляционная камера справедливо поддержала разъяснение обвинения, содержащееся в его апелляции, что «слова „совершаются в ходе вооруженного конфликта“ в статье 5 Устава требуют лишь существования вооруженного конфликта в соответствующее время в соответствующем месте»⁷⁴. Подобное условие является лишь юрисдикционным, а не основным элементом *mens rea* преступлений против человечности⁷⁵. Также остается бесспорным разъяснение Апелляционной камеры относительно того, что не требуется наличия связи между деяниями обвиняемого и вооруженным конфликтом. Необходимо лишь установить связь между деяниями обвиняемого и нападением на гражданское население⁷⁶.

Однако, по нашему мнению, Апелляционная камера заходит слишком далеко, когда отбрасывает соображение об исключительно личных причинах или мотивах, по которым могло быть совершено деяние. Камера оговаривает, что необходимые элементы требуют лишь того, чтобы действия обвиняемого «непрерывно составляли часть широкомасштабных и систематических преступлений, направленных против гражданского населения, и чтобы обвиняемый непрерывно знал, что его действия укладываются в эту систему»⁷⁷. Индивидуальные мотивы обвиняемого в совершении деяния теперь уже не важны. Довольно ли этих оставшихся условий, указанных Апелляционной камерой, чтобы установить виновность обвиняемого, позволяющую осудить его за преступление против человечности?

72 Tadic, Appeals Chamber, Judgment, *loc. cit.* (примечание 5), para. 239 и Tadic, Trial Chamber, Judgment, *loc. cit.* (примечание 15), paras 656–657.

73 Ibid. и Tadic, Trial Chamber, Judgment, *loc. cit.* (примечание 15), paras 658–659.

74 Ibid., para. 249.

75 Ibid. и Tadic, Appeals Chamber, Jurisdiction, *loc. cit.* (примечание 4), para. 141 (обсуждение вопроса о том, выходит ли Устав за рамки обычного международного права, требуя наличия вооруженного конфликта).

76 Ibid., para. 251.

77 Ibid., para. 248 (примечание опущено).

Сложность возникает при определении степени понимания Апелляционной камерой того, что подразумевается под «связью» с нападением на гражданское население. По мнению Апелляционной камеры, «использование нападения на гражданское население со стороны режима для причинения вреда кому-либо по причинам, не связанным с политикой этого режима», включается в значение слова «связь». Получается следующее: если человек в нацистской Германии убил из ружья соседа-еврея, потому что возжелал его жену, это считается простым убийством, — а если он добьется того же результата по тем же мотивам, используя в качестве орудия применяемый режимом аппарат геноцида (зная, таким образом, что его деяние впишется в такую систему), это будет преступление против человечности⁷⁸.

Весьма маловероятно, что кто-либо станет утверждать, будто лица, осужденные за преступления против человечности, в делах, на которые ссылается Апелляционная камера⁷⁹, не совершали тех преступлений, за которые было назначено наказание. Однако были ли эти преступления международными — в данном случае преступлениями против человечности? В этом отношении подход Судебной камеры, устанавливающей двойное условие — действие должно быть связано с нападением на гражданское население и не должно осуществляться по исключительно личным мотивам преступника⁸⁰ — не только предотвращает размывание определения преступлений против человечности, но и обеспечивает правосудие для отдельных обвиняемых, то есть действуя по исключительно личным причинам, не связанным с нападением на гражданское население, он или она не подвергается судебному преследованию за преступление против человечности.

Обзор прецедентов и практики

Прецеденты времени Второй мировой войны, приводимые Апелляционной камерой в защиту своего подхода, отстоят от нас очень далеко и, возможно, даже слишком далеко. Эти дела можно выделить так, как

⁷⁸ О фактах по этому делу см. там же, п. 318, ссылающийся на решение Верховного суда по Британской зоне (Уголовная палата), 9 ноября 1948, S. StS 78/48, Justiz und NS-Verbrechen, Vol. II, pp. 498–499.

⁷⁹ Ibid., paras 257–266.

⁸⁰ Ibid., para. 252; см. также Tadic, Trial Chamber, Judgment, *loc. cit.* (примечание 15), para. 634.

это сделали подсудимые: «Во всех приводимых делах подсудимые были связаны с системой уничтожения, которая обуславливала преступления против человечности, и, следовательно, не совершали свои преступления по исключительно личным мотивам»⁸¹, поскольку их действия были связаны с еврейскими погромами. Однако такое выделение не является полностью удовлетворительным по некоторым причинам, изложенным Апелляционной камерой⁸².

Возможно, более убедительным будет напоминание о том, что эти прецеденты времени Второй мировой войны были установлены судами на оккупированной территории. Ведь можно также считать, что Германия, по крайней мере в то время, управлялась союзниками, то есть была уже не в состоянии действовать самостоятельно⁸³. Поэтому учрежденные союзниками суды, которые установили прецеденты времен Второй мировой войны, являлись внутригосударственными судами, наделенными полномочиями рассматривать также действия, не являющиеся международными преступлениями. Это может быть одной из причин того, что суды в то время были не слишком озабочены проведением различия, которое старается провести в своем решении Судебная камера.

Мотивы имеют значение

Необходимо сделать одно последнее замечание в связи с заявлением Апелляционной камеры о том, что можно даже не спрашивать, каковы «исключительно личные мотивы», потому что они «не играют никакой роли»⁸⁴ для установления совершения преступления и «в целом не имеют значения для уголовного права»⁸⁵. Это мнение противоречит уголовному праву в системах как континентального, так и англосаксонского права, в которых многие преступления определяются стоящим за ними мотивом или заслуживают более или менее сурового наказания в зависимости от него; например, человек убеждает кого-либо совершить самоубийство или помогает при самоубийстве — такие деяния наказуемы лишь тогда,

81 Tadic, Appeals Chamber, Judgment, *loc. cit.* (примечание 5), para. 245 (примечание опущено).

82 Ibid., paras 257–266.

83 См.: R. Bindschedler. Die völkerrechtliche Stellung Deutschlands. — *Annuaire suisse de droit international*, Vol. 6, 1949, p. 59.

84 Tadic, Appeals Chamber, Judgment, *loc. cit.* (примечание 5), para. 270.

85 Ibid., para. 268.

когда осуществляются по эгоистическим мотивам⁸⁶, а мошенничество является преступлением, лишь если оно совершается с целью обогащения⁸⁷.

Апелляционная камера, по крайней мере, разъясняет, что мотивы имеют значение на стадии вынесения приговора. Однако она терпит неудачу в своей попытке доказать *reductio ad absurdum* в отношении «непостижимости мотивов»⁸⁸. На самом деле мотивы можно дифференцировать. Приведем два примера, упомянутые Апелляционной камерой: офицер СС, который лично ненавидит евреев, имеет *mens rea* для совершения преступления против человечности, тогда как женщина, доносящая на своего домовладельца из-за расхождений относительно квартплаты, не ненавидит и не желает уничтожить всех, кто критикует нацистов⁸⁹. Другими словами, можно провести следующее различие: женщина, доносящая на свою соседку, потому что она лично не любит евреев, совершает преступление против человечности, тогда как женщина, которая делает это, чтобы получить мужа соседки, не совершает преступления против человечности⁹⁰. Международное правосудие, универсальная юрисдикция и международное право не требуются для рассмотрения последнего случая.

Заявления обвинения о том, что постановление Судебной камеры позволяет каждому обвиняемому ссылаться на личные мотивы в свою защиту и что существуют сложности в доказывании, что действие не было совершено по исключительно личным мотивам, не слишком убедительны. Апелляционная камера разъясняет, что здесь не идет речь о бремени доказывания⁹¹. Кроме того, нет непреодолимых трудностей в доказывании

86 Например, в Швейцарском уголовном кодексе, статья 115.

87 Обратите, например, внимание на различие между гораздо менее суровым наказанием, предусмотренным статьей 151 Швейцарского уголовного кодекса за злоумышленное причинение вреда имуществу, и наказанием, предусмотренным статьей 146 Кодекса за мошенничество: разница между двумя преступлениями заключается лишь в мотиве обогащения. В американском праве в части, касающейся обмана и мошенничества, также содержится условие относительно мотива: «Тот, кто, разработав или намереваясь разработать какую-либо схему или махинацию с целью обмана или получения денег или имущества путем мошенничества...», 18 U.S.C. sec. 1341 (1988) (выделено автором). Другой пример можно найти в определении взятки в Кодексе Соединенных Штатов: «Тот, кто ... в качестве подкупа дает, предлагает или обещает что-либо ценное любому государственному должностному лицу ... с намерением повлиять на какое-либо официальное действие...», 18 U.S.C. sec. 201b(1) (1998) (выделено автором).

88 Tadic, Appeals Chamber, Judgment *loc. cit.* (примечание 5), para. 269.

89 Ibid., para. 260, описание фактов дела Sch.

90 Описание фактов этого дела см. в *op. cit.* (примечание 78).

91 Tadic, Appeals Chamber, Judgment *loc. cit.* (примечание 5), para. 254.

при проведении различия между двумя случаями. Каждый день суды определяют мотивы, знание, умысел и *mens rea*, исходя из представленных косвенных доказательств. В американских судах, например, законодательство даже классифицирует убийства по степени тяжести, в зависимости от знания или намерения (в отличие от грубой неосторожности или небрежности) обвиняемого: умышленное убийство наказывается не так (и даже не является тем же преступлением), как случайное убийство, вызванное небрежностью⁹². Даже во время вооруженных конфликтов никто не предлагает отменить защиту ссылкой на самооборону или принуждение к действию, даже если она и вызывает трудности в доказывании. Что касается обсуждавшихся выше вопросов, Апелляционная камера, кажется, продолжает дистанцировать себя и дистанцировать право как от конкретных мыслей (мотив, *mens rea*) и действий (*actus reus*) обвиняемого, так и от соответствующего вооруженного конфликта.

Дальнейшее разъяснение элементов преступлений против человечности: должен ли дискриминационный умысел присутствовать во всех подобных деяниях, чтобы они считались преступлениями?

Элементы состава преступлений против человечности

Интересно, что Апелляционной камере вообще необязательно было рассматривать четвертое основание для встречной апелляции со стороны обвинения так же, как и третье основание⁹³. В своем ответе на четвертое основание для встречной апелляции со стороны обвинения Апелляционная камера далее углубляет определение преступлений против человечности. Отменяя постановление Судебной камеры, Апелляционная камера разъясняет, что дискриминационный умысел необходим лишь для преступлений против человечности, подпадающих под категорию «преследования», а не для всех преступлений против человечности, перечисленных в статье 5 Устава МУТЮ⁹⁴.

⁹² См., например, 18 U.S.C. sec. 1111 (1998) (определение тяжкого убийства) и 18 U.S.C. sec. 1112 (1998) (определение простого убийства).

⁹³ Камера поступила таким образом, поскольку сочла, что этот вопрос в целом важен для судебной практики Трибунала. Tadic, Appeals Chamber, Judgment, *loc. cit.* (примечание 5), para. 281.

⁹⁴ Устав МУТЮ, статья 5: Преступления против человечности.

Международный трибунал полномочен осуществлять судебное преследование лиц, ответственных за следующие преступления, когда они совершаются в ходе вооруженного

Здесь явно не помешало бы дать разъяснение, содействующее применению международного уголовного права, поскольку большая часть современного права является довольно запутанной⁹⁵. У кого-то могут возникнуть сомнения, подобные тем, которые мы высказали в отношении обсуждавшегося в предыдущем разделе данной статьи решения Апелляционной камеры по третьему основанию для встречной апелляции со стороны обвинения, а именно, является ли подобное разъяснение в действительности положительным шагом в развитии международного уголовного права и не угрожает ли оно тем, что может умалить серьезность преступлений против человечности, представляя их как рядовые.

Апелляционная камера упоминает, что ее разъяснение предотвращает появление пробелов, тогда как толкование Судебной камеры не сможет «защитить группы жертв, не подпадающих под перечисленные основания для дискриминации»⁹⁶. Эти аргументы уместны. Однако многое из того, что относилось к тому же вопросу и рассматривалось в предыдущем разделе данной статьи, применимо также и здесь. Апелляционная камера объясняет, что, например, если бы требовался дискриминационный умысел, тогда беспорядочное насилие, целью которого является терроризирование гражданского населения, не объявлялось бы уголовно наказуемым как преступление против человечности. Камера далее приводит примеры групп, чьи действия не подпадают под основания для дискриминационного умысла, перечисленные в статье или упомянутые

конфликта, будь то международного или внутреннего характера, и направлены против любого гражданского населения:

- a) убийство;
- b) истребление;
- c) порабощение;
- d) депортация;
- e) заключение в тюрьму;
- f) пытки;
- g) изнасилования;
- h) преследование по политическим, расовым или религиозным мотивам;
- i) другие бесчеловечные акты.

⁹⁵ См., например, представленные Судебной камерой описание и анализ различных толкований вопроса, требуется ли дискриминационный умысел для преступлений против человечности. Tadic, Trial Chamber, Judgment, *loc. cit.* (примечание 15), para. 650, n. 154, и paras 651–652; сравните этот анализ с анализом, проведенным Апелляционной камерой: Tadic, Appeals Chamber, Judgment, *loc. cit.* (примечание 5), paras 289–291.

⁹⁶ Tadic, Appeals Chamber, Judgment *loc. cit.* (примечание 5), para. 285.

в докладе Генерального секретаря⁹⁷: в нацистской Германии преступления, направленные против лиц с физическими недостатками или умственными отклонениями или совершенные по соображениям возраста, немощи или сексуальных предпочтений; уничтожение «классовых врагов» в Советском Союзе в 30-е годы; или депортация образованных городских жителей при режиме красных кхмеров в Камбодже в 1975–1979 гг.⁹⁸ Но должен ли обвиняться в преступлении против человечности полицейский, который просто лишает свободы гражданское лицо во время вооруженного конфликта с целью получения информации или, поскольку личные мотивы не исключают совершения преступления против человечности, чтобы отомстить в семейном споре, даже если у него не было намерения осуществить дискриминацию в отношении какой-либо группы?

Толкование Устава: (не)важность *travaux préparatoires*

Выбранный Апелляционной камерой метод толкования Устава, то есть восприятие естественного и обычного значения текста, проведение сравнения с обычным международным правом и лишь затем оценка намерения авторов текста, — сам по себе не столь уж спорен. Тем не менее необходимо упомянуть два момента в толковании ею текста статьи 5. Во-первых, Апелляционная камера выражает желание применять Устав в соответствии с обычным значением текста и при этом объясняет, что, поскольку в статье дискриминационный умысел конкретно не упоминается, это, должно быть, не входило в намерение авторов, и противное толкование сделает пункт *b* статьи 5 о «преследованиях» излишним. Но в таком случае, как объяснить противоречивые толкования права с учетом того, что в предыдущих текстах давались аналогичные определения преступлений против человечности?⁹⁹ Можно также утверждать, что статья *5b* имеет смысл в качестве дополнительного условия, касающегося преследований иными способами, нежели те, которые перечислены в пун-

97 Эти упомянутые основания: национальные, политические, этнические, расовые или религиозные. Доклад Генерального секретаря, *loc. cit.* (примечание 1), para. 48. В заявлении США как члена Совета Безопасности также указывался в числе оснований гендерный фактор, см.: UN SCOR, p. 16, UN Doc. S/PV.3217; см. также Tadic, Appeals Chamber, Judgment *loc. cit.* (примечание 5), para. 300.

98 Tadic, Appeals Chamber, Judgment *loc. cit.* (примечание 5), para. 285.

99 См., например, статью 5(с) Устава Военного трибунала по Дальнему Востоку и статью II(1)(с) Закона № 10 Контрольного совета. См. также выше, примечание 95 (относительно сделанных Судебной камерой и Апелляционной камерой описания и анализа различных толкований элементов преступлений против человечности).

ктах *a—g* и *i*, например, делая жизнь дискриминируемой группы невозможной с экономической точки зрения. Во-вторых, вполне логично, что при толковании статьи договора или устава занимающийся этим орган поступит так, как поступила здесь Апелляционная камера, и постарается понять «цели создателей Устава»¹⁰⁰. Здесь Апелляционная камера считает, что создатели хотели сделать все преступления против человечности уголовно наказуемыми. Однако интересно отметить, что, как будет объяснено далее, при этом Апелляционная камера продолжает на самом деле оправдывать отказ от некоторой части *travaux préparatoires* Устава на основании собственного толкования статьи 5.

Необходимо сделать еще одно замечание относительно анализа обычного международного права, осуществленного Апелляционной камерой. Вот оно в общих чертах, чтобы обосновать свое мнение, Апелляционная камера цитирует проект Кодекса преступлений против мира и безопасности человечества¹⁰¹ — документ, который еще не принят, — и опять же¹⁰² Статут Международного уголовного суда¹⁰³ — договор, который еще не вступил в силу. Апелляционная камера использует Статут Международного уголовного суда как выражение *opinio juris* подписавших его государств, однако здесь также следует помнить, что несколько влиятельных государств, к сожалению, не подписали Статут. Следуя тем же логическим рассуждениям, что и при толковании статьи 5 ее собственного Устава, Апелляционная камера, исходя из отсутствия в статье 7, пункт 1, Статута МУС формулировки, конкретно обуславливающей дискриминационный умысел, делает заключение о том, что данный элемент не требуется. Однако опять же такое отсутствие конкретного упоминания об этом условии не отличает данное определение от предыдущих определений преступлений против человечности¹⁰⁴.

Наибольший интерес с точки зрения общего международного права вызывает следующий аспект анализа Апелляционной камеры — ее уваже-

¹⁰⁰ Tadic, Appeals Chamber, Judgment, *loc. cit.* (примечание 5), para. 285.

¹⁰¹ Проект Кодекса преступлений против мира и безопасности человечества. Report of the International Law Commission on the work of its 48th session, May 6 — July 26, 1996, UNGAOR 51st Sess., Supp. No. 10 (A/51/10).

¹⁰² *Loc. cit.* (примечание 5), para. 291 и paras 221f. (обеспечивающие первую ссылку Апелляционной камеры).

¹⁰³ См. выше примечание 3.

¹⁰⁴ *Ibid.*, статья 7(1); см. также выше примечание 95 (относительно сделанных Судебной камерой и Апелляционной камерой описания и анализа различных толкований элементов преступлений против человечности).

ние, вернее, неуважение *travaux préparatoires* создавшего ее органа. В своем анализе Камера исключает важность этих источников¹⁰⁵. Отказываться от использования *travaux préparatoires* Камера стала уже в своем изначальном толковании статьи 5 Устава¹⁰⁶, как упоминалось выше, и продолжила в последующих разделах своего решения, полностью посвященных важности этих документов.

Апелляционная камера признает, что ее решение противоречит как Докладу Генерального секретаря¹⁰⁷, так и трем заявлениям, сделанным Соединенными Штатами, Францией и Российской Федерацией в Совете Безопасности¹⁰⁸ перед принятием Устава¹⁰⁹. Тем не менее Камера объясняет, что Доклад Генерального секретаря имеет иной юридический статус, нежели Устав, поскольку он был лишь «одобрен» Советом Безопасности, и Совет Безопасности предназначал его в качестве пояснительного документа к Уставу; таким образом, если Доклад явно противоречит Уставу, преимуществом обладает Устав¹¹⁰. Однако Апелляционная камера далее выдвигает еще одно условие, касающееся Доклада, — он должен «обоснованно указать», что Совет Безопасности имел намерение отойти от обычного международного права. Она заключает, что в Докладе не дано такого «обоснованного указания» о том, что существовало намерение сделать так, чтобы статья 5 отошла от обычного международного права, требуя наличия дискриминационного умысла для всех преступлений против человечности¹¹¹. Поэтому, хотя Апелляционная камера признает, что действительно существует расхождение между желанием разработчиков и текстом (в соответствии с толкованием статьи 5 Апелляционной камерой), она заключает, что это положение весьма ясное и потому оно должно иметь преимущественное значение¹¹². Конечно, Камера опирается на свое толкование статьи 5, чтобы преуменьшить значение Доклада Генерального секретаря¹¹³.

Обсуждая заявления, сделанные некоторыми членами Совета Безопасности, Апелляционная камера объявляет, что она «категорически

105 Tadic, Appeals Chamber, Judgment, *loc. cit.* (примечание 5), paras 285 and 293–304.

106 *Ibid.*, para. 285.

107 Доклад Генерального секретаря, *op. cit.* (примечание 1).

108 О заявлениях членов Совета Безопасности см. UN Doc. S/PV.3217.

109 Tadic, Appeals Chamber, Judgment; *loc. cit.* (примечание 5), para. 293.

110 *Ibid.*, para. 295.

111 *Ibid.*, para. 296.

112 *Ibid.*

113 *Ibid.*, paras 282–286.

не согласна с тем, что эти три заявления — по крайней мере, в отношении вопроса о дискриминационном умысле — надо считать частью “контекста” Устава, который следует принимать во внимание для целей толкования Устава...”¹¹⁴. Так могут ли эти заявления быть использованы в других случаях, когда это устраивает Апелляционную камеру? Кажется, дело обстоит именно так, поскольку Апелляционная камера сама ссылается на свою предыдущую положительную оценку и использование этих документов для поддержки своего толкования Устава, выходящего за рамки его формулировок¹¹⁵. Надо надеяться, что Апелляционная камера не прибегла к выборочному подходу при использовании источников для толкования Устава. Однако то, что она использовала этот же самый Доклад Генерального секретаря и те же заявления членов Совета Безопасности для поддержки данного ранее толкования Устава, дает повод для опасений.

Существенным для этого обсуждения является вопрос — основывается ли международное право на воле государств или на чем-либо другом? Однако даже тем, кто не поддерживает волюнтаристскую теорию источника международного права, — и тем, кто вообще не является сторонником позитивистского подхода, — будет интересно отметить, что Апелляционная камера не только справедливо считает, что Совет Безопасности не является *legibus solutus*¹¹⁶; кажется, его мнение вообще не имеет значения. Действия Апелляционной камеры обязательно сыграют свою роль в будущем при определении того, какое значение следует придавать намерениям учредительного органа и *travaux préparatoires*.

Международное сообщество должно с нетерпением ожидать возможного учреждения Международного уголовного суда — это явится очевидным достижением международного уголовного права. Если он будет учрежден, перед ним, конечно, также встанет вопрос толкования его собственного Статута. После создания Апелляционной камерой такого прецедента будущий МУС будет иметь оправдание для подобного же пренебрежения намерениями своих создателей. Пожелают ли государства принять юрисдикцию Суда, зная, что он также может оставить без внимания их волю, выраженную не только в Статуте, но и в *travaux préparatoires*? В политическом отношении Апелляционная камера, высказывая

114 Tadic, Appeals Chamber, Judgment; *loc. cit.* (примечание 5), para. 300.

115 Ibid., para. 304. См., например, Tadic, Appeals Chamber, Jurisdiction, *loc. cit.* (примечание 4), paras 75, 88 и 143.

116 Tadic, Appeals Chamber, Jurisdiction, *loc. cit.* (примечание 4), para. 28.

подобные мнения, ставит под угрозу принятие Статута МУС. Наконец, подход Апелляционной камеры не способствует предсказуемости международного правосудия, которая является важной характеристикой любой системы уголовного правосудия и ее справедливости в отношении обвиняемых.

Заключение

Как и предыдущие решения, постановление Апелляционной камеры МУТЮ по существу дела Тадича, конечно, способствовало совершенствованию и развитию международного гуманитарного права и международного уголовного права. Многие из юридических выводов Камеры являются логичными толкованиями важных вопросов, заслуживающих авторитетного разъяснения. Другие моменты, на которых мы сосредоточили внимание в данной статье с целью продолжения научной дискуссии, вызывают больше сомнений. Стирание традиционного различия между международным и немеждународным вооруженным конфликтом и сопутствующее ему изменение определения покровительствуемых лиц *contra legem* были задуманы во благо, но не до конца продуманы с точки зрения их окончательных последствий. Подтверждение того, что ответственность участников военных преступлений выходит за рамки общей цели, восполняет пробелы в уголовной ответственности и соответствует важному моральному императиву. Однако оно основано на спорном сравнительном анализе и на загадочной теории источников, и поэтому может быть подвергнуто сомнению с точки зрения принципа *nullum crimen sine lege*. Включение преступлений, совершенных по исключительно личным мотивам, в число преступлений против человечности облегчает жизнь обвинителям и не противоречит естественной справедливости. Тем не менее это создает опасность, что преступления против человечности станут казаться обыкновенными и не столь значительными. Подобный подход основывается на не совсем убедительных юридических аргументах. Не требовать дискриминационного умысла для всех преступлений против человечности, возможно, в конечном счете разумно, но это основано на аргументах, которые делают Камеру полностью независимой от ее создателей, что может заставить государства опасаться принять юрисдикцию международных судов в отношении своих граждан.

Если в данной статье высказывается некоторая критика в адрес правовых теорий, разработанных Апелляционной камерой МУТЮ,

то не потому, что мы сочувствуем военным преступникам, а потому, что мы верим: международное правосудие, защищающее жертв войны, сможет продолжить свое поразительное развитие только в том случае, если будет основываться на глубоком юридическом анализе и если в нем будут применяться исключительно те нормы, применения которых мы хотим и которые желаем применять везде. Приходится избегать любого манипулирования правом, даже если это делается во имя правого дела. Чтобы можно было повсеместно предоставлять истинную защиту жертвам войны и содействовать процессу примирения на Балканах, даже обвиняемые должны чувствовать, что судебная практика МУТЮ справедлива — не только с точки зрения процедуры, но и с точки зрения применяемых им материальных норм.

Конечно, международное право должно изменяться и адаптироваться к социальным потребностям, когда оно применяется к событиям реальной жизни. Это традиционный путь развития для обычного права. Однако мы хотели бы, чтобы уголовный трибунал проявлял особую осторожность в связи с принципом *nullum crimen sine lege*, когда он развивает право при рассмотрении преступлений или применении теорий, которые не существовали в соответствии с правом, каким оно было до внесенных Трибуналом изменений (или даже до создания Трибунала). С этой и других точек зрения у нас есть определенные сомнения относительно того, справедливы ли по отношению к обвиняемому те весьма передовые и изобретательные решения, которые Апелляционная камера МУТЮ применила в нескольких вопросах, обсуждавшихся в данной статье. Они, конечно, не были необходимы для того, чтобы пресечь совершенные обвиняемым ужасные преступления. В связи с этим иногда создается впечатление, что МУТЮ похож на пожилого человека, который хочет разъяснить как можно больше вопросов перед смертью, тогда как обычные суды строят свою судебную практику, решая проблемы по мере их возникновения.

Новые решения, разработанные Апелляционной камерой, способны указывать правильное направление для будущих изменений права. Однако мы опасаемся, что они могут воспрепятствовать ратификации государствами Статута Международного уголовного суда, поскольку изобретательные и передовые решения — это именно то, чего боятся некоторые государства. Даже не учитывая дипломатические соображения, любая система правосудия — и особенно уголовного правосудия — приобретает вес, если решения ее судов, в отличие от научных статей, предсказуемы.

Таким образом, мы по-прежнему не уверены в ответе на вопрос, прозвучавший в заголовке данной статьи. Это может быть потому, что наши чувства юристов-международников отличаются от наших чувств юристов — специалистов по уголовному праву и что подготовка в области континентального права заставляет обращать внимание на иные вещи, нежели подготовка в области англосаксонского права. Международное уголовное правосудие должно, по определению, стремиться и далее примирять и согласовывать эти различные подходы.